

TESIS DOCTORAL

AÑO 2017

CRISIS FAMILIAR Y VIVIENDA: EXAMEN CRÍTICO DE LA ATRIBUCIÓN DEL DOMICILIO EN LOS SUPUESTOS DE MENORES DE EDAD

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ VICENTE

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES

DIRECTORA: MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

SUMARIO

SUMARIO.....	3
AGRADECIMIENTOS	7
ABREVIATURAS.....	9
CAPÍTULO INTRODUCTORIO: PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL CONFLICTO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	12
I. EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: CONTROVERSIAS SOBRE SU APLICACIÓN PRÁCTICA.....	12
II. PROPUESTA PRELIMINAR DE <i>LEGE FERENDA</i> : REDACCIÓN Y CONTENIDO DEL PRECEPTO COMO FÓRMULA PARA SUPERAR LA CONFLICTIVIDAD EN LAS CRISIS FAMILIARES	20
CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTEXTO DE LA NORMA	32
I. LA CONVIVENCIA FAMILIAR	32
1. EL MATRIMONIO	32
2. EL MATRIMONIO NULO	36
3. MATRIMONIO SIMULADO.....	39
A. NOCIÓN PRELIMINAR.....	39
B. LA REALIDAD DE LOS REGISTROS CIVILES Y LAS DIRECTRICES DE LA DGRN	43
C. LA COMPROBACIÓN DEL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA	45
D. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA DGRN.....	51
E. CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL.....	56
4. LA CORRELACIÓN ENTRE UN MATRIMONIO SIMULADO Y LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA NOS PERMITE LLEGAR A LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:	59
5. LA UNIÓN DE HECHO: NOCIÓN Y ASPECTOS GENERALES	60

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCEDIDO POR RESOLUCION JUDICIAL	130
1 PLANTEAMIENTO LEGAL	130
2 CARACTERÍSTICAS DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR	135
3 POSICIONES DOCTRINALES	136
4 LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	140
5 EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y POSICIÓN DE LA DGRN	144
6 TITULARES DEL DERECHO DE USO.....	147
III. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA.....	150
CAPÍTULO TERCERO LOS CRITERIOS DE ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA.....	157
I. CUSTODIA MONOPARENTAL	157
1. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA A LOS HIJOS Y AL PROGENITOR CUSTODIO	158
2. POSIBILIDAD DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA AL PROGENITOR NO CUSTODIO.....	159
II. MENORES CON CUSTODIA SEPARADA Y CUSTODIA COMPARTIDA	170
III. MENORES CON CUSTODIA SEPARADA Y CUSTODIA COMPARTIDA	179
CAPÍTULO CUARTO UNIONES DE HECHO	190
I. LA UNIÓN DE HECHO.....	190
II. EL DIFERENTE TRATAMIENTO DEL MATRIMONIO Y DE LA PAREJA DE HECHO.	191
III. PAREJA DE HECHO Y VIVIENDA	194
IV. LA RELACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA.....	196
CAPÍTULO QUINTO LAS REFORMAS LEGALES EN CURSO	206

CAPÍTULO SEXTO LEGISLACION AUTONÓMICA.....	215
I. PRELIMINARES.....	215
II. CATALUÑA.....	216
III. ARAGON.....	223
IV. VALENCIA.....	225
V. PAIS VASCO.....	228
VI. CONSIDERACION FINAL.....	231
CAPÍTULO SÉPTIMO CONSIDERACIONES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SU CONTINUIDAD TRAS EL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR: LA PERVIVENCIA DE LA DEUDA Y LOS HEREDEROS COMO DEUDORES.....	233
I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.....	233
II. EL EX-CÓNYUGE DEUDOR FALLECIDO Y EL TITULAR DEL DERECHO A SEGUIR PERCIBIENDO LA PENSIÓN: REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	236
III. LA DEUDA Y LA HERENCIA: VICISITUDES Y POSIBILIDADES PROCESALES.....	243
1. LA PENSION COMPENSATORIA COMO DÉBITO TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE: LA PRESENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA.....	243
2. LA HERENCIA Y LA SUCESIÓN EN EL PATRIMONIO DEL CAUSANTE: LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO DE PENSIÓN SI SUBSISTEN BIENES EN LA MASA HEREDITARIA.....	249
IV. INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR EN LA PENSION COMPENSATORIA. LA REDUCCIÓN O SUPRESIÓN DEL DERECHO POR LOS HEREDEROS: CAUSAS DE ESTA SOLICITUD JUDICIAL.....	253
V. INDICACIONES CONCLUSIVAS.....	261
CONCLUSIONES.....	263
PRELIMINAR.....	263
PRIMERA.....	267
SEGUNDA.....	268

TERCERA	268
CUARTA	270
QUINTA.....	271
FINAL	272
BIBLIOGRAFÍA	273
RESOLUCIONES CITADAS	285

AGRADECIMIENTOS

Como tantos otros trabajos, éste es fruto de la suma de muchos factores, del encuentro de muchos elementos y del apoyo de varias instituciones y de unas cuantas personas. Por ello y en primer lugar he de señalar la fundamental contribución que para esta tesis han tenido las siguientes **BIBLIOTECAS Y ARCHIVOS** sin cuyos fondos y dedicación de sus responsables habría resultado imposible la localización de ciertas fuentes. Así y en primer lugar, he de hacer constar expresamente mi agradecimiento a la **joven Biblioteca de la UNED** como institución por la asistencia que siempre me han prestado.

Ya en Madrid he de mencionar necesariamente a la **Biblioteca de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación** donde he podido consultar fondos difícilmente localizables en otra institución sin su solera.

También he podido utilizar los fondos de la **Biblioteca del Colegio Notarial de Madrid** por lo que tengo que hacer mención expresa de la generosa oportunidad del Colegio y del extraordinario equipo humano a su servicio con las facilidades que siempre me han prestado, especialmente y no sólo en lo que se refiere al Repertorio de Jurisprudencia civil, sabiamente ordenado y conservado, al que tuve acceso sin límite de tiempo para consultar sus tomos.

En cuanto a **EL TEMA OBJETO DE ESTUDIO** se debe en buena parte, a mi ejercicio profesional como Juez sustituto y a la percepción de un problema insoluble legalmente, quién sabe si quizás debido a la inmadurez personal de los progenitores litigantes. En este sentido, ha sido la propia evidencia del panorama familiar tras la quiebra de la convivencia y el conflicto sobre la atribución de la vivienda y su inquebrantable unión al ejercicio de la guarda y custodia de los menores. En su virtud, elegí este tema con la aquiescencia de dos grandes Maestros el Profesor Lasarte Alvarez y al Profesor Suárez, bilbaíno de pro, esencial para el desarrollo de la tesis, tesis doctoral que finalmente, después de pasar tantos años desde que inicié los cursos de doctorado, ahora culmino con la presentación de este trabajo, dirigido germánicamente por mi Querida M^a Fernanda Moretón Sanz, ilustre Profesora, animosa frente a la adversidad y que, y que ha sabido ganarse por méritos propios mi certeza de sus cualidades personales y científicas. En momentos de desaliento ha

estado ahí, en momentos de trámites administrativos y plataforma Alf y documentos varios, también, sorteando dificultades y arrastrándome sin remedio a cerrar este análisis crítico de la materia.

Ha de constar mi cordial afecto profesado a mi buen amigo, Jaime Cabrero García, con quien he compartido horas de estudio y todas y cada una de las muchas reuniones celebradas con nuestra directiva Directora.

Por supuesto mi agradecimiento sincero a la **UNED** y al **Departamento de Derecho Civil** y a quienes me han brindado su **amistad**, su aliento y apoyo en los muchos momentos difíciles que acompañan esta travesía interminable de la tesis doctoral. Gracias también a quienes me han ayudado en la gestión y trámite de esta tesis, al apoyo de la Coordinadora de los Estudios de Doctorado insertos en la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, en Derecho y Trabajo social, la Catedrática y universitaria de pro Remedios Morán así como a la asistencia del Secretario de los estudios, el Profesor acreditado a titular, Jorge Alguacil.

Del Departamento no puedo olvidar la atención tanto de Paz VILLÉN, como a Isabel González. Gracias al equipo del Negociado de doctorado; también al servicio de reprografía.

A mi familia, a mi mujer y a mis hijas. A todos los asistentes por su compañía, por su tiempo y por su paciencia, y al Tribunal por su generoso tiempo y por las valiosísimas aportaciones que a buen seguro me harán y a las que me someto ahora antes de agotar definitivamente su paciencia.

En Madrid a 15 de agosto de 2016, Día de la Asunción de Nuestra Señora

ABREVIATURAS

AAMN Anales de la Academia Matritense del Notariado

AC Actualidad Civil

ADC Anuario de Derecho Civil

AHDE Anuario de Historia del Derecho Español

AP Audiencia Provincial

ARAJL Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Art. Artículo (s)

BCRE Boletín del Colegio de Registradores de España

BFD Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED

BGB Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

BOE Boletín Oficial del Estado

Coord. Coordinador (es)

CCJC Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

D Digesto

Dir. Director (s)

Ed. Editorial

Fund. Fundadamente

G. Gayo

Giust.civ. Giustizia civile

Inst. Instituciones de GAYO

IJ Revista de Información Jurídica

Nt. Nota

RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDAА Revista de Derecho Agrario y Alimentario

RDBB Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDEA Revista de Derecho Español y Americano

RDFHP Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública

RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del
Notariado (s)

RDM Revista de Derecho Mercantil

RDN Revista de Derecho Notarial

RdP Revista de Derecho Patrimonial Aranzadi

RDP Revista de Derecho Privado

RDPro Revista de Derecho Procesal

RDF Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
de Madrid

REDF Revista Española de Derecho Financiero

RGD Revista General de Derecho

RGLJ Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RI Revista de Impuestos

RIDA Revue Internationale de Droits de l'antiquité

RJC Revista Jurídica de Cataluña

RJN Revista Jurídica del Notariado

RUC Revista de la Universidad Complutense de Madrid

S Sentencia (s)

SDHI Studia et Documenta Historiae et Iuris

TC Tribunal Constitucional

TS Tribunal Supremo

TSup. Tribunal Superior de Justicia

VVAA Autores varios

vid. véase

vol. Volumen

ZSS Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

CAPÍTULO INTRODUCTORIO: PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL CONFLICTO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA CUSTODIA COMPARTIDA

I. EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: CONTROVERSIAS SOBRE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

En la resolución de los conflictos interpersonales, las situaciones de crisis familiar presentan un complejo campo de cuestiones diversas, cuya solución atiende no solo a las situaciones y circunstancias personales de los sujetos que intervienen, sino a los criterios y principios legales vigentes en cada momento. Resulta lógico pensar, que el derecho es ajeno al origen y a la causa de una situación personal que deriva en crisis familiar, lo que no parece tan lógico es que el derecho, que solo puede ser observador y regulador de las consecuencias, se convierta en origen de nuevas controversias. Por ello no es extraño que en estas cuestiones, los diferentes operadores jurídicos: abogados, jueces, fiscales, mediadores, profesores o los propios implicados, no se resistan, a apuntar soluciones o proponer cambios legislativos, en un intento denodado de paliar o hallar soluciones a los problemas que estos conflictos conllevan.

La atribución del uso de la vivienda familiar cuando surge el conflicto familiar, es una de estas cuestiones complejas, donde el marco normativo vigente, la realidad social y la evolución del principio de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia, hacen reconsiderar la respuesta que va dando el legislador. Se presentan así, diferentes y variadas propuestas para superar las consecuencias derivadas de la regulación actual.

En este sentido, la STS de 17 de octubre de 2015, tras destacar el profundo cambio del modelo social y matrimonial que ha experimentado la sociedad, entiende que se demanda “un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art 1323 del C Civil...”. Ejemplo de ello resultan, la Ley de Mediación (art. 19) y las reformas de de la LEC, que

recogen y potencia estas facultades de autocomposición de los cónyuges (arts. 770, 775)¹.

Estamos ante un bien de contenido patrimonial y reflejo familiar, pues la “consideración de la vivienda familiar como un patrimonio puesto al servicio de la familia le hace tributaria de una especial protección dentro de Código Civil”². Si desde la primera perspectiva, el ámbito patrimonial, la autonomía de la voluntad se presenta fuera de toda duda, desde la segunda, en el contexto en que se desenvuelve, esta disponibilidad, cede ante un interés superior al individuo y a la propia pareja, bajo los principios del interés de la familia e interés del menor³.

Conjugar estas premisas de modo inadecuado puede provocar que la atribución del uso de la vivienda se convierta en el eje central del conflicto familiar, no solo mientras dura el procedimiento judicial (contencioso o de mutuo acuerdo), sino con posterioridad. El *quiso* jurídico, es bien sencillo, la respuesta que el legislador ofrece tiene un marcado carácter provisional, se discute un uso, y mientras dura esta provisionalidad, el conflicto permanece, toda vez que se cierra en falso la coherencia del sistema⁴.

Esta cuestión enquistada, convierte el conflicto, en un enfrentamiento permanente o latente, en perjuicio de la propia familia, conculca el “favor filii” y enreda a la propia Administración de justicia, abocada a dar curso a sucesivos procedimientos instados por las partes.

De ahí las sucesivas y estériles, en el momento de redactar estas líneas, de propuestas, anteproyectos, propuestas no de ley, etc., con soluciones capaces de integrar todos los derechos enfrentados y

¹ Vid., Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

² GIL MENBRADO C. *La vivienda Familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2013, pág. 13.

³ STS, de 31 de diciembre de 1994.

⁴ El derecho de uso atribuido al progenitor no propietario, una vez inscrito, es oponible al tercer adquirente, y aún no inscrito en el Registro de la Propiedad cuando no esté protegido por el art. 34 LH (vid., a estos efectos la STS de, 18 de marzo de 2011).

aportar un desenlace definitivo, reducir el tiempo de provisionalidad o compensar la desigualdad del actual art. 96 del Código Civil.

El punto de partida inevitable para el análisis de esta cuestión, la respuesta del legislador, cuando la crisis matrimonial o de pareja, conduce irremediablemente a la ruptura de la convivencia.

Y, en este sentido, dispone el controvertido art. 96 del Código Civil:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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

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

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

Tras las primeras y urgentes reformas del Código Civil en 1981 promulgadas en materia de Familia para adaptarse a la Constitución⁵, posteriormente, el legislador ha aprobado diversas modificaciones. Todas estas reformas aludían a una nueva realidad social.

Es reconocido, que la realidad camina o debe hacerlo antes del derecho, no es ajeno a este devenir a la Familia, es más, estamos ante la parte del derecho privado, donde esta afirmación se ratifica con mayor consistencia, precisamente, en esta andadura eterna para adaptarse a la realidad social.

Este andar eternamente tardío del derecho, lo reflejaba con maestría DÍEZ-PICAZO⁶, al apuntar que desde sus inicios legislativos, el derecho de familia nacía, ya en la etapa codificadora, envejecido.

⁵ Reforma operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo y Ley 30/1981, de 7 de julio.

⁶ DÍEZ-PICAZO L., “Ensayos Jurídicos”, I, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pág. 1452.

En su virtud, es especialmente singular que la atribución del uso de la vivienda familiar, pese a ser tan controvertido, aún no ha sido objeto de una reforma, que adapte la norma a la realidad social actual, como sí ha sido abordada en otras cuestiones de familia⁷.

Como posibles causas apunta GONZÁLEZ DEL POZO, con carácter crítico tanto cuestiones de índole técnico como político. Por una parte el “gran recelo y desconfianza del legislador frente a cualquier tipo de fórmulas legales que impliquen la concesión al juez de un amplio margen de discrecionalidad...”, de otra “la existencia de poderosos grupos de presión, vinculados a las asociaciones de hombres y mujeres separados/as y divorciados/as, que reaccionan con virulencia, a favor o en contra, de cualquier propuesta de reforma del art. 96 CC o ante cualquier anteproyecto o borrador de anteproyecto de ley en que se plantee una nueva regulación del derecho de uso de la vivienda familiar en el procesos de familia, por los intereses económicos que representa y porque existen grandes resistencias a desvincular su reglamentación del régimen de guarda y custodia de los menores.

Todo ello produce una cierta parálisis e inhibición de los partidos políticos y del propio Gobierno, no interesados en absoluto en abordar con rigor y en profundidad reformas en el derecho de familia relativas a cuestiones tan sensibles socialmente como la guarda y custodia o el uso de la vivienda, cuyo destino aparece indisolublemente asociado en la ley a la modalidad de guarda establecida”⁸.

No obstante deberíamos de ser conscientes de que cualquier reforma al respecto, tampoco va a resultar la respuesta y solución definitiva. Quizás si se me permite el símil, estemos ante otro juguete más puesto por el hada del derecho en la cuna de la doctrina, como decía IHERING, para reconocer a continuación la realidad expuesta por KIRCHMANN, tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.

⁷ Vid., por ejemplo, BOE de fecha: 24/12/1994, 22/11/2003, 02/07/2005, 09/07/2005, 03/07/2015.

⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, *Revista el Derecho*, 6 de octubre, de 2010.

Lo cierto es que sobre la materia la doctrina se ha empleado a fondo existiendo, entre otros, estudios los que a continuación, y por no perder el hilo argumental, citaremos en su momento, sin que ello empece a su notable importancia.

En cualquier caso, clara muestra de la controversia e interés suscitado, es la relación de autores y títulos al respecto, que recoge DE VERDA Y BEAMONTE⁹.

A mayor abundamiento nuestros Juzgados y Tribunales no han sido ajenos a esta cuestión y clara muestra es igualmente, la abundante jurisprudencia menor dictada sobre el art 96 de CC desde 1981¹⁰. Nos podemos congratular que desde épocas más recientes, esta cuestión haya pasado a ser conocida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, pues se disipan las posturas tan opuestas que mantenían algunas Audiencias Provinciales. Se ha de resaltar igualmente que el Tribunal Supremo ha matizado este artículo durante en estos años, como tendremos ocasión de analizar, pero claro está que su misión no es legislar, sino dar una respuesta jurídica concreta al caso planteado, lo que no quita que se haya sentado doctrina jurisprudencial en numerosas cuestiones. Con todo no podemos asegurar, que esta doctrina del Tribunal Supremo vaya a permanecer inalterada, pues las reformas que colateralmente incidan en la cuestión y el arts. 3.1 del Código Civil, demanda su actualización, aplicable a todo tipo de normas¹¹.

Muestra igualmente de la inquietud jurídica que suscita este artículo 96, es que no ha habido en estos años, congreso o seminario de derecho de familia, donde catedráticos, jueces, fiscales o abogados de familia, no hayan dejado constancia de los problemas que surgen

⁹ DE VERDA Y BEAMONTE J.R. “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, págs. 9 a 43.

¹⁰ HIJAS FERNÁNDEZ E. “Derecho de Familia. Doctrina Sistematizada de la Audiencia Provincial de Madrid”, *Lex Nova*, 1999.

¹¹ DE CASTRO Y BRAVO F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*, Gráficas Marisal, Madrid, 1970, pág. 101 y ss.

respecto de la vivienda y apuntado, diversas soluciones, unificaciones de criterios o propuestas de reformas legislativas.

Este retraso del legislador nacional, entrampado en un Anteproyecto de Ley de corresponsabilidad parental, ha sido aprovechado por el legislador autonómico, para dar un salto cualitativo en la cuestión, como pone de manifiesto la STS de 24 de junio de 2015.

Claro está que en estos casos no se puede decir que estemos ante la adaptación de un derecho histórico, ni que la realidad de las situaciones de crisis familiar, tenga particularismos locales¹².

¹² Ley 7/2015, de 30 de junio, del Parlamento del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana (suspensión de la aplicación de la Ley Valenciana de Relaciones Familiares –Custodia Compartida–, desde el 4 de julio de los corrientes, por acuerdo del pleno del Tribunal Constitucional, por Recurso de Inconstitucionalidad nº 38/59 contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Poco después de la entrada en vigor de la Ley Aragonesa sobre Custodia Compartida, Cataluña aprobó la ley 25/2010 de 29 de Julio, por la que se modifica el libro II del Código Civil relativo a la persona y a la familia, la cual entraría en vigor el 1 de Enero de 2011 y Ley 2/2010, de 26 de mayo, Aragonesa de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres: Aprobada por las Cortes de Aragón en sesión plenaria celebrada los días 20 y 21 de mayo de 2010 Por su parte, el Parlamento navarro votó en septiembre de 2010 a favor de la proposición de ley presentada por IU, cuyo objetivo es crear una ley propia para que la custodia compartida sea la opción preferente. Por su parte, vid., STC 623/2009, de 8 de octubre de 2009. Ponente Roca Trías. Establece los requisitos necesarios para que concurra la posibilidad de establecer en sentencia la guarda y custodia compartida en situaciones de crisis matrimonial con hijos menores; STC, del Pleno, 185/2012, de 17 de octubre de 2012, que declaró nulo el inciso del artículo 92.8 del CC que establecía como preceptivo el informe favorable del ministerio fiscal para que el juez pudiera acordar la guarda y custodia compartida, cuando no existiera acuerdo entre los progenitores; STC 257/2013, de 29 de marzo de 2013. Ponente SEIJAS QUINTANA: la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible. A pesar de esta declaración de intenciones, para el supuesto concreto que enjuiciaba, mantiene la guarda y custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores. Y por último, Pleno. Sentencia 82/2016, de 28 de abril de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 9888-2007. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano. Competencias en materia de Derecho

Lo cierto es que, siguiendo la línea principal en la nueva concepción de la guarda y custodia, su modalidad compartida, se percibe como el modelo que más beneficia los intereses del menor. Por su parte, la normativa autonómica ha dado ya ese salto cualitativo, mientras se demanda del legislador nacional por todos los colectivos jurídicos una reforma, que el Tribunal Supremo califica de inexcusable y necesaria¹³.

El derecho de uso que contempla el art 96 del CC no es un derecho “ex novo”, que surja con la ruptura del matrimonio. Ciertamente es que no consta en el Código civil un expreso reconocimiento al derecho de uso de la vivienda familiar, pero sin duda, tal derecho existe del juego de los artículos 67, 68, 70¹⁴ y 1320 del mismo cuerpo legal; extremo crítico del Anteproyecto citado, tal y como evidencia el propio Consejo de Estado¹⁵.

civil: Ley autonómica dictada en materia no integrada en el acervo normativo o consuetudinario del Derecho civil histórico valenciano. Voto particular.

¹³ STS, de 29 de mayo de 2014.

¹⁴ Declara el art. 70 “Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia”. Por su parte, el 1320 determina que “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.- La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.

¹⁵ A estos efectos, vid., el Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día, 24 de julio de 2014, emitido, por unanimidad (Número de expediente: 438/2014 JUSTICIA; “En cumplimiento de la Orden de V. E. de 21 de abril de 2014, cuya entrada se registró ese mismo día, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia. Entre las conclusiones que nos afectan podemos destacar: “15. El uso de la vivienda familiar se aborda en el proyectado artículo 96 del CC: El artículo 96.2 del CC recoge tres criterios de atribución del uso de la vivienda familiar - “interés superior de los hijos”, “necesidades de los cónyuges” y “titularidad de la vivienda”-, desvinculando dicha atribución de la guarda y custodia de los hijos menores. Aun siendo razonable que la regla taxativa del ordenamiento vigente, que otorga en todo caso el uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostente la guarda y custodia de los hijos menores, pueda encontrar algunas excepciones en razón de las necesidades de los cónyuges o la titularidad de la vivienda, el Anteproyecto

debería seguir contemplándola como regla preferente o general; El artículo 96.3 del CC regula el periodo de uso de la vivienda familiar, distinguiendo dos supuestos: si usa de la vivienda el progenitor que tiene la guarda y custodia de los hijos, su derecho se extingue cuando cese la obligación de prestarles alimentos; si usa de la vivienda el progenitor que no ostenta la guarda y custodia de los hijos, su derecho expira a los dos años. La distinción entre ambos supuestos resulta pertinente, dado que la limitación temporal del uso de la vivienda sólo debe admitirse cuando no existan hijos menores de edad necesitados de protección a cargo del cónyuge que usa la misma; El artículo 96.4 del CC establece, para el caso de falta de convenio, que el Juez deberá prever "la adecuación de las prestaciones alimenticias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla". El artículo 90.1.c) del CC, por su parte, señala que el convenio regulador deberá contemplar la repercusión que el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar tendrá en la contribución a las "cargas familiares", a los "alimentos" y a la "pensión compensatoria". Debería coordinarse la redacción de ambos preceptos, incluyendo en el artículo 96.4 del CC una referencia a las "cargas familiares"; El artículo 96.5 del CC realiza una distribución de los gastos y tributos de la vivienda, entre los cónyuges usuario y propietario, que se adecua a las posiciones jurídicas de las partes. Se echa en falta, no obstante, una mención a los seguros de vivienda que no se encuentran vinculados a su adquisición o mejora (por ejemplo, un seguro sobre el contenido de la vivienda o un seguro de continente suscrito después de la amortización del préstamo), que, en principio, no pueden considerarse deudas de los cónyuges sino cargas familiares. La prima de tales seguros no puede ser propiamente calificada de gasto extraordinario y tampoco tiene un encaje natural dentro de la definición de los gastos ordinarios dada por el Anteproyecto, que incluye a los de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda. Debería, por ello, hacerse una referencia expresa a esta cuestión; El artículo 96.6 del CC determina los efectos de la atribución judicial de la vivienda no poseída en propiedad, distinguiendo en función de que exista un título distinto del de propiedad o se disfrute de ella por tolerancia de un tercero. Las soluciones dadas a ambos supuestos son congruentes con las diferentes situaciones jurídicas contempladas; En todo caso, cabe observar que ni la LAU ni el Anteproyecto sometido a consulta prevén quién deberá abonar la renta en caso de atribución judicial del uso de la vivienda arrendada. En principio, la renta debería ser abonada por el progenitor a quien se haya atribuido el uso de la vivienda, salvo que, atendida la capacidad económica de ambos cónyuges, el Juez considere que el otro debe contribuir a su satisfacción. Dado que el contrato de arrendamiento es, junto con el derecho de propiedad, el título de posesión de la vivienda familiar más frecuente, podría incluirse en el CC o en la LAU una previsión al respecto; El artículo 96.7 del CC regula el consentimiento necesario para la disposición de la vivienda familiar en términos idénticos a la regulación vigente; El artículo 96.8 del CC permite la anotación preventiva o inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de Propiedad. El reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente sólo tiene interés cuando se otorgue al cónyuge no titular. El Anteproyecto debería corregirse, disponiendo que es susceptible de anotación preventiva o inscripción el derecho de uso del cónyuge "no titular" de la vivienda.

En la citada línea ya afirmaba la STS, de 31 de diciembre de 1994, razona que la entraña del asunto está lejos de constituir un nuevo derecho inexistente sino, antes bien, de proteger uno del que ya era titular la familia.

II. PROPUESTA PRELIMINAR DE *LEGE FERENDA*: REDACCIÓN Y CONTENIDO DEL PRECEPTO COMO FÓRMULA PARA SUPERAR LA CONFLICTIVIDAD EN LAS CRISIS FAMILIARES

Sin ánimo de elaborar una lista exhaustiva capaz de integrar la totalidad de los problemas que plantea la actual regulación legal, podemos apuntar los siguientes elementos críticos:

1- Se distorsiona el verdadero interés del menor, cuando este se identifica con la vivienda familiar por el automatismo que implica la obtención de la guarda y custodia.

Lo que pudiera no haber sido un problema, por estar los padres conformes con la custodia en cualquiera de sus modalidades, surge con virulencia cuando se interrelaciona con la vivienda familiar. No se descubre nada nuevo cuando todos los especialistas ponen de manifiesto, el perjuicio que ocasiona a los menores, el conflicto que enfrenta a sus padres.

En este sentido, DELGADO MARTÍN, "La fijación del régimen del uso de la vivienda familiar introduce en el proceso de separación o divorcio un alto elemento de conflicto, provocando frecuentemente una gran distorsión en el establecimiento del régimen de guarda y custodia. Téngase en cuenta que la situación del mercado inmobiliario español implica que la familia esté destinando una parte muy importante de sus ingresos para la adquisición de la vivienda"¹⁶.

No puede extrañar, afirma GONZÁLEZ DEL POZO¹⁷ que, "iniciado el proceso matrimonial, dado el altísimo valor económico que para las

¹⁶ DELGADO MARTÍN, J. "La Patria Potestad compartida en los procedimientos matrimoniales", *Estudios de Derecho Judicial*, 130, CGPJ, Madrid, 2007.

¹⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, "El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos. La interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia", *Revista el Derecho*, 1 de junio de 2015.

partes representa la titularidad del derecho de uso de la vivienda, el irrefrenable deseo de conseguir la atribución de ese derecho de uso condicione en gran medida otras pretensiones de las partes, en especial la referida a guarda y custodia de los hijos menores, dada la vinculación forzosa y automática existente, según la literalidad del art. 96 CC entre la atribución de guarda de los menores y la del uso de la vivienda”.

2- La atribución de uso de la vivienda condiciona y relativiza la prestación alimenticia.

El Tribunal Supremo se ha encargado de recordar que las cuestiones patrimoniales entre los cónyuges resultan ajenas al art 96 del CC, pues estamos ante una forma de protección que se aplica con independencia del régimen económico o de la titularidad acordada entre sus propietarios¹⁸.

La realidad jurisdiccional, refleja casi podríamos decir cotidianamente, estas cuestiones. Es decir, la angustiada situación de una familia hipotecada que con esfuerzo trata de llegar a fin de mes. La ruptura genera de por sí, un incremento de los costes y gastos de los componentes de la familia, mientras que los recursos ahora se dividen.

Téngase en cuenta, directamente relacionado con lo mencionado, que son necesarias dos viviendas: la primitiva familiar donde acoger al menor o menores en compañía del progenitor custodio y, adicionalmente, la nueva, generalmente en régimen de arrendamiento, por la que tendrá que optar el progenitor no custodio. Nadie discutirá –o no debería haber controversia alguna– que esta vivienda deba disponer de los elementos habitacionales necesarios para desarrollar correctamente el régimen de comunicación dicho progenitor con su hijo.

Resulta un tanto equívoco, que el principio utilizado, al prevalecer el interés el menor y no tener en consideración las cuestiones patrimoniales, produzca los efectos contrarios inicialmente previsto en la norma y más aún con las reformas que han reforzado la intensidad y prevalencia de este principio¹⁹.

¹⁸ SSTS de 26 de abril de 2012, y 21 de mayo de 2012.

¹⁹ Sobre su reciente modificación y el análisis de la redacción ahora vigente, vid., MORETÓN SANZ, El interés del menor...

De modo que, precisamente en el momento que ha de seguir haciendo frente al crédito hipotecario –lo que indudablemente genera patrimonio para quien lo paga, aunque bien es sabido que los primeros años el sujeto pasivo acomete el pago de los intereses– a costa de los alimentos de los hijos, que podrían comprometerse o, cuando menos, sufrir un importante decrecimiento. Si la capacidad económica de los cónyuges ya no permite el nivel de vida reflejado en un *status* residencial, habrá de concluirse que el deseo del progenitor custodio –no necesariamente del menor–, de que le sea atribuido el uso de la vivienda familiar, debería ser reconsiderado por el legislador.

Se podrá objetar desde un punto de vista formal que en el Código Civil, no hay ninguna norma que relacione la pensión alimenticia con la atribución del uso de la vivienda familiar, pero es obvio que cubiertas las necesidades de habitación, el juez valora las demás necesidades alimenticias del menor. Para ello irremediablemente atiende a las posibilidades del alimentante, entre las que se encuentran, el porcentaje de hipoteca sobre la vivienda familiar que ha de seguir pagando y que puede ser del cien por cien, y el gasto nuevo de alojamiento. Esta situación puede hacer disminuir la pensión alimenticia del menor, hasta dejar desatendidas ciertas necesidades del mismo, para cubrir la obligación impuesta en el art 96 del CC, cuando posiblemente estén sobredimensionadas y cubiertas en exceso las necesidades de habitación.

La solución pasa solo por la lógica ponderación de este derecho de uso, o incluso su valoración obligatoria²⁰, como contemplan las

²⁰ El CCCat, recoge la necesidad de esta ponderación en los siguientes términos: “Artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.- 1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados. -7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.” Por su parte, la LEY 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece en su “Artículo 6. 1. Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”. (...) En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas

legislaciones Catalana y Valenciana²¹, mucho más efectivas para conminar indirectamente a un acuerdo satisfactorio para ambos.

3-Condiciona los acuerdos

El citado art. 96, contempla como primera posibilidad, el acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, entendida así como la solución preferida para el conflicto y que ha desarrollado la Ley de mediación. A continuación contempla una serie de situaciones de hecho, para el caso de que no se alcance aquel. Así el legislador expresamente distingue; que haya hijos menores, que los hijos menores vayan a tener diferente progenitor custodio y que no haya hijos, sin aclarar si es porque no los hay o son ya mayores de edad.

El art. 96, al contemplar esta atribución del uso entre ambos cónyuges, parte de modo implícito de un principio no escrito, desvincular la propiedad, del derecho de uso sobre la vivienda. Con este sentido fija unos criterios de atribución.

Como primera premisa, dispone que “...*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*”.

Se hace así una interpretación legal, de cuál es el interés del menor, con indiferencia del resto de la prueba. En este sentido se hace una valoración probatoria tasada *ex lege*, a la vez que excluyente. Identifica directamente el interés del menor, con la vivienda familiar.

Razona el Tribunal Supremo que “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art 96”²².

pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.”

²¹ Con lo apreciado por el TC.

²² STS de 1 de abril de 2011, reiterada en SSTs de 14 de abril y 30 de septiembre de 2011.

El criterio de libre valoración de la prueba que tiene el juez, para llegar a la convicción de tener unos hechos por ciertos, de los que deducir a continuación sus consecuencias jurídicas, queda cercenado cuando el legislador impone solo una conclusión posible. Recuerda en cierto sentido a otras épocas en que el interés de la familia quedaba planificado por ley, cuando se exigía una subordinación al padre de familia²³. Razonaba el legislador en 1958 "... existe una potestad de dirección, que la Naturaleza, la Religión, y la Historia atribuyen al marido". El marido administra los bienes conyugales y la mujer cuida de la prole, por ello no era de extrañar que el interés del menor, estuviera predeterminado y el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuyeran la custodia de los hijos directamente a la madre para los menores de siete años²⁴.

No se pone en tela de juicio que el acuerdo como primera premisa contemplada por el legislador no sea acertado. Qué cosa más lógica que el entendimiento y la voluntad común presidan un conflicto jurídico y que la igualdad de derechos dirija el asunto y lleve a las partes a estar satisfechas o convencidas por necesidad con el acuerdo alcanzado. Ahora bien, si en este escenario la "ratio decidendi" se originó en que de no alcanzarse tal convenio, es el legislador quien indica cuáles son las consecuencias legales y las partes tienen conocimiento de ello, la situación varía, pues no estamos ante la incertidumbre de un pleito, de una prueba, ni de un resultado.

Cabe dudar, en este sentido, de las bondades de esta solución ideal, o autocompositiva, toda vez que al negociar se conoce de antemano la alternativa aplicable, si se me permite expresión "uno tiene la sartén

²³ Exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1958 de Reforma del CC

²⁴ LEC de 1881, art 1881. La mujer casada que se proponga interponer demanda de divorcio, nulidad o separación matrimonial podrá solicitar del Juez de Primera Instancia de su domicilio que se le faculte para separarse provisionalmente de su cónyuge. Ratificada la mujer en su instancia, el Juez concederá la separación provisional y colocará en poder de aquélla los hijos del matrimonio menores de siete años. En la misma resolución decidirá las ropas, enseres y muebles que, bajo inventario, deberá recibir para ella y los hijos que se le confíen.

por el mango”. Los límites del planteamiento personal se enfrentan a unas consecuencias legales tasadas, que no penden en su totalidad del resultado de la prueba y del juicio, por tanto esa solución ideal, está lejos de serlo, toda vez que ese acuerdo es o él mal menor o una imposición.

De modo elocuente, afirma GONZÁLEZ DEL POZO “la simple existencia del párrafo 1º del art. 96 CC (EDL 1889/1/) en los términos en que aparece actualmente redactado, al establecer la obligatoria atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, constituye una rémora u obstáculo para la consecución de acuerdos de guarda y custodia compartida en cuanto, el automatismo en la atribución del derecho del uso de la vivienda a los hijos y al progenitor, determina en muchos casos la negativa a aceptar un régimen de guarda conjunta por parte del cónyuge que objetivamente se cree en mejores condiciones personales, laborales y objetivas que el otro para obtener la custodia exclusiva de los menores y, con ella, el uso de la vivienda. No es infrecuente en la práctica que un cónyuge o progenitor rechace firmemente cualquier fórmula de custodia compartida que le prive de la atribución del uso exclusivo de la vivienda, y que posteriormente, una vez la contraparte se aviene a que se le atribuya la custodia exclusiva y el uso de la vivienda, esté dispuesta a aceptar un régimen de visitas y estancias de los menores con el otro cónyuge que, de facto suponga, un régimen de custodia conjunta, aunque no se le dé ese *nomen iuris*”²⁵.

3-Genera un desequilibrio patrimonial

La referencia al desequilibrio patrimonial juega desde diferentes puntos de vista. Se podrá objetar que al no atender el art. 96 a titularidades sino a una atribución del uso, el patrimonio queda inalterado, pero en puridad, ésta no es la auténtica realidad.

Indica DE VERDA Y BEAMONTE que “La vivienda suele ser el bien más valioso del que disponen los cónyuges, exigiendo, por lo general, su compra una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si no se

²⁵ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo, “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, cit.

vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso”²⁶.

En este sentido GONZÁLEZ DEL POZO en la obra citada recoge: “Tras el espectacular aumento de los precios de las viviendas en el mercado libre como consecuencia de la “burbuja” inmobiliaria que se produjo en la economía española entre los años 1987 y 2008, resulta una obviedad señalar la extraordinaria importancia que para cualquier matrimonio o pareja estable representa la tenencia de una vivienda en propiedad para destinarla a hogar familiar. En la inmensa mayoría de los casos el inmueble destinado a vivienda familiar, sea de la propiedad común de ambos cónyuges –a título ganancial o en pro indiviso–, o pertenezca privativamente a uno de ellos, constituye el activo más valioso del patrimonio familiar, y, muy a menudo, para su adquisición ha sido preciso recurrir a un extraordinario endeudamiento familiar mediante la obtención de préstamos hipotecarios de larga duración (a veces de hasta 40 años), a cuya amortización se destina habitualmente más de la mitad de los recursos económicos disponibles para el sostenimiento de toda la familia.

A nadie se le oculta, por tanto, que, en la actualidad, dado el alto precio que en el mercado inmobiliario han alcanzado los inmuebles destinados a vivienda, tanto para compra como para alquiler, planteada judicialmente la crisis matrimonial o de la unión de hecho, con la subsiguiente ruptura de la convivencia, los cónyuges o progenitores en conflicto mantienen como objetivo procesal de primer orden conseguir la atribución judicial del uso exclusivo de la vivienda... de modo que para el cónyuge o progenitor obligado a abandonar el domicilio conyugal, la salida del mismo le obliga a procurarse un nuevo inmueble en que alojarse, asumiendo una carga económica antes inexistente, al tiempo que debe continuar abonando la mitad de la hipoteca del inmueble que constituyó del domicilio conyugal y la pensión alimenticia correspondiente a los hijos comunes, todo lo cual le coloca, en la mayor parte de los casos, en una situación de extraordinaria precariedad económica.”

Que existan hijos en común menores de 18 años, no implica que la nueva etapa de los ex cónyuges, tenga que comenzar con un primer

²⁶ DE VERDA Y BEAMONTE J.R., “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, cit.

punto de desequilibrio, que es a la par nueva fuente de conflicto. Resulta patente tanto si la vivienda es privativa de uno o en régimen de copropiedad o comunidad ganancial, baste pensar en el supuesto que la pareja tenga un hijo en común de un año.

El legislador, caso de no concurrir hijos, resulta acertada y la realidad de los tribunales pone manifiesto el criterio de la temporalidad se presenta como el más acertado e incluso se puede decir que preceptivo²⁷.

Cuando concurriesen mayores de edad, la dicotomía entre alimentos de hijos en periodo de formación y la vivienda, ha sido zanjada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2011, consciente del abuso al que se había llegado. Fija como doctrina legal que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3^a del artículo 96 del CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”. Se limita así el desequilibrio económico para los ex cónyuges, que indirectamente originó la minoría de edad de los hijos.

Ahora bien, si concurren hijos menores, y salvo las posibilidades que abre la custodia compartida, y alguna que otra excepción que va fijando el Tribunal Supremo, como cuando que el progenitor custodio resida en otra vivienda con su pareja²⁸, se presume que la atribución del uso a los hijos menores, es una manifestación del principio de interés del menor que no puede ser limitada por el juez²⁹. No puede fijarse una limitación temporal atendiendo a ciertas edades de los hijos o hasta la liquidación de la sociedad de gananciales³⁰. En estos supuestos no deja de resultar un desequilibrio patrimonial en relación entre los ex cónyuges, esta perpetuación del derecho de uso, cuyo fin

²⁷ SAP de Madrid (secc. 22^o), de 22 de octubre de 2007.

²⁸ STS, de 16 de junio de 2014.

²⁹ STS, de 1 de abril de 2011.

³⁰ STS, de 2 de julio de 2014.

solo va a resultar posible, por un cambio de custodio, un alcanzar los hijos la mayoría de edad o un acuerdo previo a estas situaciones.

4-Dificulta la liquidación del régimen económico cuando no hay hijos o estos son mayores de edad.

La protección de la vivienda familiar se hace patente a través del art. 1320 del CC³¹ y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda

Como apunta PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS³², la atribución del uso de la vivienda, no se deja sin efecto por la liquidación de la sociedad de gananciales, resultando indiferente a quien se atribuya el bien.

Desde hace años los tribunales se han encargado de puntualizar este uso en relación con una liquidación de gananciales o extinción del condominio. Así se ha indicado que, ese uso carece de contenido patrimonial, de modo que no se ha de valorar en la liquidación de gananciales (SAP de Madrid, de 6 de febrero de 1995), no determina un derecho preferente para la adjudicación cuando se liquidan los gananciales (SAP de Madrid, de 21 de noviembre de 1995), ni genera con el instituto de la usucapión la pérdida del carácter ganancial de la vivienda (SAP de Madrid, de 15 de diciembre de 1988). De igual modo la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad del ejercicio de la acción de división del art. 400 del código Civil sobre la vivienda común con la vigencia y compatibilidad de la atribución del uso. La modificación de este *status* solo resulta posible 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 (STS de 16 de diciembre de 1995).

Por su parte, la STS, de 10 de octubre de 1997, comprime expresivamente el núcleo de la cuestión: “una cosa son las medidas de

³¹ STS de 31 de diciembre de 1994.

³² PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS JM., “La efectiva liquidación de la sociedad conyugal, ¿conlleva la extinción tácita del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido sin plazo en una resolución anterior?”, *Boletín de Derecho de Familia*, año IX-nº 88-marzo 2009, pág. 2.

tipo patrimonial derivadas de un proceso de separación matrimonial que establece, siguiendo un convenio regulador, el uso exclusivo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, medida susceptible de modificación judicial si se comprueban causas suficientes, y que además al favorecido por el uso no se le permite disponer de la misma unilateralmente, ni para enajenarla ni para la constitución de derechos reales; y otra cosa, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos bienes constitutivos es la vivienda en cuestión, que forma parte de una comunidad de tipo germánico en la que cada uno de los bienes no está atribuido individualmente por cuotas a uno u otro cónyuge, sin que a estos bienes en ese sentido les afecte para ello, a quien tenga atribuido su uso en aquel momento". Criterio mantenido por la STS, de 27 de febrero de 2012.

A nadie se le escapa que el procedimiento de liquidación de gananciales puede prolongarse durante años. A la fase de formación de inventario cuya sentencia es susceptible de apelación y casación (art. 809.2, de la LEC) se le unen, para llevar a cabo la liquidación, a falta de acuerdo los trámites contemplados en los arts. 784 y siguientes del mismo texto, para la división de herencia, que concluyen con una sentencia que no tendrá eficacia de cosa juzgada³³.

Es cierto que no existe plazo para la liquidación de la sociedad de gananciales, y como hemos señalado, el uso de este patrimonio aun en exclusiva no otorga ningún derecho dominical añadido ni para usucapir ni para adquirir con preferencia al otro cónyuge. Claro está que adelantar los trámites de la liquidación como permite el art 808 de la LEC, al inicio del proceso de nulidad separación o divorcio siempre resultará ventajoso, pues en definitiva se comienza el camino que tarde o temprano se tendrá que andar.

Sin poder fijar reglas apriorísticas dada la diversidad de supuestos e intereses, es evidente que si un procedimiento de esta naturaleza se dilata en el tiempo, supone una ventaja económica para quien está en el uso de la vivienda familiar y un perjuicio económico para el otro. Cuando los hijos son mayores de edad o no hay hijos y el juez no ha fijado un plazo temporal en el uso de la vivienda, o ha dejado abierto este hasta la lapidación de la sociedad de gananciales, la realidad demuestra que el proceso liquidatorio se agotan hasta el fin.

³³ Vid., CALAZA LÓPEZ, Sonia.... RCDI

CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTEXTO DE LA NORMA

I. LA CONVIVENCIA FAMILIAR

1. EL MATRIMONIO

Hablar de la atribución de uso de la vivienda familiar, a que refiere el art. 96 del Código Civil, exige situarnos en el contexto previo o coetáneo del ámbito convivencial, del que son su expresión natural, el matrimonio y la unión de hecho. Se trata de dos realidades que generan una vida en común o familiar cuyo desarrollo es causa natural del acceso a una vivienda, donde se va a desarrollar la convivencia familiar³⁴.

Si hay una materia en constante evolución jurídica dentro del derecho privado, es precisamente el derecho de familia. Prueba de ello son las sucesivas reformas del Código Civil en esta materia. Se consideren o no una institución de derecho natural³⁵, lo cierto es que ambas realidades sociales, matrimonio y unión de hecho, van siempre por delante de la realidad jurídica, limitándose el legislador a remolque de aquellas, a aceptar su natural evolución social, y dar el marco jurídico correspondiente.

El estatuto matrimonial se configura como una “institución propia y autónoma, que en cuanto situación social típica merece (y ha merecido históricamente) la elaboración de un conjunto normativo *ad hoc*, que la regula con el mismo afán de coherencia y totalidad que el Derecho positivo dedica a cualesquiera otras instituciones (trátese del contrato o de la propiedad privada), sin requerir, por tanto, su aproximación o explicación a través de categorías conceptuales, las cuales,

³⁴ Téngase en cuenta, en particular, de mi Maestra MORETON SANZ, M^a F., “Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios”, *RCDI*, 720, págs., 1747 y ss.

³⁵ CORTS GRAU J., *Principios de Derecho Natural*, Editorial Nacional, Madrid, 1950, pág. 165. “Su radicalidad y trascendencia, explican que sobre el matrimonio se hayan proyectado todas las concepciones filosóficas y sociales”.

precisamente, se derivan de forma necesaria de la preexistencia de las instituciones jurídicas”³⁶.

Sobre la evolución social y acompañamiento jurídico en esta materia, conviene subrayar la Exposición de motivos de la Ley 15/2015: “La Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos. La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios. Ello suponía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos. A tal fin, la ley habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera...”.

“Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias, como las disfunciones por ellas provocadas. Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal. El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales...”.

“La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad...”.

³⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil* VI. Marcial Pons, Madrid, 2011, 10ª ed., pág. 28.

No es objeto de esta tesis profundizar en el concepto de dichas instituciones, pero como quiera que ambas son el punto de inicio de la transformación de la vivienda, como simple bien inmueble, en otro concepto, “la vivienda familiar”, que le otorga una realidad jurídica propia, sí merecen una breve exposición.

El Código Civil no da una definición de lo que es el matrimonio ni de lo que es una pareja de hecho. Lo que sí hace es regular el matrimonio y su contenido (arts. 66, 67 y 68 del Código Civil), con los derechos y obligaciones que surgen tras su celebración en su forma civil o religiosa, así como las consecuencias derivadas de la crisis familiar.

Por otra parte no existe una definición emanada del Parlamento nacional, del núcleo y extensión conceptual de una pareja; en particular, y en el ejercicio de sus competencias, las CCAA han dado buen uso de la protección de la Familia, específicamente en esta materia, de modo tal que siquiera sea al objeto de la disposición sobre los registros específicos de su inscripción, cada Parlamento o Gobierno autónomo ha aportado una noción distinta por sus efectos, por ejemplo, en materia de orientación sexual y adopción. Por tanto, sin duda el derecho no ha ignorado su existencia, pues desde un punto de vista positivo su regulación ha sido objeto de amplio desarrollo territorial³⁷.

El matrimonio se presenta, dice LACRUZ BERDEJO³⁸, como una proyección de la persona en su esfera privada, que adquiere trascendencia social una vez constituido. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente, decía el art 68 del CC. Estas obligaciones, señalaba el Profesor LACRUZ, comentando la reforma del título IV del libro primero de 1981, fueron copiadas literalmente del proyecto de 1851 y se mantienen en pie en el CC de 1889 “milagrosamente respetado por el vendaval novador”.

³⁷ Cataluña, ley de 15 Julio de 1998; Aragón, ley de 26 Marzo de 1999; Navarra, ley de 3 Julio de 2000; Valencia, ley de 15 de octubre de 2012; Baleares, ley de 19 Diciembre de 2001; Madrid, ley de 19 Diciembre de 2001; Asturias, ley de 23 Mayo 2002; Andalucía, ley de 16 Diciembre 2002; Canarias, ley de 6 Marzo de 2003; Extremadura, ley de 20 Marzo 2003; País Vasco, ley de 7 Mayo 2003; Cantabria, ley de 16 Mayo 2005; Galicia, ley 14 Junio 2006 (Ley 28 junio 2007 de reforma de la DA 3ª).

³⁸ *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*. Coord. JL LACRUZ BERDEJO, Ed. Civitas, Madrid, 1982, pág. 383.

Estas obligaciones legales, concebidas durante mucho tiempo con carácter coercitivo³⁹, fueron transformándose hacia una coercibilidad parcial, que CASTÁN⁴⁰, en su vertiente civil, ya las incluía en el ámbito de la conciencia personal. Hoy día podemos hablar un cambio total del modelo de matrimonio y familia tras la Constitución de 1978, cambio del que fueron exponentes las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 del Código Civil. El interés individual de cada cónyuge con derechos y deberes recíprocos, se desplaza hacia el interés de la familia, que pasa a ser el núcleo reforzado de protección.

Para Encarnación ROCA TRÍAS⁴¹, estas obligaciones sirven para configurar el matrimonio, como la unión de dos personas que se obligan a cumplir esas obligaciones que enumera el CC.; vivir juntas, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las tareas domésticas y el cuidado de las personas dependientes a su cargo respetarse, ayudarse y obrar en interés de la familia.

O'CALLAGHAN MUÑOZ⁴², entiende que el matrimonio se puede contemplar desde diferentes perspectivas. Así, hace referencia al acto constitutivo, al estado constituido y los propios sujetos que lo forman. En cualquier caso estima al matrimonio, como acto o negocio jurídico l, pero no su resultado, ni las personas que lo forman. El matrimonio es el negocio jurídico bilateral y formal por el que los contrayentes declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena.

La generalización y triunfo de la categoría conceptual del matrimonio como negocio jurídico bilateral de Derecho de Familia, facilitó señala LASARTE⁴³, la calificación del matrimonio como negocio jurídico

³⁹ El incumplimiento del deber de convivencia podía constituir delito de abandono de familia art. 487 del CP. El adulterio infracción del deber de fidelidad fue delito hasta 1978.

⁴⁰ CASTAN TOBEÑAS J. *Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia*. Instituto Editorial Reus, Barcelona, 1960 pág. 190.

⁴¹ ROCA TRÍAS E., *Derecho de Familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, pág.66.

⁴² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil tomo IV Derecho de Familia*. Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, págs. 22 a 23

⁴³ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Marcial Pons, Madrid, 2011, 10.^a ed., pág. 27.

complejo consecuencia de la materia regulada y así lo han mantenido autores contemporáneos de extraordinaria autoridad (ALBALADEJO, LACRUZ, DÍEZ-PICAZO, etc.) aun cuando considera que tal planteamiento en nada mejora las tesis contractualistas, que acabaron por concluir que el matrimonio era un contrato *sui generis*.

2. EL MATRIMONIO NULO

El sistema de nulidades en el Código civil permite apuntar diversas modalidades: inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa. Señala GARCÍA CANTERO⁴⁴, que la inexistencia parece claramente recogida en el art. 45, al proclamar inequívocamente, como un reflejo del art. 1261, que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. “Que dicho artículo califique sin más de nulo a tal matrimonio no es obstáculo para decisivo para distinguir tal modalidad.”

Señala O’CALLAGHAN, que el consentimiento presupone conciencia y voluntad de prestarlo. La falta de conciencia viene motivada por la falta de aptitud mental de alguno o cualquiera de los contrayentes. Su falta implica ausencia de consentimiento y en consecuencia la nulidad del matrimonio, aunque más bien estaríamos ante un supuesto de inexistencia por falta de un elemento esencial. Por el contrario cuando estamos ante una falta de voluntad no cabría declarar su nulidad por simulación o reserva mental, pues la seguridad del estado civil creado, la buena fe de uno de los contrayentes en la reserva mental y la trascendencia jurídica y social frente a terceros, no pueden permitir que el consentimiento externo libre y voluntario pueda quedar eliminado por probar que no estaba de acuerdo con su voluntad interna⁴⁵.

⁴⁴ GARCÍA CANTERO G. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, Tomo II*, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 205 y 206.

⁴⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil tomo IV Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, págs. 45 a 46. El autor recoge las posiciones contrarias de LACRUZ y GARCÍA CANTERO.

La distinción entre nulidad e inexistencia del matrimonio, fuente de diferentes estudios doctrinales, no es una cuestión baladí. Pensemos de una parte en la previsión legal del art. 79 del Código Civil que contempla el llamado matrimonio putativo y sus consecuencias jurídicas y de otra, un matrimonio simulado, en el que no hay un auténtico consentimiento matrimonial por obedecer a otras finalidades y si, una exteriorización del mismo.

La declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos o del contrayente o contrayentes de buena fe, indica el art. 79 del CC. Esta previsión genérica contempla una declaración de nulidad por sentencia. La aplicación de la doctrina general "*quod nullum est nullum producit effectum*" habría de asignar una total ineficacia, no solo en cuanto al futuro, sino también para el pasado, pero dicha norma contempla una eficacia *ex nunc* no *ex tunc*⁴⁶.

Los efectos de la nulidad del matrimonio se van a regir por el principio de retroactividad, por la cual quedan destruidos todos los efectos ocasionados teniéndose a este por no celebrado, si bien se produce la excepción y se mantienen los efectos de un matrimonio válido a aquellos que ya se han producido con anterioridad a la declaración de nulidad⁴⁷.

Las consecuencias de la declaración de una nulidad matrimonial y la posibilidad de estar ante un matrimonio putativo, se extienden a las previsiones y valoraciones que contemplan, como medidas complementarias al pronunciamiento de estado civil, los art 91 y siguientes del Código civil, entre los que se encuentra la atribución del uso de la vivienda familiar⁴⁸.

⁴⁶ GARCÍA CANTERO, G., op. cit., pág. 241.

⁴⁷ LETE DEL RIO, José Manuel, *Matrimonio y Divorcio Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, Coord. JL LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, 1982, pág. 491.

⁴⁸ Artículo 91. En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no

Para el cauce procesal de tal pronunciamiento estaríamos ante el juicio verbal especial que contempla el Libro IV de la LEC para los procesos matrimoniales⁴⁹.

En cuanto al pronunciamiento sobre la vivienda familiar, cabe cuestionarse, la concurrencia de un matrimonio putativo, con las previsiones del art. 96, así como, la buena fe en uno solo de los contrayentes y las consecuencias que ello tendría en la atribución judicial del uso de la vivienda. Ambos artículos son complementarios, y la excepción de efectos contemplada en el art 79, va referida a los efectos ya producidos hasta la sentencia de nulidad, no afectando en consecuencia a las previsiones legales del art 96.

Por lo que atañe a los hijos nacidos de tal relación, pese a la redacción legal, no solamente subsistirían los derechos adquiridos, pues la relación jurídica de la filiación matrimonial sigue produciendo sus efectos aun después de dictada la sentencia, como no podía ser de otra manera. Por tanto los hijos han de ser contemplados en el escenario procesal en que se desenvuelven los supuestos de hecho contemplados en el art. 96, y en este caso si son menores, a falta de acuerdo de los progenitores, el uso de la vivienda familiar va a ser atribuido a estos en compañía del progenitor custodio. Resulta indiferente la causa de nulidad, o la buena fe de los contrayentes.

se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

⁴⁹ Artículo 770. Procedimiento. Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas: Artículo 748. Ámbito de aplicación del presente título. Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. 2.º Los de filiación, paternidad y maternidad. 3.º Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. 4.º Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. 5.º Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. 6.º Los que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional. 7.º Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. 8.º Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

3. MATRIMONIO SIMULADO

A. NOCIÓN PRELIMINAR

El matrimonio como acto formal, requiere de una exteriorización del consentimiento, si bien su inscripción no tiene carácter constitutivo, toda vez que los efectos civiles se producen desde el momento de la celebración. Este acto formal puede reflejar una apariencia de realidad, lo que permite entrar a valorar si estamos ante un supuesto de nulidad del matrimonio y en concreto de inexistencia del matrimonio por falta de un auténtico consentimiento matrimonial.

El centro de lo que constituye una relación jurídica matrimonial es el consentimiento de los contrayentes, afirma ARECHEDERRA ARANZADI⁵⁰.

El tratamiento jurídico de este consentimiento, como expresión de voluntad, gira en torno a la declaración o mejor dicho a la voluntad que incorpora esa declaración.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 considera matrimonio fraudulento "el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país que resida regularmente, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un estado miembro"⁵¹.

⁵⁰ ARECHEDERRA ARANZADI, Luis, *Matrimonio y Divorcio Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil*, cit., pág. 87.

⁵¹ Apréciense cómo la UE, amplía las competencias en la materia: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2016-81234 Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales: Objetivos del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016; Novedades introducidas por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016; Estructura del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016.

La Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado califica como matrimonios blancos aquéllos celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los contrayentes, mediante el matrimonio con español o con quien ya se encuentra legalmente en el país.

La Instrucción de la DGRN, de 31 enero 2006, declara cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del Matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es simulado y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial.

“...el matrimonio simulado, tal y como ha sido caracterizado por la doctrina científica más autorizada, es aquel cuyo consentimiento se emite, por una o ambas partes, en forma legal pero mediante simulación, esto es, sin correspondencia con un consentimiento interior, sin una voluntad real y efectiva de contraer matrimonio, excluyendo el matrimonio mismo en la finalidad y en los derechos y obligaciones prefijados por la Ley, o bien un elemento o propiedad esencial del mismo. En el matrimonio simulado se da, por tanto, una situación en que la declaración de voluntad emitida no se corresponde con la real voluntad interna. Cosa diferente es la dificultad de la prueba y la relevancia que en relación con la misma tiene el juego de las presunciones basadas en hechos objetivos. Así ocurre en el caso de los matrimonios de complacencia en los en que el verdadero objetivo pretendido por una o ambas partes es el de obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería o el estipendio recibido o prometido a uno de los contrayentes.

Los matrimonios simulados son inválidos, conforme al artículo 45.1 y 73 n.º 1 del Código Civil que declara nulo «cualquiera que sea la forma de su celebración el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial», siendo claro e incontrovertido que el precepto se refiere al consentimiento interno y al matrimonio con sus elementos y propiedades esenciales. Por ello, y conforme a los principios de legalidad, básico en el ordenamiento jurídico registral español (cfr. arts. 2 y 27 LRC) y de concordancia del Registro y la realidad (cfr. art. 24 y 97 LRC), aquella nulidad impide que pueda inscribirse o autorizarse por parte de los Encargados de los Registros Civiles españoles, como autoridades del foro, los matrimonios celebrados o que pretendan celebrarse bien contra la voluntad de uno o de ambos contrayentes, bien sin el consentimiento real de los mismos o de

alguno de ellos, como sucede en los supuestos de simulación, pues la caracterización legal del consentimiento como «matrimonial» determina la exclusión en nuestro Derecho en esta materia de una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio, evitándose con ello que esta institución sea utilizada como instrumento de un fraude de ley a las normas rectoras en materia de nacionalidad, extranjería o a otras de diversa índole (prestaciones sociales, tributos, etc.) vid. art. 6 n.º 4 del Código Civil.”

La Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1.997, entiende como indicios de matrimonio fraudulento deducidos de las declaraciones de los interesados o de la documentación de los expedientes matrimoniales establece los siguientes:

- a) no mantener una vida en común
- b) ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio
- c) el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio
- d) desconocimientos de datos personales
- e) el hecho de que los cónyuges no hablen una lengua común
- f) el hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio (salvo cantidades entregadas como dote, según la costumbre)
- g) el hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele otros matrimonios fraudulentos anteriores o irregularidades en materia de residencia.

La Instrucción de la DGRN, de 31 enero 2006 señala que el verdadero objetivo de estos matrimonios de complacencia es obtener determinados beneficios en materia de nacionalidad y de extranjería. Los objetivos más usuales de estos matrimonios son los siguientes:

- 1 Adquirir de modo acelerado la nacionalidad española. En efecto, el cónyuge del ciudadano español goza de una posición privilegiada para la adquisición de la nacionalidad española (art. 22.2 Código Civil): basta un año de residencia en España por parte del sujeto extranjero (art. 22.2 Código Civil), siempre que sea una residencia «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3 Código Civil).

- 2 Lograr un permiso de residencia en España. En efecto: el extranjero que ostenta la nacionalidad de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y que sea cónyuge de un ciudadano español, goza del derecho a residir en España, siempre que los cónyuges no están «separados de derecho», como indica el art. 2 a) del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 46 de 22 febrero 2003), no siendo preciso que tales extranjeros «mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente» con sus cónyuges españoles, tal y como detalló la STS, Sala Tercera, de 10 de junio de 2004 (BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004). Dichos extranjeros deben obtener una tarjeta de residencia renovable que tendrá cinco años de vigencia (art. 8.4 del citado Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero). Estos extranjeros deben presentar una documentación relacionada en el art. 11 del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, y entre la que se encuentra el «visado de residencia». No obstante, dicho visado podrá eximirse por las autoridades competentes al resolver la solicitud de tarjeta de residencia, siempre que no exista mala fe en el solicitante y, en el caso de extranjeros que sean cónyuges de español, siempre que no se encuentren separados de derecho. No es preciso acreditar, para obtener la exención de visado, la «convivencia en España al menos durante un año», como declaró la STS, Sala Tercera, de 10 de junio de 2004 (BOE núm. 203 de 23 de agosto de 2004).

- 3 Lograr la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados. En efecto, el cónyuge extranjero del ciudadano extranjero puede ser «reagrupado», pues el artículo 39.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6 de 7 de enero de 2005), indica que: «[e]l extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares...»

B. LA REALIDAD DE LOS REGISTROS CIVILES Y LAS DIRECTRICES DE LA DGRN

Pese a que pudiera considerarse una situación extraña o excepcional, hoy día la realidad de los Registros Civiles municipales de los Consulados y del Registro Civil Central, para aquellos celebrados en el extranjero, desborda cualquier idea preconcebida que pudiéramos tener al respecto.

Resulta hasta cierto punto escandaloso la multitud de matrimonios celebrados con la única finalidad de obtener determinadas ventajas relacionadas con la entrada en un país, la obtención de documentos o la concesión de la nacionalidad. El número elevado de estos matrimonios, las dificultades que siempre tiene detectarlos, las dudas que genera la resolución de estos expedientes donde la falta de medios hace que muchos intentos prosperen, unido a la falta de responsabilidades o consecuencias jurídicas en la práctica que tiene para los interesados intentar esta vía al ser detectados y desestimada la petición de inscripción, provoca un aumento de solicitudes de inscripción de matrimonio fraudulentos⁵².

La Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, es fruto de la época. Los diez años transcurridos desde la anterior Instrucción, el desarrollo económico de dicho periodo acompañado del aumento exponencial de la inmigración, y de los matrimonios simulados, ponen en evidencia una realidad, que intenta atajar dicha Instrucción y en este sentido advierte, “Los llamados «matrimonios complacencia» son una realidad en creciente aumento en nuestro país. El número de resoluciones dictadas por este Centro Directivo en relación con tales matrimonios es incontable, especialmente desde el año 1995. Parece oportuno, por tanto, elaborar una serie de directrices en la materia que puedan ayudar a los Encargados de los Registros Civiles españoles tanto en España como en el extranjero, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno.

Conviene detenerse en la realidad social de estos «matrimonios de complacencia». Estos enlaces se celebran, frecuentemente, a cambio de un precio: un sujeto –frecuentemente, aunque no siempre, un

⁵² FERRER DE LA PUENTE, JM., “Problemas actuales del Registro Civil” 1 *Matrimonio civil. Problemática actual sobre su autorización o denegación*, Estudios de Derecho Judicial 98, Madrid, 2006.

ciudadano extranjero—, paga una cantidad a otro sujeto —normalmente, aunque no siempre, un ciudadano español—, para que éste último acceda a contraer matrimonio con él, con el acuerdo, expreso o tácito, de que nunca habrá «convivencia matrimonial auténtica» ni «voluntad de fundar y formar una familia», y de que, pasado un año u otro plazo convenido, se instará la separación judicial o el divorcio”.

La celebración de estos matrimonios simulados se realiza, bien mediante un expediente de matrimonio civil tramitado ante el Registro Civil, municipal incluidos los Jueces de Paz (arts. 46 y 239 el Reglamento de Registro Civil), bien mediante la celebración de un matrimonio en el extranjero, pues el art. 49 del CC, permite a cualquier español (con independencia de cuando adquiere la nacionalidad) contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración e instar su inscripción en el Consulado respectivo o en Registro Civil Central, cuando se encuentra residiendo en España. Las cuestiones relativas al estado civil han de ser objeto de inscripción en el Registro Civil, razón por la que, adquirida la nacionalidad española el matrimonio celebrado siendo extranjero en otro país, ha de ser inscrito (art. 1 de la LRC).

Los trámites son distintos en ambos casos: en el primer caso se tramitara un expediente de matrimonio en cualquier Registro Civil español, con independencia del lugar de celebración que puede ser fuera de España. En este caso el expediente tramitado en el Registro Civil, exige que el instructor asistido del Secretario, oiga a ambos contrayentes reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración, art. 246 del RRC.

En el segundo caso el matrimonio se ha contraído en el extranjero por un español, conforme a la ley del lugar y suele presentarse el certificado de matrimonio ante el Encargado del Registro Civil Consular, que entra a calificar y valorar el matrimonio a posteriori. El Encargado realiza una audiencia reservada y por separado de los contrayentes. En el supuesto de que uno hubiera regresado a España, normalmente el cónyuge español se practica la audiencia, mediante un exhorto remitido al Registro Civil del domicilio del mencionado contrayente. Cuando alguno de los solicitantes reside en España, la presentación del certificado matrimonial se presenta en el Registro Civil Central, donde se practica la audiencia reservada con ambos si

residen en España o mediante exhorto al Consulado respectivo cuando uno reside en el extranjero⁵³.

C. LA COMPROBACIÓN DEL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

La Instrucción de 9 de enero de 1995, que ya apuntaba los modos de corrección de estas situaciones, con una labor preventiva para evitar la celebración de matrimonios nulos, pues debían "... extremarse las garantías, formales y materiales, para que el encargado llegue a la convicción de que los interesados intentan realmente fundar una familia y que su propósito no es simplemente, en claro fraude de ley, el de beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial sobre la base de un matrimonio en el cual no ha habido verdadero consentimiento matrimonial y que es, en rigor, nulo por simulación". Todo ello sin desconocer la acción de nulidad que puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal (arts. 73-1.º y 74). Acción que la práctica ha demostrado ser excepcionalísima.

La DGRN califica la audiencia reservada como un trámite esencial⁵⁴. Esta audiencia se fundamenta en el artículo 351 del RRC, en el que se

⁵³ Con posterioridad a IDGRN, de 31 de enero de 2006, la Circular de 6 de marzo de 2006, incorporó un Cuestionario orientativo para el trámite de la audiencia reservada, con el fin de garantizar una "verdadera intención matrimonial" y posibilitar el descubrimiento de posibles fraudes. Dicho cuestionario contiene básicamente posibles preguntas a formular a los contrayentes sobre: datos personales sobre el compareciente y el otro cónyuge, datos familiares, profesionales, económicos, a preguntas sobre convivencia, hábitos y aficiones, relaciones previas, celebración del matrimonio y relación post matrimonial.

⁵⁴ La instrucción de 1995 señala: "En cualquier caso existe un trámite esencial y del que no debe prescindirse, ni cumplirlo formulariamente, como es la audiencia que el instructor, asistido por el secretario, debe realizar de cada contrayente, reservadamente y por separado, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 RRC). Esta audiencia, que en caso del contrayente domiciliado en otro lugar puede efectuarse ante el Registro Civil del domicilio del mismo, puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración (cfr. artículo 247 RRC)".

indica que "la certeza de los hechos será investigada de oficio", sin perjuicio de la carga de la prueba que incumba a los particulares, como tributo del principio de concordancia del Registro con la realidad extra registral.

En consecuencia cuando de las declaraciones de los contrayentes se deduce, que se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es "simulado" y el matrimonio debe ser declarado nulo por falta de consentimiento matrimonial.

Este control preventivo señala la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, "no permite erradicar todo matrimonio de complacencia, y ello por varias razones. En primer lugar, sólo es necesario instruir el expediente matrimonial previo en España cuando el matrimonio se va a celebrar en España (Resolución de 15 septiembre 2004-2.^a), y son millares los «matrimonios de complacencia» que se celebran en el extranjero sin haber instruido un expediente previo ante autoridad española. En segundo lugar, el «expediente matrimonial previo» está concebido, fundamentalmente, como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y de su aptitud para manifestar su consentimiento, y no es tan sencillo controlar, a través de dicho expediente, la autenticidad del consentimiento matrimonial en sí mismo (arts. 246-247 RRC). En numerosas ocasiones no habrá pruebas directas de la intención de los contrayentes de celebrar un «matrimonio simulado». El instructor debe deducir de las respuestas dadas a las preguntas formuladas en la audiencia reservada, si existe «intención de formar una familia» o si tal «intención» no existe. Por otra parte, debe recordarse que el control preventivo de la autenticidad del consentimiento matrimonial a prestar por los contrayentes no debe realizarse como un control sistemáticamente uniforme para todos los matrimonios con nacionales de terceros países, sino que la intensidad del mismo y el contenido y extensión de las audiencias que debe realizarse por el Encargado del Registro Civil español dependerán de las circunstancias concretas del caso, debiendo extremarse el celo cuando se detecten datos indiciarios que puedan indicar que se está ante un futuro matrimonio de complacencia"

"A la vista de todas estas valoraciones, el juez encargado del Registro Civil deberá adoptar una resolución. Y habrá de alcanzar una certeza moral plena de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para

acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción. Si bien no puede exigirse que el encargado adquiriera una conciencia de "verdad material absoluta" o "evidencia total", que resulta imposible en el ámbito de las presunciones, sí que será necesario que alcance un convencimiento o convicción plena en el sentido de concluir la valoración del conjunto de la prueba y de las audiencias practicadas con un juicio conclusivo de probabilidad cualificada sobre la veracidad del hecho de haber mediado un consentimiento simulado.

Por ello, habrán de descartarse los casos de mera verosimilitud y los de duda o simple probabilidad. En consecuencia, si la convicción de la simulación no es plena, el matrimonio deberá autorizarse o, en su caso, inscribirse. En tales casos, queda siempre la posibilidad de que, si surgen posteriormente más datos o hechos que hagan dudar de la existencia y autenticidad del consentimiento matrimonial, se inste judicialmente la nulidad del matrimonio, a través del proceso judicial correspondiente, de acuerdo con el artículo 74 del Código Civil, por el Ministerio Fiscal, los cónyuges o cualquier persona con interés directo y legítimo.

El juez encargado del Registro Civil que aplica las presunciones judiciales debe incluir en su resolución, de modo expreso, el razonamiento en virtud del cual ha establecido la presunción. Frente a la formulación de una presunción judicial, cualquiera de los contrayentes u otra persona legitimada puede practicar una prueba en contrario, la cual puede estar dirigida a demostrar la inexistencia del indicio tomado en cuenta y demostrar”⁵⁵.

Resulta significativo la relevancia e interpretación que la citada instrucción de 2006 da a las presunciones como medio para acreditar que estamos ante un matrimonio simulado⁵⁶.

⁵⁵ BOSCH GRAU. J., “Matrimonio civil: la tramitación del expediente y la problemática de los matrimonios de conveniencia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 49, 2009, pág. 30.

⁵⁶ Los Encargados del Registro Civil deben controlar la legalidad y autenticidad del «consentimiento matrimonial» con arreglo a la Ley española cuando uno de los contrayentes sea español o, cuando siendo extranjeros ambos, deba igualmente ser aplicada en ejecución de la cláusula de orden público por admitir la Ley extranjera los matrimonios simulados. Cuestión distinta es la de la forma en que se deba proceder a realizar dicho control en el marco de la Ley

material española, lo que, respecto de los matrimonios de complacencia, obliga a analizar la difícil cuestión de la prueba de la simulación.- La normativa española guarda silencio sobre la cuestión. En efecto, en relación con estos casos de potenciales matrimonios celebrados sin un verdadero consentimiento matrimonial, no existen «normalmente pruebas directas de la voluntad simulada» de los contrayentes (vid. Resoluciones de 1 de octubre de 1993, 18 de julio de 1996, 20 de septiembre de 1996, de 18 de octubre de 1996). Procede, pues, acudir, al sistema de las «presunciones judiciales» (cfr. art. 386 LEC 1/2000), como se ha venido haciendo hasta ahora (vid. Resolución de 9 de octubre de 1993). Como indica el mencionado artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «a partir de un hecho admitido o probado», se puede «presumir la certeza» (...), de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». La aplicación a las actuaciones registrales (expedientes y calificación) del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil encuentra apoyo genérico en el artículo 4 de la misma Ley que sienta el principio de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los «procesos no civiles». Más específicamente avala tal aplicabilidad la previsión expresa del artículo 16 del Reglamento del Registro Civil que, coherentemente con la naturaleza de jurisdicción voluntaria que la Exposición de Motivos del Reglamento atribuye a la actividad registral, declara de aplicación supletoria a la misma, en defecto de previsión de la específica reglamentación registral, las normas de la jurisdicción voluntaria, respecto de las cuales, a su vez, son supletorias las del procedimiento ordinario. Las «presunciones homini» constituyen, en defecto de pruebas directas, un mecanismo legal que permite deducir, a partir de ciertos datos o indicios (hecho base), la existencia de un «hecho presunto», en el caso que ahora nos interesa la concurrencia o no concurrencia de un auténtico consentimiento matrimonial según la Ley española, esto es, si la voluntad de los contrayentes se dirige a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de cumplir, como se ha dicho antes, los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, asumiendo los derechos y deberes consustanciales a tal unión con arreglo a la caracterización de los mismos predeterminada por la Ley. Los «datos de hecho objetivos» (hechos base) que deben emplearse para acreditar la existencia o inexistencia de auténtico consentimiento matrimonial a través de las «presunciones», pueden desprenderse de las declaraciones de los contrayentes y/o de terceras personas, de cualquier otra información escrita y de cualesquiera otros datos obtenidos durante una investigación. La determinación y valoración de estos «hechos objetivos» se ha de realizar en forma que permita compatibilizar un doble objetivo: por un lado se ha de garantizar el pleno respeto al «ius nubendi» como derecho fundamental de las personas y, de otro lado, se ha de evitar que la falsa apariencia de matrimonio que resulta en los casos en que el consentimiento matrimonial se simula pueda acceder al Registro Civil como si de una verdadera unión matrimonial se tratase. Con la finalidad de facilitar la consecución de este doble objetivo por parte de los Encargados de los Registros Civiles españoles, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha acordado hacer públicas las siguientes orientaciones prácticas: I. Los datos básicos de los que cabe inferir la simulación del consentimiento matrimonial son dos: a) el desconocimiento por parte de uno o ambos contrayentes de los «datos personales y/o familiares

básicos» del otro y b) la inexistencia de relaciones presumirse que existe auténtico «consentimiento matrimonial» cuando un contrayente conoce los «datos personales y familiares básicos» del otro contrayente (vid. Resoluciones de 2-2.^a noviembre 2002, 4-6.^a diciembre 2002, 27-3.^a octubre 2004, 19-3.^a octubre 2004, entre otras muchas). Si los contrayentes demuestran conocer suficientemente los datos básicos personales y familiares mutuos, debe presumirse, conforme al principio general de presunción de la buena fe, que el matrimonio no es simulado y debe autorizarse o inscribirse, según los casos.- Para acreditar la existencia de un conocimiento suficiente de los datos personales básicos mutuos de los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1.^a El Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas (art. 3 n.º 2 Código Civil). 2.^a No puede fijarse una «lista cerrada» de datos personales y familiares básicos cuyo conocimiento es exigido, pues ello puede depender de las circunstancias del caso concreto. Sí puede, sin embargo, proporcionarse una «lista de aproximación» con los datos básicos personales y familiares mutuos más frecuentes que los contrayentes deberían conocer el uno del otro, utilizando, entre otros, los elementos que proporciona la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 4 diciembre 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382 de 16 de diciembre de 1997). Tales datos son: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente, anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron los contrayentes. Sin embargo, como se ha dicho, estos datos pueden ser exigidos en ciertos casos pero no en otros. La equidad ha de ponderarse por la Autoridad española en la valoración del grado de conocimiento recíproco de los datos personales y familiares básicos de los contrayentes en cada supuesto concreto. 3.^a El conocimiento de los datos básicos personales de un contrayente por el otro contrayente debe ser un conocimiento del «núcleo conceptual» de dichos datos, sin que sea preciso descender a los detalles más concretos posibles. Por ejemplo, un contrayente demostrará no conocer los datos básicos del otro contrayente si afirma que éste reside habitualmente en Madrid o en Barcelona, pero desconoce el nombre exacto de la calle o el piso en que se encuentra la vivienda. Se ha de exigir un «conocimiento suficiente», no un «conocimiento exhaustivo» de tales datos. 4.^a En su caso el «desconocimiento» de los datos personales y familiares básicos de un contrayente respecto del otro debe ser claro, evidente y flagrante. Por tanto, el desconocimiento de un solo, singular y aislado dato personal o familiar básico del otro contrayente no es relevante para inferir automáticamente la existencia de un matrimonio simulado. Debe, por tanto, llevarse a cabo una valoración de conjunto del conocimiento o desconocimiento de un contrayente respecto del otro. 5.^a Existen otros «datos personales» del contrayente que son meramente «accesorios» o «secundarios». Pues bien, el conocimiento o desconocimiento de tales datos personales accesorios no es relevante en sí mismo (vid. Resolución de 17-1.^a de febrero de 2003). Entre tales «datos personales accesorios» cabe citar:

conocimiento personal de los familiares del otro contrayente (no de su existencia y datos básicos de identidad, como nombres o edades) y hechos de la vida pasada de ambos contrayentes. El conocimiento o desconocimiento de estos datos personales «no básicos» es sólo un elemento que puede ayudar a la Autoridad española a formarse una certeza moral sobre la simulación o autenticidad del matrimonio, especialmente en casos dudosos, pero debe subrayarse categóricamente que en ningún caso estos datos personales «no básicos» pueden ser determinantes por sí solos para inferir exclusivamente de los mismos la existencia o inexistencia de un matrimonio simulado. b) Aun cuando los contrayentes puedan desconocer algunos «datos personales y familiares básicos recíprocos», ello puede resultar insuficiente a fin de alcanzar la conclusión de la existencia de la simulación, si se prueba que los contrayentes han mantenido relaciones antes de la celebración del matrimonio, bien personales, o bien por carta, teléfono o Internet que por su duración e intensidad no permita excluir toda duda sobre la posible simulación (vid. Resoluciones de 6-3.^a noviembre 2002, 13-2.^a noviembre 2002, 23-2.^a noviembre 2002, 28-1.^a noviembre 2002, 21-3.^a diciembre 2002, 23 enero 2003, 3-3.^a febrero 2003, 26-4.^a febrero 2003, 3-2.^a marzo 2003, 29-1.^a abril 2003, 29-2.^a abril 2003, entre otras muchas).- Para acreditar la existencia de auténticas y verdaderas relaciones entre los contrayentes, deben tenerse presentes estas reglas: 1.^a Las relaciones entre los contrayentes pueden referirse a relaciones habidas antes o después de la celebración del matrimonio. En este segundo caso, a fin de evitar los supuestos de preconstitución de la prueba, las relaciones deberán presentar un tracto ininterrumpido durante un cierto lapso de tiempo. 2.^a Las relaciones entre los contrayentes pueden ser relaciones personales (visitas a España o al país extranjero del otro contrayente), o bien relaciones epistolares o telefónicas o por otro medio de comunicación, como Internet. 3.^a El hecho probado de que los contrayentes conviven juntos en el momento presente o tienen un hijo común es un dato suficiente que acredita la existencia de «relaciones personales». 4.^a El hecho de que los contrayentes no hablen una lengua que ambos comprenden es un mero indicio de que las relaciones personales son especialmente difíciles, pero no imposibles. Por tanto, previas entre los contrayentes. En cuanto a la valoración de ambos elementos se han de tomar en cuenta los siguientes criterios prácticos: a) Debe considerarse y de ese mero dato no cabe inferir, por sí solo, que las relaciones personales no existen o no han existido. Será un dato más que el Encargado del Registro Civil español tendrá presente para valorar, junto con otros datos y hechos, la presencia o ausencia de «relaciones personales» entre ambos contrayentes. 5.^a El hecho de que el historial de uno de los cónyuges revele matrimonios simulados anteriores es un poderoso indicio de que no existen auténticas relaciones personales entre los contrayentes, sino relaciones meramente figuradas. 6.^a El hecho de que se haya entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, siempre que dicho dato quede indubitadamente probado, es, también, un poderoso indicio de que no existen relaciones personales entre los contrayentes, ni verdadera voluntad matrimonial. Quedan exceptuadas las cantidades entregadas en concepto de dote, en el caso de los nacionales de terceros países en los cuales la aportación de una dote sea práctica normal. c) De forma complementaria a lo anterior, se ha de señalar que los datos o hechos relativos al matrimonio que no afectan al conocimiento personal

En cualquier caso en materia del Registro Civil no rige el principio de cosa juzgada⁵⁷, y no es extraño que inscripciones de matrimonio que han sido denegadas y no recurridas, vuelvan a intentarse con posterioridad, aportando datos y hechos posteriores relevantes, como el nacimiento de hijos comunes, y prospere la pretensión al disiparse cualquier duda racional de estar ante un vínculo matrimonial real.

D. CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA DE LA DGRN

La DGRN se ha pronunciado reiteradamente sobre estos matrimonios fraudulentos, en los recursos planteados por denegación de inscripción, de modo acorde a las citadas Instrucciones.

mutuo de los contrayentes, ni a la existencia de relaciones previas entre los contrayentes, no son relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, sin perjuicio de que en concurrencia con las circunstancias antes enumeradas pueda coadyuvar a formar la convicción del Encargado en sentido positivo o negativo respecto de la existencia de verdadera voluntad matrimonial. Aunque tampoco puede proporcionarse una «lista cerrada» de hechos por sí solos no relevantes, sí pueden enumerarse los más frecuentes de entre ellos: 1.º El hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este Centro Directivo (vid. RR de 27 de octubre 2004, 19 de octubre 2004). 2.º El hecho de que los contrayentes no convivan juntos o nunca hayan convivido juntos cuando existan circunstancias que lo impidan, como la imposibilidad de viajar por razones legales o económicas. 3.º El hecho de que un contrayente no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio, mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, pues en sí mismo, este dato nada dice de una posible intención simuladora de los contrayentes o de la autenticidad del consentimiento matrimonial. 4.º El hecho de que los contrayentes se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace tampoco dice nada, en sí mismo, sobre la intención simuladora de los contrayentes. Es diferente el caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio sin haberse conocido de forma personal previamente, es decir, cuando se conocen el mismo día o pocos días antes de la fecha en la que contraen matrimonio. 5.º El hecho de que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes tampoco dice nada por sí sólo acerca de la autenticidad y realidad del consentimiento matrimonial, por lo que es un dato que no puede utilizarse, de ningún modo, para inferir nada al respecto, salvo que concurra con otras circunstancias, ya enumeradas, de desconocimiento o falta de relación personal.

⁵⁷ RDGRN, de 10 de enero de 2005.

“El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1º Cc EDL 1889/1). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995 EDL 1995/12581 y, más recientemente, la de 31 de enero de 2006 EDL 2006/3232, dirigidas a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

...Las Instrucciones citadas EDL 1995/12581 tratan de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC EDL 1958/100), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56, I, Cc EDL 1889/1 y 245 y 247 RRC EDL 1958/100), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la "lex loci". El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales -sin excepción alguna- para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 Cc EDL 1889/1) y esta comprobación, si el matrimonio consta por "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (art. 256-3 RRC EDL 1958/100), requiere que por medio de la calificación de ese documento y "de las declaraciones complementarias oportunas" se llegue a la convicción de que no hay dudas "de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española". Así lo señala el artículo 256 del Reglamento EDL 1958/100, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley EDL 1957/53 y 85 de su Reglamento EDL 1958/100.

...Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995 EDD 1995/11309, debiendo denegarse la inscripción cuando existan hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios

interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (cfr. art. 386 LEC, EDL 2000/77463) que el matrimonio es nulo por simulación”.

Resulta indiferente que estemos ante un matrimonio civil o ante un matrimonio religioso canónico.

“...ha de examinarse si constituye obstáculo el hecho de que el matrimonio extranjero examinado tenga carácter canónico, dado el particular régimen jurídico que los matrimonios autorizados bajo tal forma tienen en el Derecho español.

Pues bien, antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio EDL 1981/2897, si el matrimonio de españoles en el extranjero en forma religiosa se celebraba en forma canónica, bastaba para la inscripción la simple certificación eclesiástica (Circular de 15 de febrero de 1980, EDL 1980/2921) y, si se trataba de otra forma religiosa era necesario acudir al expediente previsto en el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, EDL 1957/53 (Resolución de 25 de noviembre de 1978). La entrada en vigor de la citada Ley 30/1981 suscitó ciertas dudas ya que de la vigente redacción del artículo 63 del Código civil EDL 1889/1 podría deducirse que, a diferencia del matrimonio canónico celebrado en España, el que tuviera lugar en el extranjero exigiría para su inscripción en el Registro Civil español la tramitación del expediente previo previsto en el citado artículo de la Ley del Registro Civil EDL 1957/53.

Ciertamente una interpretación literal de los artículos 63 y 65 del Código civil, EDL 1889/1 llevaría a la conclusión de que en la legalidad actual, y con respecto de los matrimonios contraídos una vez entrada en vigor la citada Ley 30/1981, EDL 1981/2897, la inscripción del matrimonio celebrado fuera de España en forma religiosa requeriría, además de la presentación de la certificación de la Iglesia y de que, de los documentos presentados o de los asientos del Registro, no resulte la nulidad del matrimonio, que el Encargado del Registro compruebe, antes de practicar el asiento, si concurren los requisitos legales para su celebración.

Las dudas surgen porque tal interpretación literal tropieza con la disposición general contenida en el artículo 49 del propio Código civil EDL 1889/1 que, sin distinciones y, por tanto, con un carácter indiferenciado y general, permite a cualquier español contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista "dentro o fuera

de España". Igualmente podría entenderse que el artículo VI, número 1, de los Acuerdos vigentes sobre asuntos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, EDL 1979/4226 constituye otro elemento optativo a aquella interpretación literal, dado que también sin distinción por razón del lugar de celebración, establece que la inscripción en el Registro Civil "se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio".

Esta aparente contradicción con una norma que refleja un compromiso internacional suscrito por España fue lo que llevó a este Centro Directivo a estimar en su Resolución de Consulta de 2 de noviembre de 1981 que no existen en nuestro Ordenamiento jurídico motivos suficientes para establecer, a efectos de su inscripción en el Registro, una diferencia tajante entre los matrimonios en forma canónica celebrados dentro o fuera del territorio español, especialmente porque todos ellos están sometidos al control impuesto por el segundo párrafo del artículo 63 del Código civil, EDL 1889/1, a cuyo tenor "se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título", por lo que, se concluía entonces, resulta excesivo obligar, además, al Encargado a comprobar por otros medios no concretados, si concurren los requisitos legales para su celebración.

Sin embargo, lo anterior no ha de impedir, sino todo lo contrario, que cuando se solicite la inscripción, como en este caso, por transcripción de la certificación de la inscripción causada por el matrimonio canónico en el Registro Civil extranjero del lugar de celebración, el Encargado cumpla con su función de comprobar que el matrimonio que se pretende inscribir reúne todos los requisitos legales exigidos para su validez a la vista de los documentos presentados, entre los cuales figurará no sólo "la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (cfr. art. 256-3 RRC, EDL 1958/100), sino también "las declaraciones complementarias oportunas" exigidas por el párrafo final del citado precepto reglamentario, tendentes a formar la convicción del Encargado sobre la "realidad del hecho y su legalidad conforma a la ley española", lo que obliga a examinar con tal objeto el contenido de las audiencias reservadas practicadas a cada uno de los contrayentes de acuerdo con el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil, EDL 1958/100, tal y como hizo el Encargado, alcanzando con ello la conclusión examinada en los anteriores fundamentos

jurídicos que, por ser ajustada a Derecho, este Centro Directivo debe confirmar”.

Un somero análisis de las RRDGRN, evidencia la sutil línea que separa los razonamientos jurídicos, reiterados y repetitivos en numerosas resoluciones, y el silogismo de aplicación en el supuesto de hecho que contempla cada una de ellas. En todas ellas se reconoce la importancia que tiene el trámite de la audiencia reservada⁵⁸.

Por ello no extraña que se acuerde la retroacción de actuaciones para que se realice el trámite de audiencia reservada, por haberse omitido en el expediente, o su complemento y nueva audiencia, al entenderse que se carece de los datos que serían precisos para que pudiera tomarse una decisión fundada⁵⁹.

Esta decisión fundada parte de una premisa básica y lógica. Para denegar la autorización o inscripción de un matrimonio ha de resultar claro y patente el motivo, aunque luego juegue un papel importante el juego de las presunciones. Se puede resumir en un “in dubio pro” matrimonio. La razón es clara, el carácter preferente del derecho fundamental a contraer matrimonio, previsto en el artículo 32 de la Constitución, como derecho fundamental de la persona, y la presunción de buena fe, se sobreponen a un subjetivo juicio de valor denegatorio.

Por otro lado, los motivos que sustentan las resoluciones de la DGRN que acuerdan no autorizar el matrimonio, encuentran su fundamento, por un lado en la gravedad y entidad de las contradicciones entre los contrayentes, diferencias de edad significativas, ausencia de relación previa, propias manifestaciones de los interesados, no hablar ningún idioma común, etc.⁶⁰,

⁵⁸ RDGRN, de 26 de enero de 2005, "no se trata con ello de coartar en modo alguno un derecho fundamental de la persona, como es el de contraer matrimonio, pero sí de encarecer a los Encargados de los Registros Civiles que, sin mengua de la presunción general de buena fe, se cercioren de la veracidad del consentimiento de los contrayentes dentro de las posibilidades que ofrece la regulación actual del expediente previo, a través del citado trámite de audiencia”.

⁵⁹ RDGRN, de 26 de enero de 2005.

⁶⁰ "no existe voluntad de contraer verdadero matrimonio, conclusión que se llega en base a los siguientes hechos: él ignora cuándo ella llegó a España; discrepan en cuanto al momento en que se conocieron, pues él afirma que ocurrió en Sevilla hace tres años y ella mantiene que fue en Nigeria en 1994; ella dice que

El principio de inmediación que ha permitido formar una opinión directa sobre las circunstancias de las partes en cada caso⁶¹.

E. CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL

La aplicación de la doctrina de la DGRN, en esta cuestión ha generado numerosas opiniones críticas, tanto desde el plano funcional de medios a disposición de los Registros civiles, como de fondo. Al entender que han seguido un criterio restrictivo del derecho fundamental a contraer matrimonio, y un concepto errático del consentimiento matrimonial, que somete al matrimonio a un juicio de sospecha generalizado.

Sobre el plano funcional, resulta evidente que la audiencia reservada, para que pudiera erigirse en una prueba fundamental, exige de un auténtico interrogatorio riguroso que tienda a desvelar la verdadera intención de los contrayentes exige de un tiempo que choca con la realidad cotidiana de los registros civiles que impide tales interrogatorios⁶².

Aun realizándose la audiencia, la realidad demuestra, que en muchas ocasiones por volumen de trabajo, tanto en consulados como en los Registros, se entrega un formulario a rellenar. A este se enfrentan personas que por falta de formación no son capaces de entender lo que se pregunta o el alcance del mismo, y la intermediación judicial, por igual motivo es sustituida por una intermediación funcional. A mayor abundamiento los problemas del conocimiento del idioma son una realidad, solventada con un "buenismo interpretativo", si se me permite la expresión.

ninguno de los dos tiene familiares en España y él por el contrario dice que su novia tiene un primo viviendo en Mallorca; él desconoce el nombre de los hermanos de ella y discrepa con la misma en distinta de la propia de esta institución". RDGRN, de 18 de noviembre de 2005.

⁶¹ RDGRN, de 21 de octubre de 2004.

⁶² PRADILLA GORDILLO, Eugenio: "El matrimonio y el Registro Civil", *El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, 2003, pág. 117; FERRER DE LA PUENTE, José María: "Matrimonio civil. Problemática actual sobre su autorización o denegación", cit., pág. 82.

Muchas de las preguntas del cuestionario orientativo de la DGRN, pueden generar errores o respuestas poco precisas con facilidad, que a menudo relevan una intromisión en la intimidad de las personas, a menudo innecesaria. Señala FERRER DE LA PUENTE, "Me resisto a preguntar a una persona respecto de posibles enfermedades graves de su cónyuge, por operaciones quirúrgicas, por el último regalo efectuado, etc. Y confieso mi incapacidad para deducir de una respuesta equivocada la presencia de una simulación"⁶³.

"Sin embargo, el punto más cuestionado en la doctrina jurídica ha sido la interpretación de los conceptos de consentimiento matrimonial y de simulación, sobre el que algunos autores han considerado que se han realizado verdaderos malabarismos para poder conciliar el contenido de los artículos 45 y 73-1.º del Código Civil. Desde esta perspectiva, sólo quedarían afectados de nulidad los supuestos expresados en este último precepto, la cual debiera instarse en vía judicial, por lo que el consentimiento sólo sería una manifestación de voluntad, afirmativa en el supuesto de que así sea expresada por los contrayentes, la cual sería válida a no ser que estuviera viciada por error, coacción o miedo grave..."⁶⁴.

En ocasiones, argumentativamente, se recurre a la teoría general del negocio jurídico para dar coherencia a lo explicado, es el caso de LÓPEZ- BERMEJO MUÑOZ, sobre la distinción entre los supuestos de negocio jurídico simulado y la nulidad por ausencia de causa. Diferencia la simulación relativa, si mediante la realización formal de un negocio jurídico se pretende encubrir otro diferente (art. 1276 del CC). En la simulación absoluta, la forma contractual no encubre ni solapa un negocio jurídico distinto, sino un fraude. La consecuencia en ambos casos sería la nulidad. El artículo 1275 del Código Civil dispone que los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno, y el 1276, indica que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundamentados en otra verdadera y lícita.

⁶³ FERRER DE LA PUENTE, José María, *Ibidem.*, pág. 85.

⁶⁴ BOSCH GRAU, J. *Matrimonio civil: la tramitación del expediente y la problemática de los matrimonios de conveniencia*, cit., pág. 36.

Sin embargo, lo que motiva en estos supuestos la nulidad, absoluta o relativa, sería la ausencia de causa, pero no de consentimiento, el cual sería válido. Así, la falta de consentimiento debe ser analizada por el juez encargado del Registro Civil, de acuerdo con los artículos 45, 65 y 73 del Código Civil, como elemento esencial del matrimonio. Pero no ocurre lo mismo con la causa, pues no existe ninguna norma de nuestro derecho positivo que exija una causa afectiva (*affectio maritalis*) como requisito del matrimonio, ni tampoco existe la obligación de contraer matrimonio con una finalidad concreta que permita al juez encargado averiguarla.

El consentimiento matrimonial sería para el citado autor, la libre manifestación de la voluntad realizada para contraer matrimonio por quien tiene la capacidad necesaria para efectuarla, sin ningún tipo de connotaciones causales⁶⁵.

Ante esta situación, no son pocos los jueces encargados del Registro Civil, que contemplan por ello la cuestión no desde el prisma de la nulidad, sino de la aplicación de norma que se ha tratado de eludir e impedir con ello los beneficios que pudiera suponer este fraude de ley. Lo contrario obliga al Estado, a través del Ministerio Fiscal al ser materia de orden público, a interponer incalculables procedimientos ordinarios de nulidad matrimonial.

En este sentido la DGRN entendía en un principio que "Ante la lacra de los matrimonios de conveniencia, la solución ha de encontrarse, no en el amontonamiento de pruebas y diligencias previas para cerciorarse de la verdadera voluntad de las partes, porque ello equivaldría a obstaculizar de modo intolerable un derecho fundamental de las personas, sino en medidas represivas adoptadas a posteriori, como el ejercicio público de la acción de nulidad en casos extremos, y, sobre todo, en medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente los beneficios fraudulentos que acaso persiga". (RDGRN, de 9 de octubre de 1993).

⁶⁵ LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, Julio, *Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil, Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, cit., págs. 125 y 126.

4. LA CORRELACIÓN ENTRE UN MATRIMONIO SIMULADO Y LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA NOS PERMITE LLEGAR A LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:

- a) El expediente matrimonial art 240 y ss. del RRC será la vía normal para detectar un matrimonio de conveniencia que evitara su celebración, pues el encargado que conociese la existencia de obstáculo legal denegara por auto la celebración art. 247 del RRC.
- b) Cuando el matrimonio se ha celebrado en el extranjero, conforme la legislación de ese país, por un español de origen o un extranjero que ha adquirido la nacionalidad española, la inscripción se lleva a cabo en el Consulado respectivo o en el Registro Civil Central. Es en ese momento en calificación del certificado de matrimonio extranjero mediante acuerdo o tras expediente gubernativo por auto cuando la inscripción puede ser denegada por los motivos anteriormente expuestos.
- c) Cuando el matrimonio, no obstante ha sido inscrito. La alegación posterior de una posible nulidad advertida por cualquiera de las partes o tercero interesado no permite vía expediente registral su rectificación⁶⁶. Será a través del declarativo correspondiente,

⁶⁶ Artículo 92. Las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme en juicio ordinario. La demanda se dirigirá contra el Ministerio Fiscal y aquellos a quienes se refiere el asiento que no fueren demandantes. En este juicio no tiene lugar la restricción de pruebas que establece el artículo segundo. Artículo noventa y tres. No obstante el artículo anterior, pueden rectificarse previo expediente gubernativo: Primero. Las menciones erróneas de identidad, siempre que ésta quede indudablemente establecida por las demás circunstancias de la inscripción. Segundo. La indicación equivocada del sexo cuando igualmente no haya duda sobre la identidad del nacido por las demás circunstancias, así como la mención registral relativa al sexo de las personas en los casos de disforia de género. Tercero. Cualquier otro error cuya evidencia resulte de la confrontación con otra u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente. Artículo noventa y cuatro. También pueden rectificarse por expediente gubernativo, con dictamen favorable del Ministerio Fiscal: Primero. Aquellos errores cuya evidencia resulte de la confrontación con los documentos en cuya sola virtud se ha practicado la inscripción. Segundo. Los que proceden de documento público o eclesiástico ulteriormente rectificado. Artículo noventa y cinco. Basta expediente gubernativo para: Primero. Completar inscripciones firmadas con circunstancias no conocidas en la fecha de aquéllas. Segundo. Suprimir las circunstancias o asientos no

bien impetrado por parte o a instancias del Ministerio fiscal, donde se inste la declaración de nulidad matrimonial y consiguiente rectificación registral.

- d) Es práctica habitual en todos los casos en los que como fácilmente se advierte, fue relativamente fácil la inscripción del matrimonio de complacencia, la presentación de una demanda de divorcio de mutuo acuerdo una vez adquirida la nacionalidad o adquiridos los derechos para esta. Se cierra así el círculo de la acción fraudulenta, surgido por precio o equivocado altruismo. Tal extremo pasa inadvertido en el juzgado que realiza el pronunciamiento de divorcio. Se ha de tener en cuenta que ninguna medida complementaria se solicita y ninguna se acuerda. El matrimonio tenía régimen de separación de bienes y no ha habido convivencia en común, eso sí, se tuvo la precaución de haber seguido empadronados en el mismo domicilio. Solo en el supuesto que se solicite el divorcio y rompiendo el pacto, previo se pidan medidas complementarias entre las que se puede encontrar el uso de la vivienda del contrario, se exterioriza la verdadera realidad, mediante una reconvencción que inste la declaración de nulidad matrimonial por falta de auténtico consentimiento.
- e) La declaración de inexistencia del matrimonio entiendo elimina cualquier pronunciamiento sobre las previsiones del art 96 acerca de la vivienda familiar.

5. LA UNIÓN DE HECHO: NOCIÓN Y ASPECTOS GENERALES

Las uniones de hecho como modelo de convivencia, constituyen una realidad y tienen un reconocimiento social que nadie discute. Resulta notorio la paulatina disminución de los matrimonios y el progresivo aumento de otras relaciones familiares, como modelo de convivencia.

permitidos o cuya práctica se haya basado de modo evidente, según el propio asiento, en título manifiestamente ilegal. Tercero. Corregir en los asientos los defectos meramente formales, siempre que se acrediten debidamente los hechos de que dan fe. Cuarto. Corregir faltas en el modo de llevar los libros que no afecten directamente a inscripciones firmadas. Quinto. Practicar la inscripción fuera de plazo. Sexto. Reconstruir las inscripciones destruidas.

Desde un punto de vista terminológico, incluso las definiciones y vocablos que se utilizaban en su momento para su identificación y que buscaban en paralelismo al matrimonio su explicación, tienen hoy día una identidad propia. Expresiones como “matrimonio de hecho”, “matrimonio informal” convivencia “*more uxorio*”, parecen hoy superadas y así se habla de “unión de hecho” o “pareja de hecho”, a modo de caracteres propios identificadores de esta situación fáctica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollando una amplia doctrina acerca de las llamadas uniones de hecho y no ha sido ajena a esta diversidad terminológica; “uniones «paramatrimoniales” (STS de 21 de octubre de 1992), “familia natural” (STS de 29 de octubre de 1997), “situación de hecho con trascendencia jurídica” (STS de 10 de marzo de 1998) “Convivencia *more uxorio*” (STS de 30 de octubre de 2008), “pareja de hecho” (STS de 27 de marzo de 2008 y 6 de octubre de 2011). Por su parte la jurisprudencia constitucional, utiliza la expresión pareja de hecho en la sentencia del pleno de 11 de abril de 2013, término empleado en las RDGRN⁶⁷. Por su parte, hemos de incorporar la reciente STC sobre....

Para HERAS HERNÁNDEZ⁶⁸, hay dos principios constitucionales que amparan las uniones de hecho:

“a) El principio de libertad (art. 1.1) como valor superior que informa todo el ordenamiento jurídico español, en relación a lo dispuesto en el art. 9.2 (obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad jurídica del individuo y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas), y el art. 10.1 (que proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social). También lo dispuesto en el art. 14 igualdad de todos los españoles ante la Ley. En definitiva son los propios convivientes quienes eligen libremente una convivencia basada o no en el matrimonio.

b) Y el principio el de legalidad. El art. 39 CE señala la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En él no se tiene en cuenta un único modelo de familia,

⁶⁷ RDGRN, de 7 de febrero de 2013.

⁶⁸ HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M., *Tratamiento de los aspectos patrimoniales*, cit., pág. 283.

sino un concepto de familia amplio en el que encuentra plena cabida distintas modalidades”.

La protección constitucional a la familia, que dispensa el art 39 de la CE no condiciona a esta ni excluye ninguna de sus modalidades. “A favor de ese reconocimiento y de esa protección se han pronunciado tanto el Consejo de Europa como distintas instituciones de la Unión Europea, mediante las siguientes disposiciones, entre otras: resolución de 1 de octubre de 1981 de la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa, resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1984, recomendación del Consejo de Europa de 7 de mayo de 1988 que postula el reconocimiento de la eficacia de los pactos y contratos entre las personas convivientes de hecho; resolución del Parlamento Europeo de 6 de febrero de 1994 y recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de septiembre de 2000, entre otras”⁶⁹.

Como se ha señalado, no existe a nivel nacional una definición de lo que es una pareja de hecho, lo que no significa que el derecho ignore su existencia, pues desde un punto de vista positivo su regulación ha sido objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas.

Sirve como muestra el art 3 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, que entiende por tales las uniones formalizadas, aquellas en que consta su existencia, bien por declaración de voluntad de sus integrantes ante el funcionario encargado o la funcionaria encargada del Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana plasmada en la correspondiente inscripción o bien en otro documento público inscrito en el mencionado Registro, siempre que cumplan los requisitos que determina esta ley para ser tenidas por tales.

La inscripción de la unión de hecho en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana tiene carácter constitutivo y se producirá mediante resolución del órgano competente para la gestión de dicho Registro, en el plazo de tres meses desde la solicitud, siendo los efectos del silencio administrativo negativos, sin perjuicio de la resolución posterior sobre aquélla.

⁶⁹ Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana.

La jurisprudencia ha perfilado las características estas uniones cuya concurrencia sirven a la vez para completar una definición: comunidad de vida similar a la matrimonial, de constitución voluntaria, estable con vocación de permanencia, sin estar incurso en impedimento legal, modalidad de familia, aunque sin equivalencia, con el matrimonio, salvo en algunos de sus aspectos.

En materia de Seguridad Social, La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, a los efectos de concesión de una pensión de viudedad a favor del conviviente supérstite, considera pareja de hecho a aquella “constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”

Reconocimiento legal

Resulta llamativo que nuestro legislador tan fructífero en su quehacer, permita que nuestro ordenamiento jurídico carezca una regulación unitaria tanto sustantiva como procesal de las parejas de hecho. Este abandono o dejadez estatal intencionado o no, ha permitido a los parlamentos autonómicos solventar un limbo jurídico, de desigual modo, sin la uniformidad que sería deseable, salvo que alguien pueda defender, que en este tema existan peculiaridades o particularismos locales merecedores de especial protección. Tampoco se contemplan unas normas de conflicto que permitan superar las controversias que generan diversas normativas legales para la misma pareja, pues la aplicación de las diferentes las Leyes autonómicas depende de la aplicación de diferentes criterios como; la vecindad civil, la residencia habitual, el empadronamiento.

La construcción legal de esta realidad social, hacía considerar a la jurisprudencia, que el carácter “alegal y ajurídico”, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que hasta hace poco carecían de cualquier marco legal, generan efectos similares a las situaciones

matrimoniales que no pueden ser ignorados, que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.⁷⁰

En concreto se ha venido estimando necesario acudir a los principios generales del derecho, como última fuente del sistema⁷¹, y así se ha invocado, la aplicación del principio general de la obligación de restituir el beneficio injustamente obtenido, la aplicación del ejercicio de los derechos acorde a la buena fe, o el principio general de protección del interés más necesitado etc....

El hecho de que dos personas, con independencia de su sexo, convivan unidas por un vínculo de afectividad análoga a la conyugal, crea un conjunto de relaciones, derechos y deberes personales y patrimoniales, tanto entre sus miembros como con relación a terceras personas, que en la actualidad no pueden ser desconocidos por el derecho positivo y que merecen la protección de los poderes públicos mediante la correspondiente legislación.⁷²

-Reconocimiento procesal

Si desde la perspectiva del derecho sustantivo, la situación pudiera dar la sensación de cierto desorden legislativo, desde perspectiva procesal, pese a disponer de una ley moderna (Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), no se regulan de forma específica, los procesos derivados de la ruptura de las uniones de hecho. Únicamente de modo indirecto y sin utilizar las expresiones de pareja de hecho o de unión de hecho, refiere el legislador de modo indirecto a estas situaciones en tres artículos;

⁷⁰ STS de 30 de octubre de 2008,

⁷¹ STS de 27 de marzo de 2001

⁷² LEY 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana

- Art. 748.4 de la LEC. Se aplican las disposiciones del Título I del Libro IV referida a los "procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores" a los procedimientos que "versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.
- Art. 770.6 de la LEC como norma remisoría para la adopción de las medidas cautelares que hayan de adoptarse siguiendo los trámites establecidos por la ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.
- Art. 769 .3 de la LEC, como norma de competencia territorial. "En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales será tribunal competente a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor".

La falta de normativa específica a este un modelo, conduce a las parejas de hecho en situación de crisis familiar a un verdadero peregrinaje judicial, con diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.⁷³

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la protección de la que son merecedoras las parejas de hecho en absoluto comporta su equiparación legal con la institución del matrimonio, tratándose de situaciones similares, pero no idénticas, insertas ambas en el ámbito del Derecho de familia.⁷⁴

⁷³ CASO SEÑAL, Mercedes: "Las uniones de hecho en la nueva LEC", *Cuestiones de familia en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, CGPJ, Madrid, 2002

⁷⁴ STC de 15 de noviembre de 1990,

De igual modo de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, se desprende, que el matrimonio y la pareja de hecho son realidades jurídicas distintas, y no cabe aplicar de manera automática por analogía, las soluciones previstas por el legislador para el matrimonio, a la unión de hecho.

Esta primera premisa no ha impedido al Tribunal Supremo tener un criterio favorable a la aplicación por analogía de ciertas normas previstas para el matrimonio para la pareja de hecho⁷⁵. Tras la reforma sobre el matrimonio en 2005 se aprecia una tendencia jurisprudencial, más restrictivas, que finaliza con la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005, que rechaza en general la aplicación a las uniones de hecho, las normas previstas para el matrimonio, en temas como la vivienda familiar y la pensión compensatoria. "Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio". Cuestión distinta es la procedencia de una indemnización o compensación al conviviente tras la ruptura de la pareja de hecho.

La STS de 1 de abril de 2011, en torno al art. 96 parece una excepción, dentro de la tesis general, de no aplicación del artículo 96 a la pareja de hecho.⁷⁶

Con este mismo criterio el Tribunal Supremo rechaza aplicar a la unión extramatrimonial el régimen de la sociedad de gananciales, por analogía pues falta la identidad de razón entre matrimonio y unión extramatrimonial. Esto no ha impedido en ocasiones la validez del pacto expreso, o tácito desprendido de actos, concluyentes⁷⁷, o la

⁷⁵ STS de 16 de diciembre de 1996, en cuanto a la vivienda común. STS de 16 de julio de 2002 en cuanto a la pensión compensatoria.

⁷⁶ STS de 27 de marzo de 2008 y 6 de octubre de 2011.

⁷⁷ STS de 2 de diciembre de 1992.

aplicación supletoria de los principios generales del derecho, como fuente supletoria, a falta de ley y de costumbre.⁷⁸

Es reiterada la línea jurisprudencial que acude al principio general, que proscribe el enriquecimiento injusto, aplicándolo a la pareja de hecho, para reconocer una pensión.⁷⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2008, matiza que solo es posible acudir a los principios generales del derecho, cuando la cuestión se plantee directamente entre vivos.⁸⁰

La cuestión de la aplicación analógica entre matrimonio y pareja de hecho, ha sido tratada en la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo el 10 febrero 2011, en el asunto KOROSIDOU vs. Grecia. En esta sentencia, se niega la asimilación pedida entre ambas instituciones. "las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil –en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber

⁷⁸ RDGRN de 7 de febrero de 2013, “resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico -no así desde el social-, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial– sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales”.

⁷⁹ STS de 17 de junio de 2003.

⁸⁰ STS de 14 de marzo de 2014.

analogía entre una pareja casada y una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos".

1- LA VIVIENDA FAMILIAR

1-Concepto de vivienda familiar

La vivienda satisface una necesidad básica de la persona y por consiguiente de la familia. No existe una definición legal de vivienda ni de vivienda familiar, pero esto no obvia el reconocimiento de la vivienda como un pilar social y económico básico, que tiene su reflejo en la propia Constitución. La CE contempla la vivienda, dentro del Título I “De los derechos y deberes fundamentales en su Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”.⁸¹

Define Herrero García, de forma sencilla la vivienda familiar como, “el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar”.⁸²

De modo similar se expresa la SAP de Las Palmas, que la concibe como el espacio físico ocupado por los componentes de la pareja y en su caso los hijos, donde se desarrolla la convivencia familiar.⁸³

La doctrina y la jurisprudencia van perfilando su concepto sobre los arts. 103, 90, 96 y 1320 del CC. De estos preceptos legales se desprende que el concepto vivienda queda individualizado y diferenciado, cuando viene acompañado del adjetivo, “familiar”. Este

⁸¹ Art 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

⁸² Herrero García, M.^a., Comentario del Código Civil Tomo II Ministerio de Justicia 1991, pág. 588

⁸³ SAP de Las Palmas secc. 3^a de 28 de septiembre de 2007

sencillo complemento no solo integra el concepto sino que transforma y dimensiona el mismo, con la aplicación de criterios y disposiciones, que llegan a contradecir principios tradicionalmente asentados en el derecho privado. Ya no hablamos de un mero inmueble sobre el que recae el derecho real por excelencia la propiedad, u otros títulos posesorios. Estamos ante un bien de titularidad supraindividual, representada por el interés familiar.

La STS de 31 de diciembre de 1994 contempla la vivienda familiar como aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación, se desarrolla la convivencia familiar o donde residen aquellos con habitualidad. La peculiaridad se produce desde el momento en que estamos ante un bien familiar al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, no debiendo ser considerada vivienda familiar cualquier espacio físico. La protección se manifiesta señala dicha sentencia con la creación del concepto de vivienda familiar al que se refieren los arts., 87, 90 B, 91, 96 y 103.2 del CC.

Para la STS de 16 de diciembre de 1996 la vivienda familiar es “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”.

De un modo más preciso y descriptivo la jurisprudencia menor, va completando el concepto. La SAP de Madrid, secc. 24ª de 12 de febrero de 2007, entiende por vivienda familiar “el lugar donde de manera permanente, estable e intencionada y como centro de su convivencia íntima, reside de forma habitual la unidad familiar, -padres e hijos- hasta el momento de producirse la crisis...” en el que recae el pronunciamiento del art. 96 el CC que únicamente puede ser referido a la vivienda familiar, sin que razones profesionales o escolares permitan ampliar el concepto a segundas vivienda pues no puede equipararse el concepto por cuanto “...su adscripción al servicio y utilidad familiar cumple una función ajena la del propio y verdadero domicilio para incardinarse dentro de la mejor cobertura del tiempo de

ocio...”, y ello sin perjuicio de que en ocasiones se haya dado su uso al progenitor custodio o alternativamente a ambos según cada caso.

La SAP de las Palmas, sección 3.^a de 8-09-2007 de modo similar va desgranando las características de la vivienda familiar hasta ahora contempladas, "Al respecto ha de ser traída a colación la sentencia de nuestra audiencia de 17 de noviembre de 2005 que nos recuerda una definición de vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar".

En definitiva permanencia y habitualidad son las notas características de la vivienda familiar que constituye "...la residencia normal, estable y permanente de la familia y el ámbito habitual del desarrollo de las relaciones conyugales y paternofiliales"⁸⁴.

Sin embargo y pese a esta aproximación un tanto casuística de comportamientos familiares fruto de la convivencia, la realidad presenta situaciones que merecen ser analizadas, tanto en cuanto a la delimitación física del espacio como en los comportamientos voluntarios o involuntarios de los miembros sobre la vivienda. La valoración de estas situaciones, resultan en ocasiones complejas. En concreto; la casa en construcción o en obras, el traslado de la que fuera vivienda familiar a otra que adquiere el carácter ahora de familiar estando aquella a disposición familiar, la vivienda abandonada, la unión de dos fincas registrales independientes para configurar la vivienda familiar, los anexos a la misma; los garajes, trasteros,

⁸⁴ SAP de Sevilla de 16 de junio de 2011

espacios habitables dentro de la finca registral, las segundas residencias de la familia, etc....

Fijación del domicilio

El Código Civil refiere en el art. 70 al domicilio conyugal, como lugar de residencia habitual, (art 40) donde van a ejercitar los cónyuges sus obligaciones civiles.⁸⁵ La ley utiliza como sinónimos otras expresiones como vivienda familiar, hogar familiar, domicilio familiar. (Arts. 90, 91, 96, 103.2.a, 1320, 1357).

En puridad tales expresiones pueden ser diferenciadas. “La regulación que se hace de la vivienda familiar sólo afecta al especial régimen jurídico del inmueble y no al domicilio. El domicilio conyugal se relaciona con el domicilio familiar (cfr. Art. 82.1.a y 2.a CC); ambos suelen coincidir desde el momento en que la ley, al señalar el criterio que debe presidir la decisión del Juez en caso de discrepancia, alude al «interés de la familia», luego al del grupo (familia nuclear) y no sólo al de los cónyuges. En situaciones normales de matrimonio es el mismo; en situaciones anormales puede haber domicilio familiar... y, en cambio, no existir el conyugal.”⁸⁶

La determinación de cuál va a ser el domicilio conyugal, es cuestión del acuerdo de los cónyuges o de una decisión judicial, en caso de

⁸⁵ Art. 70 de CC, Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia

⁸⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, MC., *Comentario del Código Civil tomo I* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones 1991, págs. 322 y 323.

discrepancia. Así se contempla por el legislador como hemos señalado. No obstante tal cuestión se antoja un tanto artificial, parece difícil que vayamos a contemplar tal discusión y decisión vía jurisdicción voluntaria, salvo que estemos ante una situación de crisis familiar, donde no solo se contemplaría esta cuestión.

Sobre la fijación judicial sostenía GETE ALONSO Y CALERA “La falta de acuerdo inicial o en la modificación del domicilio, determina la intervención del Juez no pudiendo el marido, por su propia voluntad, imponer su criterio (STS 15-11-83). El Juez, no obstante, no puede decidir con plena y absoluta libertad sino que deberá de apreciar las distintas proposiciones que le formulen los cónyuges o los miembros de la familia cuando puedan ser oídos y en base al «interés de la familia» deberá decidir. Significa que deberá de ponderar las necesidades del grupo familiar sin que deba de prevalecer, a la hora de decidir, el criterio jerárquico de organización de la familia porque éste, hoy, ha desaparecido.

Tampoco podrá señalar un domicilio que no sea querido por ninguno de los cónyuges o de los miembros de la familia. La familia a la que se refiere es la nuclear (cónyuges e hijos)”⁸⁷.

Sobre este interés familiar, la STS de 26 de octubre de 2012, incide en las circunstancias que han de ser valoradas judicialmente habiendo hijos menores. En el caso contemplado, el titular de la custodia pretende trasladarse a Nueva York. La sentencia afirma que la determinación del domicilio de los hijos es una decisión conjunta de patria potestad, sin que pueda sin más atribuirse la facultad de decidir a uno de los padres. Han de identificarse los derechos en conflicto, los derechos a la protección y cuidado que precisa la hija, junto a los derechos y deberes de los padres en el cuidado de los hijos, así como a la posibilidad de ejercicio de patria potestad aunque vivan separados.

2- Extensión de la vivienda familiar y su derecho de uso

La extensión fáctica de la vivienda familiar, genera ciertas cuestiones, cuya solución, guarda relación con el especial estatuto jurídico que le otorga el art. 96 del CC. Sin esta perspectiva no se entienden la respuesta de los tribunales. Por ello antes de pasar a intentar analizar,

⁸⁷ GETE-ALONSO Y CALERA MC., *Ibíd.*

las cuestiones más importantes, no está de más recordar el régimen especial de este bien familiar con sus características más relevantes:

- a) La vivienda familiar, no pierde este carácter por encontrarnos en una situación de crisis familiar. La protección se produce tanto en una situación normal del matrimonio como en los estados de crisis matrimonial o de una convivencia “more uxorio”. Esta protección se hace patente a través de los artículos 96 y 1320 del CC de aplicación general, con independencia del régimen económico patrimonial del matrimonio.
- b) La protección de la vivienda se manifiesta al calificarse el bien como bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta. “... bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario” (STS 31 de diciembre de 1994).
- c) La protección no distingue las diferentes situaciones dominicales o de régimen económico jurídico que puedan tener los cónyuges o pareja quien quiera de los dos que sea el propietario, prima el interés familiar y el interés de los menores.
- d) La voluntad de los cónyuges como primer criterio de atribución del uso de la vivienda está condicionada a la aprobación judicial.
- e) La atribución del uso de la vivienda no genera otros derechos frente a terceros que los que ya existieran con antelación.
- f) La atribución judicial del uso tiene carácter temporal.

2.1- Extensión del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Los Anexos.

Una vez que se ha definido lo que es la vivienda familiar, desde la perspectiva de sus especiales atributos (habitabilidad, habitualidad, desarrollo familia y convivencial, etc.), queda por contemplar la cuestión desde el plano meramente físico de su extensión.

Una primera aproximación nos traslada al concepto de propiedad referido a un inmueble del que vamos a desgajar su facultad de uso. Se puede partir de la noción evolucionada, de propiedad que supera la mera enumeración de facultades, para concluir que estamos ante el más amplio poder de dominación que el ordenamiento permite tener sobre una cosa⁸⁸. La doctrina analiza la extensión del derecho en su sentido vertical y horizontal y recogiendo la cita de O'CALLAGHAN⁸⁹, sobre IHERING al respecto, para reconvertirla si se me permite, la extensión del uso de la vivienda se prolonga hasta donde llega el interés práctico de quien lo tiene.

Otra perspectiva, es la facilitada por la legislación hipotecaria, para contemplarla desde la inscripción registral de fincas, lo que no implica desconocer que la el nacimiento, modificación y extinción de los derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, tienen lugar extramuros del registro de la Propiedad⁹⁰, pues no se puede desconocer, que la inscripción de los inmuebles en nuestro sistema registral no tiene carácter imperativo ni constitutivo.

⁸⁸ LASARTE C., *Compendio de Derechos Reales*, Marcial Pons, 2012, págs. 2 y 3

⁸⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil tomo III Derechos Reales e Hipotecario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, págs. 71 y ss.

⁹⁰ GONZÁLEZ MORAN, *Derecho Inmobiliario Registral*, La ley, Madrid, 1988, pág. 191.

En el Registro de la propiedad se identifica la finca con los requisitos del art. 9 de la LH⁹¹.

⁹¹ Artículo 9. El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10.- Cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera.- b) Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.- Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica. En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.- Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa.- En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral.- La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público.- Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.- Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante

Frente a esta descripción surge la duda, de si el concepto de vivienda familiar ha de ser identificado con el de finca registral. En tal caso comprendería la vivienda todos sus anejos (garajes trasteros) o las cuotas indivisas de otros elementos de la comunidad que pueden tener un aprovechamiento independiente (que igualmente pueden ser garajes o trasteros). Frente a esta concepción formal, se abre la posibilidad de contemplar la vivienda en un sentido amplio, comprendiendo otras construcciones no declaradas, sin reflejo registral en la finca.

de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación.- A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación.- Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos.- Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral, sin que pueda ser objeto de tal publicidad la información gráfica contenida en la referida aplicación, en cuanto elemento auxiliar de calificación. Solo en los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa, ésta podrá ser objeto de publicidad registral hasta el momento en que el Registrador haga constar que la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Hasta entonces, se hará constar en esta publicidad el hecho de no haber sido validada la representación gráfica por el Catastro. Asimismo, podrá ser objeto de publicidad registral la información procedente de otras bases de datos, relativa a las fincas cuya representación gráfica catastral haya quedado o vaya a quedar incorporada al folio real...

Igualmente se plantea la unión de dos fincas registrales (situación aceptada o ignorada por la Comunidad de propietarios), que pasan a constituir la sede real de la vivienda familiar, y por último surge la duda de si estas cuestiones deben ser objeto de pronunciamiento en el proceso de familia, cuando así se solicitan, o si no habiendo pronunciamiento quedan *de facto* comprendidas en la atribución de uso de la vivienda a que refiere el art. 96 el CC.

Son numerosas las resoluciones que acuden al criterio de la unidad registral, y por consiguiente identifican finca registral con vivienda familiar. En la mayoría de los casos estamos haciendo referencia a trasteros, buhardillas y garaje (SAP de Barcelona, Sección 18.^a de 29 de mayo de 2008). A sensu contrario y con el mismo criterio registral, no se atribuye a la esposa el uso del garaje por estar escriturado aparte, (SAP Las Palmas, Sección 4.^a, de 17 de enero de 2005). La SAP de Teruel, Sec. 1.^a, 30 de mayo de 2006, acude al criterio acertado de la unidad de uso y del todo unitario de la vivienda con sus anexos el hecho de que estemos ante un inmueble unifamiliar y que la vivienda propia solo se ubique en una de sus plantas, los anexos aunque no sean zona habitable se integran en el concepto de vivienda.

No obstante el criterio de unidad registral, la posibilidad de independizar en el uso anexos o elementos habitables o plantas de lo que constituye la unidad registral, ha sido contemplado por los tribunales. Respecto a la vivienda familiar, la posibilidad de división material de dos pisos unidos o la distribución del inmueble por plantas con acceso independiente, ha tenido en los tribunales un carácter excepcional. Por el contrario estos se han mostrado más abiertos a anexos como trasteros o garajes atendiendo a las circunstancias.

Sobre la vivienda familiar la STS de 30 de abril de 2012, sienta doctrina jurisprudencial y contempla tal posibilidad cuando quepa la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, y sea lo más adecuado para el interés del menor. Dicha sentencia tras reiterar que el art. 96 el CC, está establecido para proteger el interés de los menores y no el de los cónyuges, razona que la posibilidad de división tiene a

este art. como límite por lo que han de ser tenidas en cuenta las circunstancias que concurran. En el caso concreto contemplado se daba como argumento a la división material el hecho del que el padre fuera propietario exclusivo y que la redistribución de espacios no alteraba el régimen del art. 96 y permite satisfacer los intereses presentes de los hijos y del padre no custodio, ya que no puede privarse a este del derecho del uso y disfrute de propiedad sin vulnerar el art. 33 de la C.E.⁹² que eleva este derecho a nivel constitucional.

En cuanto a los anexos de la vivienda, el criterio de la SAP de Cádiz, Sección 4.^a, de 8 de febrero de 2005, pone el acento en la posibilidad de uso independiente, así la atribución del uso de la vivienda en el caso concreto no conlleva el del trastero por ser éste de aprovechamiento independiente.

Por su parte, la SAP de Cuenca, Sec. 1.^a de 28 de noviembre de 2006, introduce un matiz más, la conflictividad, al referirse a la posibilidad de independizar la cochera del resto del domicilio cuyo uso se atribuyó a la esposa, lo que permite asignársela al marido, si no existe riesgo de conflicto y si con ello se favorece el cumplimiento de las obligaciones económicas. "...si además la cochera se puede independizar mediante la colocación de un sistema de cierre que impida la comunicación con el resto de la vivienda y si a lo anterior se añade que no exista dato ni indicio objetivo alguno del que pueda inferirse ni afirmarse que la utilización puede provocar situaciones de enfrentamiento personal, es evidente que la utilización de la cochera hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad conyugal es perfectamente atendible y está justificada por cuánto se evita, de esta modo, que el esposo tenga que sufragar el alquiler o compra de un local y, de esta manera, cumplir

⁹² **Art 33 de la CE** Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

adecuadamente a las obligaciones económicas establecidas en la sentencia".

Este criterio, es reiterado por la SAP de Málaga de secc. 6^a de 13 de enero de 2005, que igualmente limita la posibilidad de independizar anexos o plantas, a las buenas relaciones de los cónyuges, negándose en el caso concreto por las malas relaciones de los ex cónyuges, que auguran ser una fuente de conflicto más la división por usos planteada (SAP de Málaga de secc. 6^a de 13 de enero de 2005)

Sobre los elementos anejos de la finca registral, parece en cualquier caso haber unanimidad de criterio, cuando todo el conjunto participa de las notas que constituyen la vivienda familiar. En este sentido la SAP de Las Palmas, Sec. 4.^a, de 13 de septiembre de 2005 declara: "...el ámbito objetivo de este derecho abarca la totalidad de las dependencias que son utilizadas a tal fin, así como los elementos afectos al uso común allí existentes, siempre y cuando sean necesarios y útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar. En relación a este extremo se han planteado problemas concretos en cuanto a la inclusión de ciertas dependencias (trastero, plaza de aparcamiento, garaje e incluso terraza y terrenos adyacentes como lo son los utilizados para jardín o recreo), pero sobre ello sólo cabe resaltar que lo normal es que tales instalaciones y terrenos estén afectas al fin indicado y por ende formen parte integrante del citado concepto"⁹³.

Esta postura se refuerza con el interés de los menores, sobre todo en aquellos supuestos en los que se atribuye al progenitor custodio el vehículo familiar y éste es usado por éste y los hijos, (SAP de Burgos, Secc. 3.^a, de 9 de diciembre de 2003). El criterio de que todo el conjunto participa de las notas que constituyen la vivienda familiar unido al del interés el menor, llega incluso, a atribuir, junto con la vivienda familiar, unos terrenos y edificación anejos a la misma por utilizarse por los niños como zona de esparcimiento y recreo y, servir

⁹³ Persona y familia, SEPIN, junio 2008 nº 6. La vivienda familiar. Criterios y modos de atribución. Pago 6.

la edificación al progenitor custodio para guardar el vehículo familiar. (SAP de León, Secc. 2.^a, de 16 de enero de 2008).

La petición concreta del uso de un anexo o de finca registral independiente, (garaje, trastero) se realiza en el escrito de medidas provisionales y en el escrito de demanda o contestación. La posibilidad de tal pedimento, de forma independiente de la vivienda familiar o desconectada de a quien se atribuya esta, participa, de la misma problemática que la petición de segundas residencias.

La SAP de Córdoba secc. 2.^a, de 25 de junio de 2007, considera que aun a falta de precepto específico, el catálogo de cuestiones relativas a las relaciones personales y patrimoniales derivadas de una nulidad, separación o divorcio, no se agotan en el art. 90 ni en los arts. 91 y siguientes del CC, al menos al ponerlo en relación con el contenido mínimo del convenio regulador, cuando contempla la expresión "al menos". Por lo que entiende la Sala, que estos pedimentos analógicamente tiene cabida en el art. 96 del CC.

Por el contrario la SAP de Barcelona sec. 18.^a, de 6 de marzo de 2000, hecha salvedad de que a la fecha contemplada el supuesto no estaba en vigor el Código de Familia Catalán, recuerda que el CC, no contempla norma al respecto.

La falta de petición concreta del uso o administración de un anexo o finca registral independiente,⁹⁴ ocasiona en la mayoría de las veces la ausencia de pronunciamiento, lógica consecuencia de los principios que inspiran el proceso civil de justicia rogada y congruencia. El hecho de que no se de este pronunciamiento no impide en ocasiones su complemento por integración del fallo, sobre la base precisamente de la unidad registral o de una concepción amplia de la vivienda familiar.

⁹⁴ En las denominadas plantillas o modelos de resoluciones judiciales, de uso frecuente en pronunciamientos genéricos reiterados, son numerosos los fallos que tras atribuir el uso de la vivienda conyugal a los hijos y al progenitor custodio, añaden la expresión "y anexos correspondientes". Claro está cuando no ha habido petición, debate o contradicción al respecto.

Estos pedimentos deben de ser objeto de solicitud y de pronunciamiento en el proceso de familia, señala la SAP Tarragona, Sec. 3.^a, 9 de junio de 2005, “Se alega además, como tercer motivo de apelación que la sentencia ha omitido pronunciarse sobre la atribución de la plaza de garaje. Sobre el particular conviene decir que aun cuando la parte quisiera comprender cuando se pidió la atribución del uso del domicilio conyugal en su escrito de demanda que dicha atribución comprendía el parking y trastero; cierto es que por la forma en que se redactó no puede atisbarse hilo conductor alguno en la redacción que permita comprender lo que hoy se propone. Que entre los pronunciamiento que sobre las medidas corresponde hacer al órgano judicial desde luego se haya comprendida la decisión sobre el uso de la vivienda conyugal, pero ningún precepto del Código de Familia ni del Código Civil señalan la atribución de otros bienes que puedan pertenecer en común a los esposos, cuya atribución de uso legalmente no se justifica porque tal derecho no se comprende en la protección superior que el derecho de familia ha querido dar al interés más necesitado de protección, en caso de ruptura de la convivencia...”

Las peticiones de atribución de uso de los anexos por aquellos a los que no se les atribuye el uso de la vivienda familiar, a modo de compensación o de reequilibrio de las medidas, no han sido admitidas por los tribunales. La SAP de Guipúzcoa sec.2.^a de 8 de junio de 2007, rechaza el argumento sobre la base de la unidad de la vivienda familiar y el interés más necesitado de protección. En el caso concreto atribuye la esposa vivienda, garaje y coche.

Lo expuesto no significa que tal atribución del uso del anexo, como prolongación de la vivienda, no sea valorada económicamente por el tribunal al fijar las medidas. Así en ocasiones ha sido tenido en cuenta para minorar la pensión compensatoria, (SAP de Huesca, sec. 1.^a de 27 de febrero de 2007), o los alimentos, como puede ser contemplado para un futuro aprovechamiento económico, el alquiler del trastero o plaza de garaje, sin perjuicio de la liquidación de régimen económico. (SAP de Santa Cruz de Tenerife se.1.^a de 12 de mayo de 2006)

2-2. la vivienda familiar en obras. Los traslados de vivienda.

Parece evidente que un traslado circunstancial de la familia que obedezca a unas reformas u obras en la vivienda familiar, no hacen perder a esta tal carácter. En tal sentido la SAP Granada, Sec. 5.^a, 9 de marzo de 2007, señala “Y por ello que, en el caso contemplado, sólo desde una óptica puramente formalista puede admitirse el criterio del recurrente, ya que está acreditado sin duda alguna que dicha vivienda fue comprada por el matrimonio para que le sirviera de hogar familiar y que, en tanto se han hecho las oportunas obras de adecuación y reparación, transitoriamente ocuparon una vivienda en alquiler, pero su voluntad era trasladarse a la que se estaba reparando nada más terminarse dichas obras, de modo que, estando la misma al tiempo de la crisis matrimonial casi finalizada porque goza o puede gozar de los servicios indispensables, dicha vivienda tiene la consideración de vivienda familiar a los efectos del artículo 96 del código civil, cuanto más que ya se ha abandonado la vivienda en alquiler por no ser necesaria en la situación actual, por lo que el recurso debe ser desestimado en este punto”.

El planteamiento se torna distinto si estamos ante una expectativa que no se consuma cuando se produce la ruptura de la convivencia. En efecto si se trata de una vivienda en obras o en construcción que no ha llegado a habitarse de forma efectiva por el matrimonio litigante, es que existe ya una vivienda familiar, con independencia del título de ocupación. Llegada la ruptura simplemente nos encontramos con una inversión patrimonial, cuyos avatares son inciertos. Este criterio es mantenido por AP Barcelona, Sec. 12.^a, en sentencia de 11 de noviembre de 2004, que considera inviable atribuir a la esposa una vivienda que nunca llegó a ser domicilio familiar, aun cuando tras la ruptura pasara a ocuparla unilateralmente.

Solución contraria mantiene la SAP Málaga, Sec. 6.^a, 25 de abril de 2007, “En el caso de autos, dicha vivienda se adquirió constante

matrimonio para servir, una vez acabadas las obras y reformas acometidas, de domicilio familiar, según reconocen ambos litigantes, si bien la crisis matrimonial, producida antes de la finalización de las mismas, impidió que dicha vivienda llegase a ser habitada por el grupo familiar, circunstancias estas que, indudablemente, permiten considerarla como domicilio familiar y, por ello, resulta de perfecta aplicación el contenido del artículo 96 del Código Civil que dispone la atribución del uso de la misma al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, y como en el caso de autos el hijo menor de ambos litigantes, cuyo interés resulta de absoluta preferencia, queda bajo la guarda y custodia de la madre resulta ajustado a derecho atribuir el uso y disfrute de la vivienda ... a la madre”⁹⁵.

2-3- las segundas residencias

La posibilidad de que un matrimonio o una pareja de hecho, dispongan de más de una vivienda, es una realidad. Las segundas residencias, bien como casa de vacaciones o de fin de semana, o la adquisición de otra vivienda en la misma localidad con diversidad de usos o funciones, representan un porcentaje cada vez mayor del parque de viviendas. La cuestión de cuál de estas viviendas es la principal y cual la accesoria para la vida familiar se antoja compleja y caprichosa a veces, pues ambas pueden ser igual de principales, incluso tener un tiempo de ocupación similar, o variar este a lo largo de la vida familiar.

Estas otras residencias presentan normalmente un disfrute temporal, en principio limitado en el tiempo si lo ponemos en relación a la que

⁹⁵ Revista SEPIN abril 2008 nº 76 Persona y familia. La vivienda familiar. Criterios y modos de atribución.

podemos considerar principal, pero no por ello dejan de ser consideradas en un contexto social, como una vivienda más de la familia donde esta desarrolla su comunidad de vida, aunque sea para otras actividades. Si a lo expuesto se añade que la proximidad de ambas viviendas y las circunstancias de la vida, pueden dar lugar a una utilización simultánea y variable o que la diferente titularidad dominical de las mismas, pueda hacer sentir como propia, una vivienda en vez de la otra, la distinción de cuál es la vivienda familiar se difumina.

Cuando la jurisprudencia indica las características que rodean a la vivienda familiar, resulta en ocasiones una tarea compleja distinguir esta de otras residencias. La STS de 18 octubre 1994, hace un intento por destacar las diferencias de la vivienda familiar. “las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados”.

Para la STS de 16 de diciembre de 1996 la vivienda familiar es “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”.

La posibilidad de un pronunciamiento concreto sobre el uso de segundas residencias u otros inmuebles en el pleito principal, no es una cuestión pacífica. La jurisprudencia menor al respecto se puede clasificar en dos posiciones.

a) Postura afirmativa. Dentro de esta y atendiendo a las particularidades del caso son diversos los argumentos esgrimidos. En primer lugar tendríamos aquellas posiciones que con una interpretación amplia e integradora de la expresión "vivienda familiar" a los efectos del art. 96 CC, no ven inconveniente en incluir en la

misma, las demás residencias. La vivienda familiar sería no solo aquella que se pueda considerar como la residencia normal y habitual de la familia, sino también cualquier otra que esté a disposición de la familia. La terminología utilizada para dar tal visión amplia del concepto, varía con los argumentos utilizados, bien como un derecho uso propio en base al art. 96 bien como de un uso derivado de una facultad de administración que se tiene en la sociedad post ganancial. Lo expuesto no implica desconocer la concreta y distinta protección de cara a terceros que ofrece el art 96 y 1320 del CC.

Para esta posición, tan domicilio familiar es la primera vivienda con la específica finalidad de satisfacer las necesidades cotidianas de alojamiento de la familia, como la segunda vivienda con independencia de que su uso sea más o menos esporádico como fines de semana o diferentes periodos vacacionales. Estas segundas residencias se consideran como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar.⁹⁶

Otras resoluciones ponen el acento en las necesidades de los hijos, para lo que hay que estar casuísticamente, conforme al “bonum filii”, y la utilización de la segunda residencia.

Señala al respecto la SAP Cáceres, secc. 1.^a, de 26 de mayo de 2006: “como afortunadamente en el supuesto examinado uno y otro progenitor tienen resueltas las necesidades de vivienda, la atribución del uso y disfrute de las mismas debe tener como referencia las circunstancias concurrentes, concretamente, que ambos hijos viven con la madre, que la familia materna reside en Cañaveral, siendo la esposa e hijos quienes más van a disfrutar del chalet, procede estimar el recurso, y en función de dichas necesidades, se atribuye a la esposa el uso y disfrute de la vivienda sita en la (...) de esta ciudad, que ya viene ocupando junto a los hijos, así como el uso y disfrute del chalet sito en Cañaveral”.

Con igual criterio la SAP Barcelona, sec. 12.^a, 27 de julio de 2005 señala: "Si bien es cierto, y ha quedado acreditado que el núcleo familiar formado por las partes junto con los tres hijos comunes, utilizaba aquella vivienda los fines de semana, tal como reconocen ambas partes en sus interrogatorios, difiriendo las partes en cuanto a

⁹⁶ SAP de Málaga de 15 de junio de 2004.

la frecuencia de su utilización, ha quedado acreditado que estaba destinado al uso de la familia, pues manifiesta el Sr. Claudio en su interrogatorio en la Vista principal, que una vez producida la separación se lo dejó a la Sra. Gema las últimas vacaciones de semana santa para ir a retirar sus pertenencias, lo que evidencia que las tenía allí, y eso sólo suele ocurrir cuando una familia utiliza una vivienda en exclusividad"⁹⁷.

Otras resoluciones atienden a la necesidad acreditada o no de alojamiento, para cualquiera de los cónyuges, incluso para el custodio a falta de vivienda familiar. Se puede hablar así de una atribución de la segunda vivienda en sustitución de la que era la vivienda familiar. Así la SAP de Madrid, secc. 5 de noviembre de 2007 con el fin de proteger la habitación de los menores atribuye a la madre la vivienda de verano al estar alquilada la conyugal. En igual sentido la SAP de Madrid, secc. 24^a, de 16 de marzo de 2006, justifica la atribución de otra vivienda ganancial, así como su administración, al ser desahuciado de la vivienda familiar el marido, reconociendo con ello una aplicación extensiva el art. 96 del CC.

Parece a priori lógico pensar que existiendo dos viviendas próximas y pudiendo con ellas satisfacer las necesidades de alojamiento de ambos cónyuges y los hijos, se haga tal pronunciamiento.

Si estuviéramos en un procedimiento de mutuo acuerdo ningún problema, plantearía la cuestión. Los cónyuges o la pareja, dan a ambas viviendas el calificativo de familiar. La aprobación del convenio no tendría objeción por parte del Ministerio Fiscal, que ve cubiertas las necesidades de alojamiento de los menores con la atribución de más de una vivienda familiar. Para el notario o el secretario judicial en el supuesto de no haber hijos tampoco se plantearía dilema al respecto, pues no se atisba a pensar acuerdo perjudicial al respecto.

En un procedimiento contencioso la petición al respecto de ambos, sobre la utilización o uso de una segunda vivienda, no supone ningún obstáculo conforme el principio de congruencia. Las dificultades surgen cuando los pedimentos al respecto son opuestos, y solicita el uso o administración de la segunda vivienda, quien no va a tener la custodia de los hijos y por consiguiente el uso de la vivienda familiar.

⁹⁷ *Persona y Familia*, SEPIN, septiembre de 2008, nº 78, págs. 23 y 24.

Al respecto señala la SAP Madrid, secc. 22^a, de 25 de septiembre de 2007: “Si bien es cierto, como late en el fondo de lo argumentado en la sentencia recurrida, que el artículo 96 del Código Civil sólo regula la atribución del uso de la vivienda familiar, habiendo de entenderse por tal la que ha venido constituyendo la sede habitual de la vida conyugal con anterioridad a la ruptura de la convivencia de los esposos, no es menos cierto, como viene manteniendo esta Sala, que el referido precepto no impide, en modo alguno, que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103-4.^a sobre entrega de bienes comunes y administración de los mismos, medida que, aun regulada legalmente con carácter provisional, puede prorrogar su vigencia en el procedimiento principal, conforme a lo prevenido en el artículo 91, en tanto no se liquide el patrimonio común, y a expensas de lo que en tal momento se acuerde sobre el destino definitivo de tal inmueble. Dicha solución, viable cualquiera que fuere el destino que en principio el adjudicatario de la administración quiera dar al inmueble, se refuerza aún más, e inclusive se hace casi ineludible, cuando la finalidad perseguida es la de cubrir las necesidades de alojamiento de quien, por imperativos del artículo 96, ha de salir del domicilio conyugal, no pudiendo quedar desamparado su derecho a ocupar una vivienda digna, que consagra el artículo 47 de la Constitución Española, cuando en el patrimonio familiar existe algún otro inmueble susceptible de cubrir la referida finalidad”⁹⁸.

En similares términos se expresa la SAP Albacete, (secc.1^a) de, 28 de junio 2007: “Igualmente discute la esposa y madre, que en el tercero de los pronunciamientos de la sentencia, además de atribuirle a ella y a sus hijos el uso del domicilio conyugal, se atribuya a su esposo una de las viviendas gananciales con su garaje anexo. Tampoco en este punto debe tener éxito el recurso, en primer lugar porque, cuando como en este caso el matrimonio o mejor dicho su sociedad gananciales dispone de varias viviendas o domicilios, la regla del artículo 103.2.^o del Código Civil, para las medidas cautelares y la del artículo 96, para las definitivas, prevén un derecho preferente al uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella para los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden, pero, una vez cubierta la necesidad de esa parte, permite que con autorización judicial se puede incluso atribuir el

⁹⁸ *Persona y Familia, SEPIN* septiembre de 2008, n^o 78 págs. 19 y 20.

uso al cónyuge no titular. En segundo lugar porque el artículo 103.4.º permite al juez señalar que bienes gananciales o comunes se han de entregar a uno u otro cónyuge, lo que ha cumplido la juez de instancia al atribuir al padre el uso de una de las viviendas gananciales. En tercer lugar porque disuelta la sociedad de gananciales, los bienes que la integran pasan a formar una comunidad ordinaria, en la que cada uno de los copartícipes tiene derecho de uso de los bienes comunes, por las reglas generales de las comunidades (artículo 392 y siguientes y especialmente el 394 del Código Civil), sin perjuicio de que cuando se liquide la sociedad de gananciales se atribuyan a cada uno de los cónyuges los bienes que procedan y cese la atribución de domicilios que se hace en el punto tercero del fallo de la sentencia recurrida”⁹⁹.

Otras posiciones permiten el pronunciamiento sobre la segunda vivienda, bajo los criterios de administración del patrimonio ganancial. No es tanto una atribución del uso como el otorgamiento de la administración de un bien ganancial. En el fondo supone el disfrute de una vivienda distinta a aquella que ha constituido el domicilio familiar, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, aprobado judicialmente y con audiencia de éstos. Entre las razones en las que se justifica tal pronunciamiento se arguye el art 103.4 del CC.

"señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”¹⁰⁰.

Inciendo en la posibilidad de pronunciamiento en el pleito principal otras resoluciones, tras reconocer la situación derivada de la copropiedad o comunidad, se centra en atribuir con distintas fórmulas el uso compartido de modo sucesivo y alterno hasta la liquidación patrimonial.

La SAP Burgos, Sec. 2.^a, de 1 de febrero de 2007 señala: “Esta solución, que se mantendrá hasta la efectiva liquidación del patrimonio

⁹⁹ *Persona y Familia, SEPIN* septiembre de 2008, nº 78 pág. 20.

¹⁰⁰ SAP Madrid, Secc. 22.^a, de 25 de septiembre de 2007.

ganancial, es la más adecuada para la estabilidad del patrimonio ganancial; para la garantía de la igualdad en el uso de ese patrimonio común; para la protección de todos los hijos por igual, ya que concurriendo atribución a ambos esposo por periodos iguales se garantiza mejor el disfrute de la casa por todos los hijos y no sólo por la hija menor y la madre, y para que se mantenga la estabilidad del orden familiar y la consideración de la vivienda como residencia de fin de semana”.

La SAP Murcia, sec. 1.^a, de 3 de julio de 2006: “No obstante lo anterior, la asignación no debe ser permanente, sino alterna, tal y como se solicita, estimando que una fórmula semestral de uso puede ser positiva en la medida en que garantiza a cada uno de los condueños su disfrute al menos uno de los dos meses principales de las vacaciones de verano, bastando que adapten éstas a las fechas en que cada año se le asigne el apartamento. La determinación de los periodos puede quedar al convenio de los cónyuges (que comunicarán oportunamente al Juzgado) y, caso que no se obtenga, entraría el fijado en esta resolución, que consistiría en dos periodos, uno de febrero a julio y otro de agosto a enero, el primero correspondería siempre a la esposa en cuanto no trabaja y vive cerca (en Lorca) y el segundo al esposo, cuyas vacaciones estivales suelen ser principalmente en agosto...”¹⁰¹.

Carrera Maraña,¹⁰² recoge los argumentos y posibilidades dados por Moreno Velasco a favor de la posibilidad de un pronunciamiento judicial sobre otras viviendas que estén a disposición del matrimonio.

- “Como medida coherente con el resto de medidas acordadas y para evitar que el otro cónyuge tenga que alquilar una vivienda teniendo una vacía propiedad de los cónyuges. Con esta medida se pretende que

¹⁰¹ “Persona y Familia”, SEPIN septiembre de 2008, nº 78, págs. 4 a 10.

¹⁰² Carrera Mañas JM, “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”. Manual de formación continuada 50/2009 CGPJ pág. 18 y 19

el esposo disponga de más liquidez para hacer frente a las pensiones (SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 4 de junio de 2007) (36).

- Por una interpretación amplia de lo que se considera domicilio familiar; entendido como todo aquel que usa la familia (SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 15 de junio de 2004).

- Mediante una interpretación conjunta de los artículos 90 y 91 CC, de forma que debe entenderse que las medidas que han de adoptarse en sentencia son "al menos" las que se mencionan en los artículos 91 y siguientes del CC, en consonancia con el contenido mínimo del pacto conyugal regulado en el artículo 90 CC. De esta forma el juez puede pronunciarse sobre la atribución de uso de una vivienda distinta de la conyugal (SAP de Córdoba, Sección 2.^a, 154/2007, de 25 de junio de 2007).

- Entendiendo que los artículos 90 y 91 CC prevén que en el proceso matrimonial puedan adoptar medidas y cautelas relativas a la disolución del régimen económico matrimonial, por lo que el juez de familia puede fijar las reglas de uso y administración de los bienes gananciales que, necesariamente, han de ser transitorias hasta tanto se lleve a efecto la oportuna liquidación (SAP de Murcia, Sección 1.^a, 306/2004, de 26 de octubre de 2004).

- Fundamentada en que la medida es la que mejor garantiza la estabilidad y el "*favor filii*". Así lo entiende la SAP de Baleares, Sección 5.^a, de 23 de noviembre de 2005."

b) Postura negativa. Otras resoluciones siguen un criterio restrictivo del concepto de vivienda familiar y sólo consideran domicilio familiar, al que constituye el verdadero hogar familiar, único sobre la que debe hacerse el pronunciamiento judicial de atribución del uso conforme al art 96. El resto de viviendas que pueda tener a su disposición la familia, con independencia de la titularidad dominical, resulta en todo caso una cuestión de administración conforme al régimen económico matrimonial que se tenga.

El que el pronunciamiento sobre las segundas residencias no esté contemplado en los arts. 91 y siguientes del CC, no deja desatendida la cuestión ni la posibilidad de petición al respecto.

Será en sede de medidas provisionales al amparo del artículo 103.4, cuando se formule la petición o en la propia liquidación del régimen económico matrimonial conforme a los arts. 806 y siguientes de la LEC, en cuanto a la administración y disposición de los bienes,¹⁰³ donde se proceda a atribuir el uso o la administración de otros bienes inmuebles distintos de la vivienda familiar.

La SAP de Madrid secc. 24.^a de 12 de mayo de 2005, tras poner de manifiesto que estamos ante una cuestión ajena a las medidas completarías del estado civil, remite la cuestión a la naturaleza de la comunidad postganancial que surge, tras la separación o el divorcio.

Estamos como indica el Tribunal Supremo¹⁰⁴, ante una comunidad en proindiviso a la que se aplica el régimen de la comunidad ordinaria de bienes, arts. 394 y siguientes del Código Civil, que se rige por el sistema de mayorías para decidir sobre la administración y disfrute de la cosa común, con el auxilio judicial cuando no se alcanzara el acuerdo

¹⁰³ Artículo 809. Formación del inventario. 1. A la vista de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, el Secretario judicial señalará día y hora para que, en el plazo máximo de diez días, se proceda a la formación de inventario, mandando citar a los cónyuges.- En el día y hora señalados, procederá el Secretario Judicial, con los cónyuges, a formar el inventario de la comunidad matrimonial, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil para el régimen económico matrimonial de que se trate.- Cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto.- En el mismo día o en el siguiente, se resolverá por el Tribunal lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario. 2. Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el secretario judicial hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.- La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

¹⁰⁴ STS de 11 de mayo de 2000

o este fuera gravemente perjudicial, situación que puede conducir a una petición de uso por turnos o alternativo, por no ser un uso simultáneo.

Por último sobre la segunda residencia resulta curiosa, más por la amplitud del concepto que por el fundamento de la pretensión, la posibilidad de que se equipare a la segunda residencia una caravana. La Audiencia descarta la atribución, no por no ser posible tal eventualidad, sino por no cubrir en el caso concreto las necesidades de habitación, considerando en consecuencia que la cuestión debe ser debatida en la liquidación del régimen económico matrimonial, no procediendo la atribución de su uso a ninguna de las partes.¹⁰⁵

La posibilidad de otros pisos que pertenezcan al acervo familiar, no significa que tengan la consideración de segunda residencia, ni que puedan cubrir necesidades de alojamiento. Contempla la SAP de Málaga secc. 4ª de 13 de marzo de 2006, la situación de una consulta profesional médica cuya última función es la de servir de actividad económica y sustento familiar, siendo atribuida a la esposa que utilizaba la misma con independencia de que tuviera atribuido el uso de la vivienda familiar al tener la custodia de la hija. Con igual criterio la explotación de un negocio por el marido, que se desarrolla en los bajos de la vivienda familiar que es atribuida a la esposa no permite ni que tal derecho alcance al local, ni asignar un uso compartido por tratarse de una titularidad conjunta. (SAP de Girona de 22 de febrero de 2005)

El tribunal Supremo unifica doctrina en la sentencia de 9 de mayo de 2012 a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia, fijando que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin

¹⁰⁵ SAP de Vizcaya sec.4ª, de 7 de diciembre de 2006.

consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

En el caso particular, razona “1ª Si bien como se ha dicho, la doctrina de contraste aportada se refiere a inmuebles gananciales que constituyen segundas residencias, se produce una situación de analogía, ya que se trata de una segunda residencia de facto, al ser utilizada exclusivamente por uno de los cónyuges, no como domicilio, sino como local profesional. Y ello a pesar de que la propiedad de dicho local era exclusiva del marido al habersele adjudicado en la liquidación de los gananciales efectuada en el año 1995, casi diez años antes de la crisis matrimonial.

2ª Son aplicables a los procesos matrimoniales las reglas del recurso de casación. Sin embargo, los especiales intereses protegidos en dichos procesos permiten una interpretación más amplia de las normas que dan sentido al concepto de interés casacional.

Estas razones llevan a estimar la concurrencia de interés casacional, que consiste en determinar si las segundas residencias pueden atribuirse en las medidas definitivas dictadas por el juez en el proceso matrimonial.

CUARTO.- Determinada la concurrencia de interés casacional y la identificación del mismo, debemos examinar a continuación el problema planteado por el recurrente.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio EDL1981/2897, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC EDL1889/1 solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. EDL1889/1 El art 774.4 LEC EDL2000/77463 repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código civil EDL1889/1 y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

1ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges.

2ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss. LEC EDL2000/77463, en defecto de acuerdo previo.

3ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4ª CC EDL1889/1, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

Por otra parte, esta sentencia no contradice la 78/2012, de 27 febrero EDJ2012/24609 que atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado, porque en el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.”

3- Pérdida de la condición de vivienda familiar. Extinción de los derechos creados en torno al art. 96

El planteamiento del epígrafe, revela con su enunciado la distinción de dos realidades distintas y la vez confluentes. De un lado, la pérdida de

la condición de una vivienda, de su condición de “familiar”. De otro la pérdida del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Resulta evidente que la vivienda, como el lugar o espacio físico donde se desarrolla la convivencia familiar, puede ir cambiando conforme cambian las situaciones y necesidades de la familia. En situaciones normales de convivencia, los cambios de ciudad, o de residencia con la venta de la que fuera vivienda familiar para la adquisición o alquiler de otra que cumple la nueva finalidad, resultan hechos naturales en la vida matrimonial o de pareja.

La vivienda familiar, no es permanente, inmutable, intransferible, ni expansiva, a todas aquellas residencias en las que en algún momento se ha desarrollado la convivencia de modo estable y han podido alcanzar este carácter especial. Estamos ante una vivienda familiar, porque otra perdió tal condición. Se puede decir que la vivienda familiar es la última o la actual, aquella que participa de sus notas peculiares que destacaba la jurisprudencia anteriormente comentada. Si un matrimonio cambia de vivienda familiar aunque siga la anterior siga bajo su patrimonio la anterior, pasa a ser vivienda familiar la actual, bien sea propiedad bien sea bajo cualquier título que permita la ocupación, o sin título. La anterior vivienda dejó de tener el calificativo de familiar para ser un bien patrimonial, propio de los miembros de la familia nuclear o de otras personas, mas no participando por ello de las medidas de protección de cara a terceros que otorga de los arts. 96 y 1320 del CC.

En definitiva el estatuto jurídico propio de una vivienda familiar, se traslada a otra vivienda cuando esta pasa a tener, las peculiaridades que le son propias.

Lo expuesto no quita que determinadas situaciones de fraude, de abuso de derecho o circunstanciales previas a una ruptura de la convivencia, no puedan ser contempladas y corregidas por los tribunales en interés de la familia y de los menores.

RAMS ALBESA,¹⁰⁶ analiza la cuestión de la extinción de este derecho de uso, desde cinco situaciones: El fallecimiento de un miembro de la pareja, la desaparición física o imposibilidad jurídica del ejercicio, las vicisitudes vivenciales de los hijos, el abandono y el transcurso del tiempo en el presupuesto previsto en el párrafo tercero del art. 96 del CC.

Por su parte CARRERA MAÑAS¹⁰⁷ realiza una clasificación más amplia de las causas más comunes de extinción del derecho de uso, sistematizando las apuntadas por la doctrina:

1. “La privación por decisión judicial de la guarda y custodia de los hijos.
2. Cuando los hijos dejen de estar en compañía del beneficiario del derecho de uso, aunque si existen varios hijos se verá afectado el derecho de uso por el hecho de que alguno de ellos llegue a la mayoría de edad o se independice económicamente.
3. La defunción del usuario o la renuncia al derecho de uso.
4. El contraer segundas nupcias o convivir maritalmente con otra persona si el derecho de uso no se le atribuyó en atención a tener los hijos en su compañía.
5. La falta de uso de la vivienda durante un largo espacio de tiempo y sin motivo razonable y fundado (razones de salud o laborales).
6. La destrucción, expropiación, o liquidación de la vivienda y extinción voluntaria del derecho de uso del usuario al acordarse la transmisión de la vivienda, siempre que los hijos tengan garantizado su derecho de habitación.
7. La desaparición de las causas que justificaron la atribución judicial del uso y en particular el interés más necesitado de protección por

¹⁰⁶ RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil II vol. 1º*, JM Bosch editor, Madrid, 2000, pág. 1022.

¹⁰⁷ CARRERA MAÑAS, JM., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”, *Manual de formación continuada 50*, CGPJ, Madrid, 2009, pág. 112.

cambio de fortuna de los cónyuges que den lugar a que el inicialmente beneficiario no sea el más necesitado de protección.”

Excede de esta tesis doctoral elaborar un examen exhaustivo de todas estas causas si bien, acometeremos un somero análisis de las más significativas.

Resulta claro que las previsiones que contempla el art. 96 tienen un marcado carácter finalista, desde el que se contempla la atribución del uso de la vivienda familiar, atribución que como ya se ha dicho ni atiende a titularidades ni tiene carácter permanente. Solo desde esta premisa se entienden las conclusiones a las que se llega en cada caso.

La muerte de uno de los cónyuges o miembro de la pareja en relación con la vivienda familiar.

La cuestión puede ser analizada desde una doble perspectiva. Por un lado en cuanto extinción de un derecho de uso atribuido judicialmente, de otro como bien patrimonial que se integra en la herencia.

En cuanto al derecho de uso no hay duda que este se extingue con el fallecimiento del titular. Esta circunstancia no significa necesariamente la reintegración del uso de la vivienda a favor del cónyuge o pareja sobreviviente. En principio señala RAMS ALBESA, el origen “*per relationem*” de este derecho y la fuerza intrínseca que lo inspira, lleva a considerar que el derecho de uso corresponde a los hijos. El supuesto normal será que la guarda y custodia pase al progenitor sobreviviente y con ello el derecho de uso de la vivienda. La eventualidad de una privación de la patria potestad supondría contemplar un tutor y con ello otra custodia, que excluiría la recuperación del derecho de uso.

Si lo contemplamos como mero derecho patrimonial, la solución atendería al título de ocupación. Si estamos ante un contrato de arrendamiento, la STS de 3 de abril de 2009, sienta doctrina jurisprudencial y considera, que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la LAU en

lo relativo a la subrogación por causa de fallecimiento del titular del arrendamiento¹⁰⁸.

Si se trata de una vivienda en propiedad del matrimonio o pareja, las nuevas titularidades dominicales atenderán a lo que resulte de la división de la herencia. Cabe recordar aquí, el derecho de predetracción contemplado en el art. 1321 del CC¹⁰⁹, y la necesaria liquidación del régimen económico matrimonial, con la previsión al respecto del art 1406.4 del CC¹¹⁰ para el régimen de gananciales.

Si la muerte del titular de la custodia de los menores, extingue la atribución de la vivienda "*per relationem*"¹¹¹ que había sido concedida, el fallecimiento del menor justificación de la atribución extingue de igual modo el derecho de uso, sin perjuicio de las cuestiones liquidatarias¹¹².

El abandono. La falta de uso de la vivienda familiar en la situación de crisis familiar.

La falta de ocupación de la vivienda familiar o su no uso, en plena situación de crisis familiar, o el abandono después de haber sido atribuido el uso judicialmente, viene acompañada de motivaciones

¹⁰⁸ En relación a estos contratos arrendaticios la cuestión no resultaba pacífica. Un sector consideraba que la cuestión era ajena al régimen económico matrimonial, considerándose un arrendamiento común, teniendo a ambos coarrendatarios. Otro sector ponía el acento en el régimen que se tuviera, ganancial o separación de bienes y una tercera postura consideraba que la titularidad era exclusiva de quien había suscrito el contrato.

¹⁰⁹ Art. 1321: Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.- No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

¹¹⁰ Art. 1406. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2.º La explotación económica que gestione efectivamente. 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

¹¹¹ Vid., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ,

¹¹² SAP de Madrid sec.22ª, de 19 de julio de 2002.

subjetivas u objetivas que han de ser valoradas y acreditadas, para poder dar al abandono en su caso un carácter provisional o definitivo. De este extremo dependerá que la vivienda pueda perder su condición de familiar o que la atribución del uso, pueda ser solicitada de contrario.

Señala al respecto RAMS ALBESA¹¹³. “El abandono, cambio o no uso no coyuntural, sino definitivo de la vivienda familiar extingue también el derecho de uso sobre la misma (en contra del criterio de O`CALLAGHAN), pues no nos encontramos ante una situación generada al margen y con independencia de las circunstancias fácticas, sino que son estas en cuanto datos importantes para el desarrollo de la vida familiar de los hijos, las que marcan el fin protegido por la norma”.

En una situación de crisis familiar, pueden contemplarse comportamientos de los cónyuges o pareja, respecto del uso de la vivienda familiar, que puede hacer perder a la misma el estatuto particular que otorga el art. 96 del CC. En concreto se plantea en la práctica, la situación de abandono de la vivienda, por ambos o uno de ellos.

No puede darse una respuesta genérica a la cuestión, pues han de analizarse las circunstancias que rodean el abandono o traslado como: la situación familiar, la voluntariedad del abandono, el tiempo transcurrido, la posibilidad de tener cubiertas las necesidades de alojamiento, la situación del menor etc..... Si valorado el traslado o abandono se entiende que aquel tuvo entre sus consecuencias, la pérdida de sentido del calificativo “familiar” que se añadía al concepto de vivienda, ha de considerarse que las características que dotaban de identidad a la vivienda familiar se extinguieron y no tiene razón de ser la aplicación automática del art. 96 del CC, previsto para otra realidad familiar.

La vivienda familiar que se abandona por ambos cónyuges, hace perder a aquella su carácter. Al respecto la SAP de Valladolid, sección 3.ª de 29 de julio de 2002, dice “Lo que sí resulta acreditado de manera plena es

¹¹³ RAMS ALBESA J., cit., pág. 1023.

la salida de la esposa, aproximadamente en ..., para iniciar un nuevo núcleo sentimental estable con otra persona y en domicilio distinto, permaneciendo desde entonces desocupada la que fue vivienda conyugal, por lo que carece de sentido realizar una asignación de algo respecto de lo cual aparece evidenciada con hechos manifiestos la voluntad de los cónyuges de no utilizarlo como tal, privándolo de su originario uso y destino”.

Si la salida de la vivienda fue de uno de los cónyuges por desavenencias, al no probarse un pretendido maltrato psíquico, dice la SAP de Murcia sec. 1^a, de 19 de septiembre de 2005, dejó aquella de ser la vivienda conyugal por consentimiento de ambos, por el transcurso del tiempo, más de tres años en el caso concreto. La SAP de Barcelona se. 12^a de 7 de septiembre de 2006 contempla el transcurso de cuatro años para considerar perdida la condición de vivienda familiar, la ocupada por el marido, sin reclamación alguna por la esposa durante ese tiempo. La SAP de Asturias sec.4^a de 7 de marzo de 2006, entiende que una vivienda deshabitada durante seis años, justifica la denegación de la atribución del uso. La SAP de Murcia sec. 1.^a de 24 de junio de 2002 indica: “ambas partes coinciden en señalar que hasta septiembre de 1.998 el domicilio discutido servía de morada al matrimonio y su progenie, marchándose de él la esposa e hijos, continuando sólo el esposo, sin que hasta enero de 2.001 aquélla lo reclamase ni promoviese proceso judicial alguno. Al entender de la Sala el dilatado periodo de tiempo transcurrido entre estos dos hitos temporales, superior a dos años, revela muy a las claras la intención inicial de la esposa de no recuperar el domicilio familiar y de no vivir en él con sus hijos, por lo que aquél perdió su cualidad de tal, dejando de ser la vivienda conyugal para pasar a ser el domicilio del demandado, por lo que no procede aplicar el régimen especial del artículo 96 del Código Civil...”.

La SAP de Cantabria de 9 de febrero de 2012, contempla el supuesto de una salida del padre de la vivienda familiar con lo hijos menores, al trasladarse a vivir en lugar próximo, a la casa de la abuela paterna. Se analiza la razón del abandono que es la inviabilidad de la convivencia. La atribución de la guarda y custodia de los menores se otorga al padre. No hace hincapié la sentencia en el tiempo transcurrido desde el abandono, sino en la causa del abandono y en la doctrina unificada de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, para otorgar al padre y los hijos

menores del uso de la vivienda familiar, pues estamos ante una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 del CC.

El abandono de la vivienda por parte de la esposa e hijos, se tiene por justificado cuando se produce mientras se da respuesta judicial al problema, ante los males relaciones entre los cónyuges, que desembocarían en el caso concreto analizado con la apertura de procedimientos penales que determinaron una orden de protección.¹¹⁴

Vicisitudes vivenciales de los ex cónyuges y de los propios hijos menores. El cambio de custodia. La mayoría de edad

Resulta claro que las situaciones de hecho contempladas en la sentencia que pone fin a la relación matrimonial o de pareja, no son permanentes y van variando por multitud de circunstancias. Tal previsión se contempla en el art. 91 in fine del CC, de modo que una alteración sustancial de las circunstancias legitima a cualquiera de las partes del anterior procedimiento de separación divorcio o relaciones paterno filiales, a instar la modificación de las medidas en su día fijadas, de común acuerdo mediante convenio regulador, o en un procedimiento contencioso.¹¹⁵

¹¹⁴ STS de 15 de marzo de 2013

¹¹⁵ Artículo 775 Modificación de las medidas definitivas 1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. 2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777. 3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

De existir una previa sentencia de separación, todas estas vicisitudes a que refiere el epígrafe, pueden ser igualmente valoradas en la sentencia de divorcio, pues se analiza la situación familiar “ex novo”, sin necesidad de una modificación de medidas que exige acreditar plenamente la alteración sustancial de circunstancias.

Si lo aprobado en su día fue un convenio regulador, bien pudo contemplarse en el mismo, la finalización del derecho de uso con liquidación del bien, de producirse determinadas circunstancias o llegado un término o alcanzada cierta edad los hijos.

Cuando el abandono o el no uso de la vivienda familiar se produce después de ser atribuido judicialmente el uso al cónyuge, o a este y a los hijos “per relationem”, –bien de mutuo acuerdo, bien en proceso contencioso–, no estamos hablando tanto de una extinción de la condición de vivienda familiar, como del derecho del otro cónyuge o progenitor a solicitar para sí, el uso de la vivienda familiar, vía modificación de medidas.

La atribución del uso de la vivienda familiar ha de cumplir su finalidad específica, servir de hogar habitual, para quien la solicita y sus hijos en su caso, no para que este vacía, se administre o destine a otras finalidades, como almacén o depósito.

Ahora bien, el hecho de que se asigne el uso al progenitor custodio y a los hijos menores, no impone que de modo impositivo o imperativo, se tenga que residir en ella necesariamente, pues se vulneraría el derecho constitucional a la libertad de residencia.¹¹⁶

El abandono voluntario y el consiguiente traslado, pueden tener sus consecuencias en un procedimiento de modificación de medidas, que puede alcanzar no solo al cambio de atribución del uso sino a un cambio de guarda y custodia. Basta pensar que hijos próximos a alcanzar la mayoría de edad, no quieran cambiar de ciudad, o que el

¹¹⁶ Art 19 de la CE: Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.- Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

traslado de residencia con los hijos se pretende a otro país, o simplemente que quieren pasar a vivir con quien hasta ahora no era el progenitor custodio.

Las posibilidades apuntadas, han sido contempladas por los tribunales. La premisa en todo caso es, la valoración de la alteración sustancial de circunstancias que contempla el art 91, in fine del CC, y por consiguiente, la entidad y prueba de los hechos que se aleguen para fundamentar el cambio de medidas.

Sobre el abandono de la vivienda familiar posterior al otorgamiento judicial del uso, la SAP sec. 22^a de Madrid de 21 de enero de 1993, entiende que no puede mantenerse el derecho de uso cuando no se destina a satisfacer las necesidades de alojamiento, ocupándose esporádicamente "...solo acude a él esporádicamente, en el mejor de los casos en fines de semana, residiendo el resto en P., por razones no justificadas...". Admite así la concurrencia de una alteración sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en su momento. El mismo criterio sigue la SAP sec. 22^a de Madrid de 16 de abril de 1993, en el que el titular del derecho de uso pretende su arriendo, razón de prueba suficiente de su no ocupación.

Se ha admitido igualmente la modificación de medidas, cuando el piso ya no es ocupado por el anterior cónyuge sino por los hijos y sus nuevas familias. La razón es obvia, las personas e intereses que han de ser objeto de consideración, son exclusivamente los propios cónyuges o pareja y sus hijos comunes.¹¹⁷

En todos estos casos, el abandono tiene la nota de permanencia, de tal suerte que el cónyuge que pueda cubrir sus necesidades de alojamiento con el inmueble, puede instar el otorgamiento del uso de la vivienda familiar o solicitar en caso de no necesidad, la extinción del uso para liquidar la sociedad de gananciales o el bien concreto.

¹¹⁷ SAP de Alicante, sec. 5^a de 26 de noviembre de 1999.

En sentido contrario, cuando el abandono no es permanente y obedece a una situación circunstancial, como el carácter temporal de un contrato de trabajo que obliga a trasladarse de localidad al progenitor custodio y sus hijos, no se entiende producida una alteración sustancial de las circunstancias.¹¹⁸

Llama la atención que pese a un traslado voluntario del domicilio familiar a otra residencia, sin expresar causa objetiva de entidad, otras resoluciones pongan en este caso el acento en el interés de los menores en tener cubierta la opción de poder regresar a la vivienda familiar. La idea de que el domicilio en que reside la progenitora custodia y las menores pueda dejar de serlo “por circunstancias múltiples y variadas”, y pudieran regresar al mismo, cuando el progenitor no custodio solicita el uso de la vivienda familiar, es la razón expuesta por la SAP de Málaga sec.6ª, de 9 de mayo de 2001, para desestimar la modificación de medidas.

En relación al cambio de guarda y custodia y su incidencia en relación con la atribución del uso de la vivienda, no se produce una extinción automática sobre el uso de la vivienda. No es infrecuente que con el devenir de los años, el menor ya adolescente opte y manifieste otros deseos de convivencia que provoquen de mutuo acuerdo o en procedimiento contenciosos un cambio de la guarda y custodia. Cuando al mismo tiempo se interesa la atribución del uso de la vivienda familiar, en interés del menor, a priori salvo causa excluyente, se materializará la previsión del art. 96 del CC, con un cambio del derecho de uso.

Si son varios los hermanos menores, con un cambio de custodia respecto de uno de ellos, “el juez resolverá lo procedente” dispone dicho artículo. La lógica impone atender a las necesidades y posibilidades de alojamiento de uno u otro.¹¹⁹

¹¹⁸ SAP de Zaragoza, sec.4ª de 8 de noviembre de 2002.

¹¹⁹ SAP de Guadalajara sec.1ª de 9 de mayo de 2007.

Tal criterio es seguido incluso, concurriendo hermanos menores con otros mayores en periodo de formación dependientes económicamente, de suerte que no se considera que la atribución de la custodia al otro progenitor provoque un cambio "per se" de atribución de la vivienda, de tener este cubiertas sus necesidades de alojamiento.¹²⁰

Por último en este apartado procede apuntar la cuestión de los hijos mayores una vez alcanzada la mayoría de edad, en relación con la atribución del uso de la vivienda.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, introdujo el párrafo segundo al art. 93 del Código civil, con la finalidad de posibilitar el reconocimiento y la reclamación de los alimentos, dentro del propio procedimiento de familia.¹²¹

El titular del derecho no es el hijo mayor de edad, toda vez que la legitimidad procesal la ostenta es el progenitor que asume la carga familiar, quien ejercita un derecho propio a exigir del otro la contribución que le corresponde según el art. 93¹²².

¹²⁰ SAP de Madrid sec. 22^a de 14 de septiembre de 2001.

¹²¹ Art 93 del CC "El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código".

¹²² SSTS de 30 de abril y 30 de diciembre de 2000, y 12 de julio de 2014. Fuera de esta previsión legal "La legitimación en el proceso civil, se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende, lo que se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una "questio iuris" y no una "questio facti" que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse, con carácter previo, a la resolución del mismo pues

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2011, fija como doctrina legal que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3^a del artículo 96 del CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Hasta ese momento, eran numerosas las Audiencias Provinciales que no distinguían taxativamente entre hijos mayores y menores, de suerte que la protección contemplada para los hijos menores en el párrafo 1^a del art. 96 del CC se prolongaba alcanzada la mayoría de edad por estar los hijos en periodo de formación y no ser dependientes económicamente.

Este planteamiento ponía en relación el párrafo segundo del art 93.2 del CC con el art 142 del mismo texto, al tener la atribución del uso de la vivienda, encaje en la obligación alimenticia. Otras Audiencias Provinciales consideraban que los hijos mayores de edad no tenían ningún derecho preferente sobre la atribución del uso de la vivienda, por ser acreedores alimenticios.

Sostiene el Profesor RAMS ALBESA, que existe una práctica unanimidad en la doctrina en la admisión de que por la mayoría de edad, no se da una extinción de uso automática partiendo de que la exigencia básica que contempla el art 96 es la mera convivencia y

únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen. Se puede, por ello, estar legitimado y carecer del derecho que se controvierte. Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que en ocasiones, se confunda la legitimación (“questio iuris”) con la existencia del derecho discutido (que exige la comprobación de los quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”, por tanto, de acuerdo con este precepto, en los casos en los que se acciona con base en lo pactado en un contrato, sólo tendrán la condición de parte legítima, en primer lugar, por ser titulares de la relación jurídica, los contratantes y, en su caso, los terceros en favor de los cuales se haya pactado una prestación, y en segundo lugar, por atribuirles legitimación la ley, aunque no sean contratantes, los que ejerciten una acción directa o una acción subrogatoria”, SAP de Madrid sec. 13^a, de 28 de mayo de 2010.

dependencia. Por el contrario si la convivencia ya no responde a la nota de dependencia en sentido económico o de protección, el derecho se extingue¹²³.

La STS, de 30 de marzo de 2012, distingue entre el tratamiento legal y constitucional de los menores, una vez alcanzada la mayoría de edad y la desvinculación del derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación de alimentos del art. 93 alcanzada la mayoría de edad. La consecuencia es que el interés que ha de valorarse para determinar la atribución del uso de la vivienda familiar ya no es el de los hijos mayores de edad, sino el de los propios cónyuges¹²⁴.

“La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado”.

Lo expuesto permite llegar a la siguiente conclusión; la atribución de uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, pierde la justificación jurídica del otorgamiento, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad. Esto abre la vía a una modificación de medidas para determinar cuál es el interés más necesitado de protección, salvo que el convenio regulador o la sentencia contemplen tal eventualidad.

La atribución solo procederá cuando se demuestre que los hijos están en una situación de necesidad que justifique que los padres deban prestarles alimentos entre los que se encuentra la habitación (art 142 del CC)¹²⁵.

El transcurso del tiempo que contempla el párrafo 3º del art. 96 del CC.

¹²³ RAMS ALBESA J. *Comentarios al Código Civil* II vol. 1º, JM Bosch, Barcelona, 2000 pág. 1023.

¹²⁴ STS de, 11 de noviembre de 2013.

¹²⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, JR., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, *Familia y Sucesiones SEPIN*, 2º trimestre nº 99.

El supuesto concreto contemplado en el art- 96.3 para el caso de no haber hijos, permite extinguir el derecho de uso de carácter personal, por el transcurso del tiempo que prudencialmente fijo el juez, a favor del cónyuge no titular. La situación es equiparable a la pensión compensatoria y permitiría la extinción del uso de la vivienda por las mismas causas que se extingue la pensión compensatoria art. 101 del CC¹²⁶.

En este sentido, la SAP de Barcelona secc. 12^a, de 13 de diciembre de 2006, entiende que la equiparación económica de los ex cónyuges al percibir uno una pensión de invalidez y otro de jubilación, extingue el derecho de uso sobre la vivienda al no apreciarse un interés más necesitado de protección.

La división de cosa común

La venta del bien común o la liquidación del patrimonio ganancial, no genera por sí la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar, ni por tanto de su estatuto particular, salvo acuerdo de los ex cónyuges o pareja.

Sobre las posibilidades del mantenimiento o extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en relación con la liquidación o división de este bien, la jurisprudencia no ha mantenido una posición estable. En un primer momento la jurisprudencia puso el acento de la cuestión en la nota de permanencia que tiene la resolución judicial que bien en un procedimiento de mutuo acuerdo o contencioso, atribuía el uso de la vivienda familiar.

En este sentido la STS, de 3 de mayo de 1999, declaró la improcedencia de la “actio communi dividendo” (en el caso concreto no existían hijos menores) dada la subsistencia inalterada de la medida atributiva del uso, que impide acceder a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, añadiendo: “...partiendo del supuesto de que el referido convenio regulador (...) continúa plenamente vigente, pues no ha sido modificado por mutuo acuerdo entre los cónyuges (hoy divorciados), ni por resolución judicial firme, que inexcusablemente ha de ser dictada en el proceso en que se decretó el divorcio, careciendo de idoneidad procesal para ello el proceso al que este recurso se

¹²⁶ RAMS ALBESA, J., cit., pág. 1023.

refiere (que únicamente tiene por objeto la liquidación de la sociedad de gananciales), es evidente que el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida, en el que acuerda la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de la referida vivienda familiar, no es ajustado a derecho...”.

La SAP de Las Palmas, secc. 4ª, de 27 de enero de 2000, concreta que “...para que cese la situación de indivisión será preciso el consentimiento de ambos condueños o la correspondiente autorización judicial que deberá emanar del mismo órgano que atribuyó a aquélla el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación matrimonial...”.

En un segundo momento el ejercicio de la acción de división se ha venido admitiendo la posibilidad del ejercicio de la acción de división de acuerdo con el art. 400 con el mantenimiento de los derechos derivados del art. 96 del CC.

La STS de 27 de junio de 2007 abunda en la de 8 de mayo de 2006 “...la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la sentencia de 27 de diciembre de 1999 afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente, que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (...) y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser

modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó»...”¹²⁷.

La consecuencia de la doctrina expuesta es que la compatibilidad del ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar con la atribución de uso a uno de los cónyuges copropietario. Resulta posible incluso la venta en pública subasta del inmueble salvaguardando el derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuida judicialmente, que quedará debidamente garantizado en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 CC. (SAP de Asturias secc. 5ª, de 8 de mayo de 2000).

La STS de 27 de febrero de 2012, contempla la confrontación de los artículos 400 y 96 del Código Civil. “La casa que constituyó el hogar familiar se adjudicó al marido en la sentencia de divorcio, no en virtud del art. 96 CC EDL1889/1, porque el hijo está viviendo en Segovia, sino porque era el despacho profesional del marido y con la finalidad de que pagara la pensión de alimentos a su esposa e hijo...

Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación:

a) la referida a la acción de división, a la que el marido demandado no se opone, y b) la relativa al mantenimiento del derecho de uso al marido, por ser su interés el más digno de protección, según las sentencias de separación y divorcio.

a) El art. 400 CC EDL1889/1 recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el art. 400 CC EDL1889/1 que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código civil EDL1889/1 permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada por la ahora recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir.

¹²⁷ STS de 27 de junio de 2007.

b) Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento...

En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros”¹²⁸.

La introducción de una tercera persona en la vivienda familiar ya atribuida.

De todas estas causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, dice CARRERA MAÑAS que la más conflictiva es la referente a la introducción de una tercera persona en la vivienda asignada, pues conlleva problemas no sólo jurídicos sino también de orden, social, económico y de sentimiento del copropietario que esta fuere de la vivienda y que observa como otra persona (de ordinario una nueva pareja de su ex esposa) ocupa su vivienda, la cual incluso puede ser de titularidad privativa o propia de su familia que la cedió de forma gratuita con motivo del matrimonio o del inicio de la relación convivencial.

La introducción de terceros no acaba con la eventualidad de una nueva pareja. La realidad que reflejan los procedimientos de modificación de medidas es más amplia, desde la incorporación de otros miembros de la familia, abuelos, hijos de la nueva pareja, tíos, etc., hasta extraños en sentido propio, cuando se utiliza la vivienda familiar de hostel encubierto y se alquilan unas habitaciones.

Cuestión distinta es el perjuicio para los menores, que pueda suponer la incorporación de terceros al ámbito íntimo familiar, pues irremediabilmente pasan a convivir con ellos en la vivienda familiar. Esta situación, fuera del disgusto que pueda ocasionar al progenitor no custodio, obliga a estar al caso concreto y a la valoración en su caso de la entidad del perjuicio. En cualquier caso las situaciones de violencia familiar que afectan a los hijos menores o incapacitados directa o

¹²⁸ STS de 27 de febrero de 2012

indirectamente, pueden ser contempladas, sin perjuicio de la vía penal, mediante unas medidas provisionales art. 771 de la LEC en el marco de una modificación de medidas o dentro del art 158 del CC¹²⁹ que terminen no solo apartando al menor de un situación de peligro, sino modificando la inicial atribución del domicilio y acordarse la extinción de su uso.

Fuera de situación especial, señala el citado autor¹³⁰ que “...el mero hecho de que en la vivienda atribuida a un progenitor y a los hijos menores del matrimonio conviva otra persona, bien sea un familiar, bien sea una nueva pareja del progenitor custodio, no constituye causa de modificación y menos de extinción de la atribución del uso, pues el criterio esencial de atribución de la vivienda que fue el hogar o domicilio familiar es el beneficio y protección de los menores, de tal manera que la mera convivencia con otras personas en el domicilio familiar no es causa, por sí sola, que pueda perjudicar a los menores o que afecte al libre desarrollo de su personalidad del art. 10 CE. Es decir, el “favor filii” no resulta afectado por el simple hecho de la convivencia de otra persona en el domicilio familiar...”.

La situación planteada si bien puede no ser determinante para un cambio en la atribución del uso no oculta una realidad económica. Los

¹²⁹ Art. 158 del CC El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres. 2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. 3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor. 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

¹³⁰ CARRERA MAÑAS, JM., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”, cit., págs. 114 y 115.

gastos de la vivienda familiar fueron tenidos en cuenta en su momento, a la hora de fijar los alimentos a cargo del progenitor no custodio. Por tanto todas las situaciones ajenas al ámbito subjetivo estricto de la familia, deberían quedar igualmente fuera. En este sentido admiten los tribunales que esta situación permita ponderar un ajuste en las pensiones alimenticias, siempre lo consideremos una alteración sustancial de las circunstancias, con la consiguiente reducción de la pensión de alimentos.

En este sentido, la SAP Madrid, secc. 24.^a, de 11 de diciembre de 2008 determina: "... El mencionado precepto del Código Civil, en la interpretación más extendida en la jurisprudencia de las Audiencia Provinciales y en la doctrina científica, reviste un carácter imperativo que no permite su modulación, ni autoriza que la vivienda quede en posesión del cónyuge que carece de la guarda y custodia. Pero es que, aunque admitamos a efectos meramente dialécticos la posibilidad de que los Jueces ponderen los intereses concurrentes para atribuir el uso y disfrute de la vivienda conyugal al más necesitado de protección ninguna de las pruebas practicadas en las actuaciones permite entender que el interés del padre se encuentre en peor situación que el de los hijos o el del otro cónyuge, y que, por tanto, es acreedor de una mayor tutela y protección judiciales pues la situación convivencial a la que se alude no conlleva otras consecuencias jurídicas que las extintivas de la pensión compensatoria pero no implica una modificación o alteración sustancial de las circunstancias y razones que en su día el juzgador tuvo presente para otorgar el uso a la esposa...".

En similar sentido la SAP Barcelona, secc. 12.^a, 394/2008, de 3 de junio de 2008 señala, "... Según se infiere del contenido del convenio regulador de los efectos de su separación, el uso de la vivienda familiar le fue atribuido a la ahora apelada en función de haberle sido otorgada la guarda y custodia de los hijos, con lo que dada la dicción literal del precepto que lo que contempla es la atribución preferente, no obligatoria, mientras la guarda dure, sin que a ello sea óbice que la Sra.... pueda no sólo convivir maritalmente con otra persona, sino, incluso, convivir con quien haya contraído matrimonio, por cuanto nos encontramos, ahora, en un procedimiento de divorcio que al haberse declarado, por el mismo, la disolución del matrimonio de los ahora litigantes, le habilita para poder volver a contraer uno nuevo, y sin, que

lógicamente, obste a que cualquiera de los copropietarios pueda instar, en cualquier momento, la división del bien común ...".

Este criterio excluyente *a priori* de una extinción automática de la atribución de uso concedido, no está exento de otros criterios jurisprudenciales.

La SAP de Almería secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2007, sobre lo fijado en convenio sin cláusula específica sobre terceros señala "resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso, del Código Civil), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyo el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando".

Si la sentencia anterior fijaba el cambio de titular de uso, con una interpretación integradora del convenio regulador suscrito, la SAP de Barcelona secc. 12ª, de 6 de octubre de 2004, contempla la cuestión desde un pacto expreso, admitido en su día en un convenio regulador. Se acuerda en él, la extinción del derecho uso, de existir una "...convivencia derivada de la unión de cualquier forma y clase que fuera con otra persona...", pacto que considera válido y su contingencia acreditada, al considerar probada una convivencia que excede de la buena amistad, razón por la que estima el recurso.

Como argumento de refuerzo en la extinción del derecho de uso, es utilizado, por la SAP. de Palencia de 3 de octubre de 2010, que añade a la introducción de tercero, en este caso un nuevo matrimonio con un hijo en común, siendo mayores los emolumentos de la nueva pareja y ya mayor de edad la hija el primer matrimonio.

Describe CARRERA MAÑAS la especial situación de injusticia que puede surgir, “...ya que uno de los cónyuges se queda en la casa con sus hijos y con su nueva pareja, mientras que el otro sale de la casa, tiene que buscar una nueva residencia, no puede disponer de su vivienda e incluso puede que tenga que pagar la hipoteca sino lo hace su esposa y teme perder la vivienda que puede ser su único patrimonio” y se plantea si ¿cabría la posibilidad de adoptar otras medidas alternativas?¹³¹

El citado autor apunta su posibilidad y solución: “Se trataría, por ejemplo, de la fijación de un resarcimiento económico al copropietario por el uso de la vivienda por el tercero que convive en su domicilio. Así lo estableció la Audiencia Provincial de Madrid, en Auto de 16 de julio de 2002. En esta resolución, resulta probado el uso por parte del tercero en la vivienda familiar con carácter estable y duradero, y advertida la esposa de la imposibilidad de hacer extensivo el derecho de uso de la vivienda, se fijó esta indemnización. Otra alternativa se referiría a instar la liquidación de la vivienda. No se trata de cambiar la atribución del uso, sino que se insta a las partes a liquidar la vivienda ganancial. Con esto no se quiere decir que absolutamente en todas las modificaciones planteadas por este motivo deba adoptarse esta medida, sino únicamente cuando el interés del menor resulte adecuadamente garantizado, pues no parece que tenga ningún sentido favorecer a una de las partes en detrimento de la otra, pero sí evitar el abuso y enriquecimiento injusto derivado del hecho de que una parte se queda con el uso de la casa, con la custodia de los hijos y en situación de convivencia en la vivienda de la que es mera usuaria con su nueva pareja, mientras que el otro cónyuge se queda sin casa más allá, en el mejor de los casos, de su liquidación, pero con la circunstancia de que la acción de división debe de respetar el derecho de uso, como hemos visto”.

Este planteamiento no deja de ser un intento dentro del marco legal, de buscar soluciones parciales a la rigidez del art. 96 del CC, cuya reforma es solicitada desde distintos ámbitos profesionales.

¹³¹ CARRERA MAÑAS, JM., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”, *Manual de formación continuada*, cit., págs. 114 y 115.

Si nadie discute que una persona puede rehacer su vida sentimental y que en esta situación puedan venir acompañados estos terceros con descendencia de otra relación, tampoco se puede discutir que este nuevo núcleo familiar tenga una nueva convivencia en común, en la vivienda que sigue dando cobertura al menor y al progenitor custodio a tenor del art. 96 del CC. El que la realidad ponga de manifiesto situaciones en que la primitiva vivienda familiar pasa a ser vivienda familiar de otros núcleos familiares, no deja de reflejar sino la falta de respuesta legal a la cuestión. La identificación del interés del menor (de la primera relación) con la vivienda familiar, sin contemplar otras posibilidades, parece que solo aboca a falta de acuerdo, a la posibilidad de plantear una disminución de la pensión de alimentos respecto a los gastos de la vivienda, que ahora pasa a tener más ocupantes ajenos al primitivo núcleo familiar.

Cuestión distinta, es la permanencia de miembros del primitivo núcleo familiar, que crean a su vez otras unidades familiares independientes de las que su momento determinaron la atribución del uso de la vivienda.

“El TS declara no haber al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP que estimó la apelación y revocó la sentencia de primera instancia desestimatoria de la acción de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por cesión in consentida. La parte demandante ejercitó acción de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda con fundamento legal en el artículo 114.5.^a de la LAU de 1964. La demanda se fundamentó en que la arrendataria, a la cual se le había atribuido, junto con sus dos hijas menores, el uso y disfrute de la vivienda arrendada por sentencia de divorcio, no residía en la vivienda objeto de arrendamiento, al vivir con su pareja sentimental en otra localidad y ocupaba la vivienda, sin consentimiento previo de la sociedad arrendadora, su hija con su compañero sentimental y la hija de ambos, como unidad familiar independiente de su madre. La Sala mantiene el criterio de la Audiencia ha concluido que la arrendataria cedió, sin el consentimiento preceptivo de la arrendadora, la vivienda objeto de arrendamiento durante al menos dos años, en los cuales residió en otra localidad, no por razones laborales o profesionales como mantiene la parte recurrente, sino por razones matrimoniales al haber contraído nuevo matrimonio. Asimismo, la cesión realizada en favor de su hija así como de su pareja sentimental y la hija menor de ambos, los cuales conformaban una unidad familiar independiente, tampoco encuentra

fundamento en la dependencia económica de estos respecto de aquella por cuanto que la ausencia constatada comporta que cada uno viviese de forma autónoma e independiente. De estos hechos probados, y que resultan inamovibles en fase de casación, la conclusión es la de la introducción de terceros, por parte de la titular arrendataria, en la vivienda arrendada sin el necesario consentimiento por parte de la arrendadora”¹³².

4. Los gastos derivados del uso de la vivienda familiar

Son numerosos los gastos, en sentido genérico, que están ligados a la vivienda familiar, a la titularidad de la misma o a su uso. Hay gastos que se satisfacen al Estado o Administración como los impuestos, gastos que se pagan a terceros, como las cuotas de los préstamos hipotecarios para su adquisición, los suministros de la vivienda, arriendos o ligados a la relación de copropiedad especial derivada de una propiedad horizontal. Otros obedecen a una actuación propia, como los gastos o mejoras realizados por los cónyuges o pareja de hecho en la vivienda. Lógicamente estos gastos existen, haya o no una crisis familiar, y a ruptura de la convivencia no va a ocasionar ni su interrupción ni su obligación de pago, unida de modo indefectible a la vivienda.

Como punto de partida ha de indicarse que el obligado al pago de un gasto, es el titular de la relación jurídica concreta. Todos estos gastos tienen un régimen jurídico concreto, que delimita quien va a ser el sujeto activo y el pasivo, sin perjuicio de la relación interna o decisión judicial que se pueda adoptar en el seno de un procedimiento de familia.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre la atribución de uso de la vivienda familiar en relación con el art 96 del CC¹³³ tiene entre sus

¹³² STS de 17 de noviembre de 2011.

¹³³ Cuando no hay acuerdo entre los progenitores, el uso de la vivienda familiar debe atribuirse a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden. (STS de 30 de septiembre de 2011).-El art 96 es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras porque el interés que se protege no es la propiedad sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja y no puede ser limitada salvo lo establecido en el art 96 del CC. “...una interpretación correctora implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español arts. 14 y 39 CE y que

contrapartidas la determinación del sujeto obligado al pago de los gastos de la vivienda y sus consecuencias, pues de igual modo que la atribución del uso no depende de las titularidades sobre la vivienda, los gastos tampoco dependen estrictamente de la titularidad.

Como es sabido, la vivienda genera gastos, que en la *praxis* se hacen depender según los conceptos, de la titularidad del derecho de uso o de la titularidad dominical. Cuando la atribución del uso no corresponde con la titularidad del inmueble, surgen los problemas. En el plano personal se incrementan los sentimientos de agravio, en el económico se puede producir una asfixia económica para mantener un patrimonio inmobiliario, bajo la aparente premisa de que el interés del menor, necesariamente se vincula a la vivienda familiar, en el plano procesal o de contienda jurídica se incrementan las incidencias en ejecución de sentencia y las modificaciones de medidas.

CARRERA MAÑAS¹³⁴ entiende que en la respuesta de esta cuestión ha de diferenciarse el tipo de gasto para poder conocer el deudor obligado a su pago, por ello considera;

“1. Los gastos que se refieren al *mero uso* de la vivienda, como serían los supuestos de luz, agua, limpieza, teléfono y semejantes, deben de ser abonados por el cónyuge que a los efectos del art. 96 CCV tiene asignado el uso y disfrute de la vivienda junto con los hijos menores; y ello sin perjuicio de valorar el abono de estos gastos como parte de la prestación alimenticia de los hijos a los efectos del art. 142 CCV.

2. Los gastos que se refieren a la *propiedad de la vivienda*, deben de ser abonados por ambos cónyuges por mitad tanto en el caso de régimen ganancial, como de separación de bienes o en la proporción en la que cada esposo sea propietario de la vivienda, pues son gastos que derivan de la propiedad del inmueble y no deriva de su mero uso. Este sería el caso como criterio general: de los impuestos como el IBI, de los pagos debidos en el Impuesto del patrimonio o del derecho real de hipoteca. No obstante, en este punto debe de estarse a lo que se resuelva judicialmente en cada caso concreto, por ejemplo, en función

después ha sido desarrollado en la Ley Orgánica de protección del menor” (STS de 21 de junio de 2011, 1 de abril de 2011).

¹³⁴ CARRERA MAÑAS, J.M., *Persona y Familia*, SEPIN septiembre de 2008, nº 80 págs. 5 y 6.

de que la vivienda pueda ser privativa de uno de los esposos o si se compró por uno de ellos de soltero y sólo uno constituyó la hipoteca o cuando, pese ser ganancial el inmueble, la hipoteca la paga sólo uno de ellos y a resultas de la liquidación del activo y del pasivo ganancial.

3. Una específica mención merece el pago de las *cuotas de la comunidad* de propietarios a los efectos del art. 9 LPH. En principio, serían unas cuotas que derivan de la propiedad del inmueble y de la participación del elemento privativo en los elementos comunes (art. 5 LPH y art. 396 CCV); por lo que se trataría de un gasto de la propiedad y no del mero uso. Sin embargo siendo más puristas considero que debían de distinguirse entre: "las cuotas ordinarias", que se refieren a meros gastos de mantenimiento y conservación del inmueble, así como de limpieza, ascensor, luz, agua comunitaria etc., que se deben de abonar por el cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda, de las "cuotas extraordinarias" que se refieren a arreglos de fachada, tejado, cambio de ascensor etc., que se refieren a la propiedad y que afectan al valor y existencia del inmueble, por lo que deben de ser abonados por los propietarios del inmueble y en proporción a su propiedad. En relación con esta cuestión puede considerarse por analogía lo dispuesto en el art. 501 CCV."

El orden y comentarios del autor, nos sirve de criterio para desarrollar someramente esta clasificación:

- a) Gastos relacionados con el uso. Los suministros (agua, gas, teléfono, luz)

Este tipo de gasto, es el que menos problemas plantea. En la encuesta publicada en SEPIN en septiembre de 2008¹³⁵ se evidencia que "los gastos de una vivienda familiar atribuida a los hijos menores y al progenitor custodio ¿Quién ha de abonarlos?", los encuestados hacen recaer este gasto en el usuario que ocupa la vivienda familiar. Dirección seguida por la jurisprudencia menor. La justificación de este sentido jurisdiccional, se apoya en razones de lógica y justa correspondencia, al tratarse de gastos originados por quien recibe el beneficio exclusivo.

Destacan los autores citados en la encuesta, que el importe de los gastos ya estuvo presente o fue contemplado en la sentencia que fijo

¹³⁵ *Persona y Familia, SEPIN* septiembre de 2008, nº 80, págs. 4 a 10.

los alimentos para los hijos que ocuparían la vivienda, o en el propio convenio regulador que fijó la cuantía de alimentos, salvo que se estableciera alguna particularidad al respecto. La SAP de Madrid secc. 24^a, de 20 de febrero de 2006, con idéntico criterio recuerda que tales gastos ya están contemplados en la pensión alimenticia y compensatoria cuando permite suficientemente afrontarlos.

En consonancia, la asunción de tales deudas por el usuario, no tiene repercusión en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, y no puede reconocerse crédito alguno, no así, si en interés de los hijos, no obstante los alimentos fijados, fueron asumidos aquellos gastos por el cónyuge no deudor.

La SAP de Madrid, secc. 22^a, de 14 de septiembre de 2004, recuerda que tales gastos no pasan al pasivo y no pueden recaer sobre quien no ha sido el beneficiario. "El derecho de uso que regula el artículo 96 CC confiere al cónyuge adjudicatario la facultad de ocupar el inmueble sede de la vida familiar, junto con la prole en su caso, a los fines de satisfacer sus necesidades cotidianas de alojamiento; en lógica correlación con tales facultades, han de recaer sobre el beneficiario del uso las cargas y gastos que sean inherentes a la ocupación del inmueble, en cuanto originados por quienes moren en el mismo y redunden en su exclusivo beneficio. Así acaece con los derivados de los servicios de luz, agua, calefacción, gas, teléfono o cuotas ordinarias de comunidad, pues no sería lógico, ni ajustado a derecho y equidad, que tales gastos, salvo que así lo acuerden los cónyuges, recaigan sobre el titular dominical de la vivienda que no detenta su disfrute ni, en consecuencia, utiliza los referidos servicios...".

Sobre la concreción de los conceptos que integran tales gastos, la SAP Murcia, secc. 1^a, de 10 de julio de 2007, resuelve: "Respecto a qué conceptos se integran en el de "gastos de mantenimiento" no los precisa la sentencia ni resulta del proceso, pues no eran reclamados en la demanda por la actora inicial. No se trata de una partida que suela ser incluida en los procedimientos de familia a cargo del progenitor no custodio, pues los gastos derivados de la utilización de la vivienda (donde se incluyen, además de los relativos a consumos de agua, gas y electricidad, los de comunidad de propietarios), se consideran que han de ser atendidos por quienes la habitan."

b) Gastos que refieren a la propiedad (hipoteca, IBI, impuestos)

La compraventa mediante la contratación de un préstamo hipotecario es el modo más habitual en la adquisición de viviendas. Hace muchos años que desaparecieron las letras de cambio para tal fin. El matrimonio o la convivencia como pareja, convierten a la vivienda de inicio en familiar o asumen este carácter con el devenir del tiempo, tras fincas, que se van adquiriendo cuando las necesidades lo exigen y las posibilidades lo permiten.

La naturaleza jurídica de la hipoteca que pesa sobre la vivienda, hacia concebir esta como una carga o una deuda de la sociedad de gananciales, cuestión doctrinal zanjada con la STS, de 28 de marzo de 2011¹³⁶.

En principio la hipoteca ha de ser asumida por los propietarios, o mejor dicho por quienes asumieron su obligación, con independencia de titulares. Ninguna duda surge si la vivienda familiar pertenece a terceros. Si el matrimonio es cotitular de la vivienda, a ambos cónyuges corresponderá el pago del préstamo hipotecario en la misma proporción en que son cotitulares. Lo contrario supone el pago por un copropietario y la consiguiente operación de liquidación. Sobre esta proporción ya consideraba innecesaria la liquidación y reintegro posterior, que podía haberse evitado, la SAP de Barcelona secc. 18^a, de 29 de junio de 2004.

Si la vivienda es privativa, parece lógico que sea el propietario quien deba asumir en exclusiva la amortización aun cuando el préstamo sirviera de reforma y rehabilitación (SAP de Huelva, de 13 de noviembre de 2007).

No obstante esta distinción genérica entre; propiedad privativa, propiedad ganancial, con la particularidad del bien comprado a plazos arts. 1354 y 1357 del CC, y la deuda de la sociedad de gananciales, que esta masa asume, hace que la jurisprudencia menor no haya dejado de

¹³⁶ En la STS, de 28 de Marzo de 2011, se unifica el criterio, estableciendo que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales. Atendiendo a dicha doctrina la hipoteca no constituye una carga del matrimonio y ha de ser satisfecha por ambos cónyuges al cincuenta por ciento, con independientemente de los ingresos individuales de cada uno. Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil, que no puede ser considerada carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión le reconocen el artículo 90, 91 y sigs. del Código Civil.

particularizar situaciones, en concreto en cuanto a la finalidad o destino del préstamo hipotecario y la capacidad económica de los cónyuges. Así cuando el préstamo hipotecario que grava la vivienda, no se constituye o no responde al sostenimiento de una carga familiar, tratándose de una refinanciación del crédito que afecta al capital y a plazo, no se considera carga familiar, se exime entre los cónyuges de la exigibilidad de la obligación de contribuir (SAP de Guadalajara secc. 1^a, de 12 de enero de 2006).

La incapacidad económica de uno de los cónyuges, y la proporción de recursos propios, con la taxativa norma del art 96 también ha permitido en la jurisprudencia menor, contemplar la posibilidad de una redistribución en la forma de su pago, o pago en exclusividad, con el consiguiente derecho de crédito en el proceso de liquidación del patrimonio ganancial, por las cantidades pagadas por uno de los cónyuges, pero de cuenta del patrimonio ganancial (SAP de Madrid secc. 22^a, de 26 de octubre de 2007).

Al hilo de la doctrina sentada por el tribunal Supremo, sobre el art. 96 del CC, es sabido que si no hay acuerdo entre los progenitores, que imponga que el uso de la vivienda familiar, esta debe atribuirse a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden. De igual modo reitera el Alto tribunal, que estamos ante una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras, porque el interés que se protege no es la propiedad de los cónyuges, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja (SSTS, de 30 de septiembre de 2011, STS de 21 de junio de 2011, 1 de abril de 2011).

Si a esta doctrina se une el efecto lógico de una escisión del primitivo núcleo familiar, siendo necesario cubrir ahora más necesidades de alojamiento, y la coexistencia de un préstamo hipotecario elevado, la realidad aboca en numerosos casos a una imposibilidad material de satisfacer aquellas cuotas mensuales con otras obligaciones que surgen tras la ruptura. Si los antiguos cónyuges o pareja no son conscientes de la realidad o intencionadamente alguno fuerza la situación, la consecuencia no puede ser más desastrosa, precisamente para los menores a los que se trata de proteger. En última instancia no hay que olvidar que la ejecución hipotecaria es más expeditiva que la ejecución en un juzgado de familia. La equiparación a ultranza de que el interés del menor, se identifica necesariamente con la vivienda familiar, implica indirectamente la pérdida del patrimonio familiar con el consiguiente perjuicio para los menores.

Como resulta sabido el título de uso de la vivienda familiar, no va a ser oponible en una ejecución hipotecaria, ni le va a permitir continuar en el uso, cuando lo que se ejecuta es una inscripción anterior.

Señala la STS, de 22 de abril de 2004, la atribución del uso, no es un superprivilegio que altere el título de ocupación o que purgue de cargas de la finca que antes estuviese hipotecada: “Tampoco la sentencia de separación puede vincular al acreedor hipotecario y menos a la adjudicataria que, a todos los efectos, están amparados por el principio de fe pública registral (art. 34 de la L.H.). En el ámbito patrimonial la sentencia de separación no puede afectar al adjudicatario”.

Con respecto al IVI y otros impuestos sobre la vivienda, se conciben como un gasto de la propiedad con un régimen jurídico propio, lo que determina su imposición al propietario. De tratarse de un tercero propietario de la vivienda, ninguna duda se aprecia respecto al sujeto obligado al pago, sin perjuicio de la reclamación o repercusión conforme a lo pactado que el titular pudiera hacer. Por tanto, resulta improcedente como indica la SAP de Burgos secc. 2ª, de 15 de febrero de 2005, imponer el pago a uno de los cónyuges. De ser la vivienda ganancial, el pago de los gastos e impuestos relativos a la propiedad será satisfecho por ambos, (al resultar propietarios) sin que para ello sea preciso que conste expresamente en el fallo de la sentencia tal pronunciamiento “por corresponder a la normal aplicación del derecho civil” (SAP de Valencia secc. 10ª, de 20 de enero de 2005)¹³⁷.

El Tribunal supremo considera que el pago del impuesto sobre bienes inmuebles es un impuesto que recae sobre el derecho de propiedad no sobre la posesión¹³⁸.

Sobre la tasa de basuras, no obstante la normativa administrativa específica, parece evidente dice la SAP de Málaga de 30 de abril de 2009, que si el beneficiario del servicio público es el usuario de la vivienda, y tratándose de una tasa municipal, el sujeto pasivo implica que ha de ser abonada por el ocupante. No obstante la SAP de

¹³⁷ En similares términos; la SAP de Madrid, secc. 22ª, de 14 de septiembre de 2007, SAP Murcia, Secc. 1ª, de 10 de julio 2007, SAP Sevilla, Secc. 2ª, de 30 de marzo de 2007, y SAP Madrid, Secc. 24ª, de 20 de febrero de 2006.

¹³⁸ STS de 1 de junio de 2006.

Alicante de 9 de febrero de 2006, lo considera un gravamen ajeno al uso correspondiendo al titular de la vivienda.

c) Gastos derivados de la Comunidad de Propietarios.

Si estamos ante una comunidad de propietarios en sentido estricto, parece obvio estimar que las obligaciones legales derivadas de la LPH¹³⁹, corresponden al propietario del que se presume su uso¹⁴⁰ sin perjuicio de que otras personas puedan disfrutar por otros títulos el inmueble.

El obligado al pago para la LPH es el propietario, que ha de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble y de aquellos servicios no susceptibles de individualización. Lo pactos al respecto solo despliegan sus efectos entre las partes y en consecuencia la relación entre el ocupante con el propietario y los pactos que puedan tener, no vinculan a la comunidad de propietarios. Igual suerte corre el título judicial de ocupación de la vivienda frente a la comunidad. De este modo la comunidad de propietarios nada tiene que decir respecto a quién le corresponde el uso de la vivienda, entre dos personas que discuten el mismo, pero sí tiene claro legalmente frente a quien formula una demanda por cuotas impagadas y que consecuencias contempla para tal eventualidad la LPH¹⁴¹.

¹³⁹ LPH Art 9. 1. Son obligaciones de cada propietario: e) Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. f) Contribuir, con arreglo a su respectiva cuota de participación, a la dotación del fondo de reserva que existirá en la comunidad de propietarios para atender las obras de conservación y reparación de la finca y, en su caso, para las obras de rehabilitación... El fondo de reserva, cuya titularidad corresponde a todos los efectos a la comunidad, estará dotado con una cantidad que en ningún caso podrá ser inferior al 5 por ciento de su último presupuesto ordinario.- Con cargo al fondo de reserva la comunidad podrá suscribir un contrato de seguro que cubra los daños causados en la finca o bien concluir un contrato de mantenimiento permanente del inmueble y sus instalaciones generales.

¹⁴⁰ LH Art. 38. A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.

¹⁴¹ LPH Art 21. 4. Cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, podrá dirigirse contra él la

No obstante el punto de partida en esta cuestión es la distinción entre dos tipos de gastos de comunidad: En primer lugar los correspondientes a las cuotas ordinarias, como pueden ser, gastos referidos al mantenimiento del inmueble, servicios comunes, cargas asociadas al uso y aprovechamiento del inmueble. Estamos hablando como dice la SAP de Madrid, de 28 de junio de 2010, de aquellas que tienen por objeto cubrir económicamente una serie de servicios tales como portería, limpieza, luz, mantenimiento de zonas comunes. En segundo lugar se encuentran las cuotas que obedecen a gastos extraordinarios, como son las obras extraordinarias para la conservación o mejora del inmueble, derramas extraordinarias, cargas etc.

Cuando la jurisprudencia y la doctrina distinguen ambas figuras, entienden que los gastos ordinarios guardan especial relación con el uso y disfrute cotidiano del inmueble, y los gastos extraordinarios, por su parte guardan relación con la propiedad, aunque el destino de la derrama u obra pueda aprovechar al usuario.

Partiendo de esta distinción se puede decir que existe una mayor coincidencia de aquellas resoluciones que establecen tal distinción y sostienen que los gastos extraordinarios o aquellos que obedezcan a obras o reparaciones, refieren a la propiedad y deben de ser atendidos por ambos propietarios o por el propietario exclusivo del inmueble. (SAP de Barcelona, secc. 12, de 19 de diciembre de 2007 y de 27 de octubre de 2004, SAP de Pontevedra secc. 3ª, de 17 de julio de 2007).

No obstante esta distinción, la STS de 25 de mayo de 2005, declara que conforme al art. 9 de la LPH es el cónyuge propietario, aunque no utilice el inmueble el que está obligado a obligación de pago de los gastos comunes. "El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación del artículo 1396.3 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha excluido del pasivo del inventario la partida

petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actual propietario. Asimismo se podrá dirigir la reclamación contra el titular registral, que gozará del mismo derecho mencionado anteriormente. En todos estos casos, la petición inicial podrá formularse contra cualquiera de los obligados o contra todos ellos conjuntamente.

correspondiente al crédito de la esposa por los pagos hechos a la Comunidad de Propietarios a la que pertenece la vivienda conyugal, con base en que la recurrente "es la única que viene usando y disfrutando de la citada vivienda y de sus servicios y suministros", sin embargo esta explicación carece de apoyo legal, pues, según el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos, sin distinción entre los comunes por naturaleza y por destino, que sean necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, de manera que la no utilización de un elemento común no exime del pago de los gastos generados en su mantenimiento, salvo acuerdo de la Junta, determinación en el Título constitutivo o en los propios Estatutos"¹⁴².

HIJAS FERNÁNDEZ¹⁴³, señala que no parece sin embargo ajustado a equidad que el cónyuge que no usa el inmueble tenga que abonar en su totalidad o en parte los referidos gastos, en cuanto derivan de servicios que tan solo benefician a un cónyuge. Al efecto pone en relación la cuestión con la regulación legal del derecho de uso y habitación, que guarda evidentes similitudes, significando que el art. 528 del CC, previene que el usuario está obligado a hacer las relaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en uso, considerando como ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural y sean indispensables para su conservación, por ello entiende que los gastos ordinarios deben ser satisfecho por el cónyuge que usa el inmueble.

¹⁴² *Persona y Familia, SEPIN* junio de 2008, nº 78 pág. 43.

¹⁴³ HIJAS FERNÁNDEZ, E., *Persona y Familia, SEPIN* junio de 2008, nº 80, págs. 6 y 7.

La SAP de Asturias secc. 1ª, de 26 de enero de 2004, tras recordar que no existe precepto legal que imponga al ocupante de una vivienda, cuyo uso fuera judicialmente concedido por razón de anterior matrimonio o unión de hecho, pagar los referido gastos comunes o generales de la vivienda ocupada, señala que el art. 96 en relación con los arts. 102 y 103 del Código Civil deja a voluntad de las partes tal cuestión y en su defecto a la decisión judicial.

Como conclusión basta añadir que las posiciones jurisprudenciales sobre los gastos ordinarios son diversas. Baste, como botón de muestra, las siguientes posiciones contrarias¹⁴⁴:

- a) La obligación de pago corresponde al propietario del inmueble.

La SAP Málaga, Sec. 6.ª, de 31 de octubre de 2007, destaca "Por lo que concierne a la disconformidad mostrada por el apelante con los gastos comunitarios de la vivienda familiar que se le imponen satisfacer, cierto es que por algún sector de la jurisprudencia menor, sin establecer distinción en la naturaleza ganancial o privativa del inmueble, al dictado de alguna de las resoluciones a que se refieren los artículos 91 y 103 del Código Civil, en relación con el 453 del mismo Cuerpo legal, acerca de la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal, se resuelve que sea el cónyuge ocupante al que corresponde abonar los gastos expresados, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto a favor del ocupante SS. de las Audiencias Provinciales de Asturias (Sección 5.ª) de 31 de enero de 2006, de Toledo (Sección 2.ª) de 16 de diciembre de 2005 y de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) de 24 de noviembre de 2006 -, no siendo esta la línea que se sigue por este tribunal, habida cuenta que si el inmueble tuviera naturaleza ganancial, conforme a lo prevenido en los artículos 1362.2 y 1385.2 del Código Civil, de ello surgiría la obligación de soportar la carga de abonar los controvertidos gastos comunitarios, sin que el cónyuge usuario exclusivamente pueda convertirse frente a la Comunidad en responsable del pago a que se refiere el artículo 9.1.e) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, dado que en el marco de esta normativa legal especial la obligación recae sobre el "propietario", de manera que si el abono lo efectuara el usuario, su licitud podría derivar de la norma contenida en el artículo 1158 del Código Civil referido al pago por tercero, de manera que si no lo

¹⁴⁴ "Persona y Familia", *SEPIN* junio de 2008, nº 78 págs. 43 y 46.

hiciera, la Comunidad de Propietarios habría de dirigir su reclamación contra quien aparezca como propietario, cual es, al parecer, según defiende el recurrente en apelación, única y exclusivamente, el marido al sostener ser la vivienda de naturaleza privativa, no ganancial, coligiéndose de ello que de ser así, la atribución judicial del uso del elemento privativo al cónyuge no propietario podría considerarse como una "res inter alios" que no libera al dueño de la obligación legalmente impuesta respecto de ésta, y así, aun cuando la Comunidad de Propietarios girase los recibos a la usuaria, no estaríamos ante una novación subjetiva consentida por la Comunidad que supusiera liberación del propietario y sí, a lo sumo, de una asunción cumulativa de deuda o de refuerzo, en la que un nuevo deudor asumiría solidariamente con el primitivo y sin correlativa liberación de éste las obligaciones que antes eran exclusivas del mismo, procediendo, en su consecuencia, que la obligación debatida ha de recaer sobre el titular registral, a la sazón el marido, encontrando esta conclusión del tribunal de alzada cobertura en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005".

b) La obligación de pago corresponde al usuario

Señala la SAP Madrid, Sec. 24.^a, 23 de marzo de 2006: "A partir de la sentencia de separación queda disuelta "ex lege" la sociedad económica de gananciales, por lo que, hasta que se proceda a la definitiva disolución de la misma, surge una comunidad post-matrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen (como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 21-11-87, 8-10-90, 7-2-92, 23-12-93 o 31-12-98, entre otras) ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial, pero no una cuota concreta sobre los bienes que la integran. Ello supone, de una parte, la posibilidad de que uno de los copropietarios pueda servirse de las cosas comunes, en las condiciones previstas en el art. 394 CC, y de otra que cada uno de ellos deba contribuir a los gastos necesarios, en igual medida, pero sin que tal contribución deba ser necesariamente rígida y por mitad en relación con cada uno de los bienes. Aplicando lo dicho al presente caso y a sus concretas circunstancias, hay que entender que, dado que la sentencia de separación atribuyó al esposo el uso de la vivienda común, como progenitor custodio este de hecho pasó a ocuparse de los gastos corrientes de mantenimiento de la vivienda en la que vivía y de la que disfrutaba, lo que quedaría reflejado en la sentencia de

separación al no establecerse a cargo de ninguno de ellos obligación de atender de otra manera a las cargas familiares”.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR CONCEDIDO POR RESOLUCION JUDICIAL

1 PLANTEAMIENTO LEGAL

No resulta un tema pacífico determinar cuál es el auténtico contenido del derecho de uso otorgado en virtud del art. 96 del Código Civil. En definitiva, su calificación y naturaleza jurídica son, cuando menos, dos elementos críticos en la materia.

Repasemos, al efecto, el dictado legal del art. 96 del Código Civil. *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 alguno de los hijos quede en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.- No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.-Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial¹⁴⁵.*

¹⁴⁵ En la materia la Profesora MARTÍN MELÉNDEZ, destaca por su pluralidad de publicaciones en la materia y el análisis sistemático del artículo del CC., así, en particular y entre otros, cabe destacar el volumen titulado *Compraventa financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 2002, o los artículos “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, *AC*, 19, 2005, “Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), *RCDI*, 1996; y también, entre otros, “Comentario a la Sentencia de 16 de diciembre de 1995”, *CCJC*, 41, 1996. En este sentido mi Maestra, ha estudiado una de sus obras señeras en la materia como es MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículo 96 p. 1, 2 y 3 del CC): Teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas-Aranzadi, Madrid, 2005, MORETÓN SANZ, *RDUNED*, 1, 2006, págs. 553 y sigs.: Si MARTÍN MELÉNDEZ en su monografía titulada *Compraventa financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, analizaba

La parquedad del Código Civil, queda en evidencia si comparamos el art. 96 recién transcrito, con la detallada y puntillosa regulación de la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículos 233-20 al 233-25, tanto que desciende casi al grado reglamentario. Cuestión esta última, que no empece su utilidad para cualquier operador jurídico. Al contrario, aporta certeza y seguridad legales.

Sin embargo, y pese a lo recién expresado, conviene tener presente en este momento su tenor literal. Apréciese:

*Artículo 233-20. Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.
1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda*

tanto el supuesto de su adquisición —previa al comienzo de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges— mediante compraventa con plazos concedidos por el propio vendedor como la realizada mediante préstamo hipotecario, en este nuevo volumen que ahora se comenta aborda, específicamente, el destino de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimoniales. Como recoge la Profesora MARTÍN MELÉNDEZ en el título de esta nueva monografía, la materia está presidida por los criterios legales previstos en el artículo 96 del Código civil. Este precepto, cuya redacción se remonta a la operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y que no ha sido afectado por las últimas reformas en materia de matrimonio y divorcio, determina los criterios atributivos en cuatro párrafos y supuestos diferentes: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.- Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.- No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.- Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”. En definitiva, uno de los elementos a los que se ha de atender en las medidas provisionales, en la propuesta del convenio regulador, si lo hubiere, y en las medidas judiciales definitivas en los procesos matrimoniales, es la asignación del uso de la vivienda habitual. Y ese es el objeto, como decimos, de esta obra dividida en cuatro partes diferenciadas. La primera de ellas está dedicada a la exposición de las generalidades y conceptos previos; la segunda parte se detiene en la atribución de la vivienda cuando existan hijos; la siguiente parte se ocupa del supuesto contrario, es decir, del examen de los criterios de atribución cuando en la pareja matrimonial no concurren hijos. En el cuarto y último bloque la autora se detiene en la aplicabilidad del artículo 96 a la vivienda común a ambos esposos.

familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados. 2. Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta. 3. No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: a) Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores. b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad. c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad. 4. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. 5. La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. 6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos. 7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda. 1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos: a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación

compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos. 2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias. 3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Artículo 233-22. Publicidad del derecho de uso de la vivienda. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

Artículo 233-23. Obligaciones por razón de la vivienda. 1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. 2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.

Artículo 233-24. Extinción del derecho de uso. 1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda. 2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica. b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona. c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso. d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga. 3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su

posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

Artículo 233-25. Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso. El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.

Las diferencias de ambos textos no solo afectan a su extensión, en especial al regular los actos dispositivos sobre la vivienda sujeta al derecho de uso. Antes bien parece configurarse como un auténtico derecho real (art. 233-25 “El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso”). A diferencia del artículo 96.4 CC, impone la necesidad de obtener este consentimiento o, en su defecto, la autorización judicial para poder disponer de la vivienda, a modo de limitación del dominio, aun sin alcanzar la categoría de derecho real.

Si quien puede lo más puede lo menos¹⁴⁶, parece lógico apuntar que el uso en su día concedido en interés de la familia, pueda en cuanto facultad del dominio, ser extinguido por el simple acuerdo de los cónyuges. Ahora bien, formalmente, es necesaria su exteriorización de voluntad en un convenio regulador, aprobado u homologado judicialmente, sin que por ello tenga que afectar a terceros extraños a estos acuerdos.

Con todo, si el bien se puede enajenar sin perjuicio del derecho de uso, el art. 233-25 CCc, declara innecesario el consentimiento adicional del cónyuge titular el uso. El Código Civil, por el contrario, exige en todo caso, el consentimiento del cónyuge usuario no titular o, en su defecto, una autorización judicial para enajenar la vivienda. Esta limitación

¹⁴⁶ Siguiendo en este punto a mi Maestra en MORETÓN SANZ, M^a F., “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, *Estudios jurídicos en honor al Profesor Enrique Lalaguna, II*, Universidad de Valencia, pág. 495: El pago del tercero previsto en el artículo 1.158.2 del Código Civil, es deudor de la tradición recogida por los Glosadores, resumida en la regla de que lo que es lícito directamente lo es indirectamente, “quod licet per directum licet per obliquum” (AZÓN, *Brocarda*, rúbrica 10, fol. 31). “el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos (*argumento a maiori ad minus*)”; adicionalmente, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1903 y de 4 de enero de 1916.

afecta al titular de la vivienda como al no titular, usuarios o no, en cuanto atribución judicial, (arts. 96 y 1320 del CC) y es oponible a terceros.

2 CARACTERÍSTICAS DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución judicial del uso de la vivienda, y las consecuencias y características que ostenta, pueden ayudar a fijar la naturaleza de este derecho, a la par que explicar la dificultad de dicha tarea. Todo empeño en este sentido exige una sistematización de sus presupuestos y elementos.

En este punto, CARRERA MARAÑAS¹⁴⁷ siguiendo a MARTÍN MELÉNDEZ, recoge las características, explicativas de la peculiaridad de tal atribución, ante los siguientes motivos:

“a) por hacerlo titular de un derecho personal cuyo contenido fundamental consiste en la facultad de exigir al cónyuge titular del derecho a ocuparla que lo mantenga en la posesión exclusiva de la misma durante el plazo fijado en la sentencia o el que resulte de las circunstancias en virtud de las cuales se otorgó (temporalidad y provisionalidad de la atribución).

b) por ser un derecho de constitución judicial, aunque derivado de un mandato legal (artículos 90, 91 y 96 CC).

c) por ser un derecho personalísimo que, por ser de protección más débil que un derecho real, ha llevado al Legislador a establecer la necesidad de asentimiento del beneficiario para que el titular pueda disponer del inmueble (artículos 96 y 1320 CC).

d) por tener acceso al Registro de la Propiedad.

e) por ser un derecho cuya finalidad es la protección de la familia residual, con evidente contenido y carácter patrimonial.

¹⁴⁷ CARRERA MAÑAS, JM., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”, cit.

f) por ser reflejo legal del deber de los poderes públicos de proteger a la familia (artículo 39.1 CE) y del derecho de todos los españoles a una vivienda digna (artículo 47 CE).

El mismo autor con cita a CARRASCO PERERA, enumera las características que destaca éste: “-La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges separados o divorciados no impide que el otro solicite la división de aquélla, si era común a ambos, en el entendido que el resultado de la división no afectará al derecho de uso atribuido judicialmente o por convenio regulador de la separación o divorcio (SSTS 22 de septiembre de 1988, 31 de octubre de 1989, 22 diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993). -El derecho de uso es inscribible en el Registro de la Propiedad, pero en tal caso se exige que conste la duración del mismo. La inscripción de este derecho no lo hace oponible a los derechos incompatibles anteriormente inscritos. -Según jurisprudencia, un cónyuge no puede renunciar anticipadamente en convenio regulador de separación o divorcio a su derecho de consentir los actos de disposición que realice el otro cónyuge (titular propietario) sobre el inmueble que constituye vivienda habitual. -Los tribunales suelen atribuir al cónyuge "necesitado" el derecho de uso de la vivienda familiar, sin imponer ningún límite temporal a este uso. - Qué tipo de titularidad otorga el derecho de uso al cónyuge atributivo del mismo depende del título por el cual los cónyuges ocupaban originariamente la vivienda. Si lo ocupaban en precario, el uso es precario; si existía un título de dominio a favor del otro cónyuge o de condominio de ambos cónyuges, el derecho de uso será un derecho de uso y habitación de naturaleza usufructuaria. Si el derecho matrimonial era un alquiler, la atribución del uso es una subrogación arrendaticia”.

3 POSICIONES DOCTRINALES

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la vivienda familiar como un bien patrimonial al servicio del grupo o colectividad familiar, que trasciende a sus miembros. Esta concepción tiene unas consecuencias jurídicas propias, que se desprenden de los principios que inspiran el derecho de familia. Desde el prisma de la protección integral del menor y la protección del interés familiar, la vivienda familiar es un bien patrimonial peculiar, distinto del resto. Resulta indiferente que

estemos o no ante una situación de crisis familiar, o quién sea el titular de la vivienda, si los miembros de la familia o un tercero. La vivienda familiar parece disponer de un régimen jurídico propio, que se desprende del mandato constitucional y de una regulación jurídica, que doctrina y jurisprudencia van desgranando sus efectos, no sin cierta discusión y falta de unanimidad¹⁴⁸.

¹⁴⁸ “En la doctrina española son numerosísimos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al art. 96 CC su actual redacción. Son ya clásicos los trabajos de GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad art. 96 CC*; LETE DEL RÍO, J.M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (Dir. J.L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Madrid, 1994, *ad art. 96 CC*, p. 1146 ss.; ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad art. 96 CC*, p. 607 ss. En la doctrina sucesiva, véanse, entre muchos otros, en sede monográfica (bien tratando específicamente el tema de la atribución del derecho de uso en el caso de crisis conyugal, bien el general de la vivienda familiar, pero con aportaciones relevantes sobre materia), CERVILLA GARZÓN, M^a.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013; LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012; MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC)*, Madrid, 2005; MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid, 2002; SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ID., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Navarra, 2001; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999; TAMAYO CARMONA, J.A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003. Véanse, entre las aportaciones más, recientes BERROCAL LANZAROT, A.I., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1347 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n. 28, 2012-1, p. 585 ss.; CERVILLA GARZÓN, M^a D., “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, p. 45 ss.; CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), p. 9 y ss.; DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I., “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728,

El matrimonio dice O'CALLAGHAN MUÑOZ¹⁴⁹ es una institución no creada sino de derecho natural, que el derecho acepta reconoce y regula. Pues bien salvando las distancias el derecho no crea la vivienda familiar, se limita a reconocer aceptar y regular, la que presentan como tal los cónyuges, en tanto en tanto cumple la condición de representar el lugar físico donde el matrimonio o la unión de hecho, desarrolla su relación de plena de comunidad de vida.

Mientras el matrimonio o pareja de hecho, usa en común la vivienda familiar no se plantea más problema que el derivado del régimen económico matrimonial, o de la relación jurídica que mantengan con el tercero titular de la vivienda. Los cónyuges usan la vivienda como una facultad dominical, o como consecuencia de cualquier título contractual que les legitime para tal uso.

En una situación de crisis familiar, el uso de la vivienda familiar es atribuido bien por convenio regulador o por sentencia judicial a uno de los cónyuges.

2011, p. 3451 ss.; ID, "Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial", *ibi*, núm. 732, 2012, p. 2298 ss.; ID, "Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial", *ibi*, núm. 737, 2013, p. 1880 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., "La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, p. 17 ss.; MORENO VELASCO, V., "La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores", en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011; ROCA TRÍAS, E., en *Código Civil comentado* (Dir. A. CAÑIZARES LASO *et alii*), I, Cizur Menor, 2011, *ad art.* 96 CC, p. 521 ss.; RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.G., "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1893 y ss.; SANTOS MORÓN, M^a J., "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma", en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), p. 1 y ss.; TAMAYO CARMONA, J.A., "¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?", en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID, "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, págs. 264 y sigs.

¹⁴⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de derecho civil tomo IV Derecho de Familia*, EDERSA 1983, pág. 22.

Surge la cuestión de la naturaleza jurídica del uso otorgado y del alcance del título de ocupación. La situación jurídica, se presenta desvinculado, tanto del régimen económico matrimonial, como del vínculo contractual con terceros, Estamos ante una cuestión distinta de la liquidación del régimen económico matrimonial e indiferente de la titularidad del bien. Lo que no significa que terceros titulares se vean afectados.

Fuera de una situación de crisis familiar, el uso no se discute ni plantea problema. Es la familia quien disfruta de la vivienda familiar, aunque el uso no implica simultaneidad. Podríamos plantearnos si otorgado el uso a un cónyuge en el procedimiento de familia, y siendo este el propietario, tal identificación hace desaparecer la cuestión inicial planteada, pero la cuestión como hemos señalado esta fuera del campo de la titularidad. Se atribuye el uso y como tal puede ser modificado¹⁵⁰

En definitiva se trata de discernir, si esa atribución del uso de la vivienda familiar constituye un mero derecho personal, a modo de opción que se contempla en el procedimiento de familia y que nada mas vincula a los cónyuges, o si por el contrario estamos ante un derecho real con eficacia “erga omnes”.

La doctrina se divide entre ambas posturas. GIL MEMBRADO¹⁵¹, realiza con una exhaustiva cita de autores, una exposición de las distintas posturas, sobre las que observa una evolución hacia posiciones intermedias, que no se adhieren a una postura determinante, indubitada y enfrentada entre un derecho real o personal.

LACRUZ BERDEJO reconociendo las particularidades de este derecho describe una categoría “sui generis”, ROCA TRÍAS a la idea de una mera sustitución en la posesión que pasa a ser exclusiva sin que se cree un derecho nuevo, ni personal ni real. O’CALLAGHAN refiere a un derecho de ocupación a modo de derecho real limitado atípico de constitución judicial y LÓPEZ LIZ estima que pueda ser un derecho de habitación.

¹⁵⁰ Art. 91 *in fine* del CC. La particularidad de la atribución del uso y su especial naturaleza se *mantienen* y no desaparece hasta que se extinga la atribución del uso de común acuerdo o por resolución judicial. Pues las medidas pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, bien de mutuo acuerdo bien en un procedimiento contencioso (arts. 775, 770 y 777 de la LEC).

¹⁵¹ GIL MEMBRADO, C., *La Vivienda Familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2013, págs. 76 a 78.

Esta posición intermedia también ha sido recogida en algunas sentencias¹⁵².

CARRERA MARAÑA¹⁵³ coincide con GONZÁLEZ POVEDA: “El derecho de uso sobre la vivienda familiar no constituye un derecho real que grave la vivienda disminuyendo su valor, ni constituye una carga de la misma, una obligación "ob rem", sino una forma de dar cumplimiento a una obligación personal del cónyuge propietario, establecida por sentencia, consistente en la prestación de alimentos a los hijos menores y, en su caso, al cónyuge separado, y, en todo caso, como el medio jurídico de hacer efectivo el principio constitucional de protección a la familia”.

4 LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia no ha sido ajena a este debate doctrinal.

La STS, de 11 de diciembre de 1992, contemplaba el supuesto de adquisición de la vivienda por un tercero, tras haber sido atribuido el uso a uno de los progenitores, entiende que los derechos en conflicto deben ser contemplados de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de tal modo que si enajena la vivienda, el tercer adquirente recibe la cosa con la carga de la ocupación.

Configura el derecho de uso como un derecho real oponible a terceros que puede tener acceso al Registro de la Propiedad, a modo de un derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración. Por su parte, la STS, de 29 de abril de 1994, no considera a la atribución del uso de la vivienda familiar un derecho real, toda vez que es concedido a uno de los cónyuges por haber obtenido la custodia de los menores. Para la STS, de 31 de diciembre de 1994, la atribución judicial el valor de decisión oponible “erga omnes”, aunque no

¹⁵² La STS, de 11 de diciembre de 1992, lo califica como derecho real “sui generis”.

¹⁵³ CARRERA MAÑAS, JM. “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”, *Manual de formación continuada* 50/2009 CGPJ, pág. 30.

generadora de un derecho real. “La protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene el uso y, que la atribución de la vivienda al uso de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí, sólo proteger el que la familia ya tenía”, lo contrario supondría, señala la resolución, subvenir las necesidades familiares con cargo a los extraños al matrimonio sean familia o no, lo que traería perniciosas consecuencias, pues tal interpretación no puede ir sino en contra del interés general de las familias.

La STS, de 18 de octubre de 1994, analiza la situación desde la perspectiva de los derechos de terceros (hermanos del ex marido) frente a la titular del derecho de uso (atribuido por la aprobación de un convenio regulador). Califica el título de ocupación como un derecho real de familia de eficacia total, afectado por la temporalidad del art. 96 del CC, en principio apto y suficiente, que aleja toda situación de precario.

La pretendida naturaleza real se matiza en la STS, de 4 de abril de 1997. Estima que no estamos ante un derecho de usufructo, derecho real vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, oponible a terceros, toda vez que la atribución del art. 96 del CC, goza de las notas de temporalidad y provisionalidad del art 91 del mismo cuerpo legal.

La STS, de 23 de enero de 1998, reitera que la adjudicación del uso del domicilio familiar, no es un *plus* de atribución a la hora de liquidar el régimen ganancial, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela. En idéntico sentido se pronuncia la STS, de 14 de diciembre de 2004, sobre el uso y disfrute exclusivo, no como derecho real propio, sino como un “ius ad rem”, con acceso al Registro de la Propiedad. La resolución matiza que esta consideración no puede impedir la realización del bien por embargo o subasta, para satisfacer los créditos reclamados. La protección del tercero hipotecario pende del acceso al Registro del derecho de uso o de su actuación de buena fe si no, no había accedido al Registro¹⁵⁴.

Las SSTS, de 30 de junio y 22 de octubre de 2009, dictadas en unificación de doctrina, inciden tangencialmente en la naturaleza de la

¹⁵⁴ La RDGRN, de 19 de septiembre de 2007, se pronuncia en idéntico sentido. La oponibilidad frente a tercero del derecho de uso concedido, reclama que carezca de la protección de la fe pública registral.

atribución, pues referidas a la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación ni plazo para su titular para ser usada como domicilio conyugal o familiar, atribuye a la situación del ocupante, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso por resolución judicial, es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia.

La STS del Pleno, de 14 de enero de 2010 siendo ponente, XIOL RÍOS, subraya tanto la ubicación sistemática del artículo 96 CC y los intereses reguladores de dicho precepto. De modo que se desprende que el derecho de uso de la vivienda familiar, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o al cónyuge más necesitado de protección, cuando no hay hijos o éstos son mayores.

La STS del Pleno, de 18 de enero de 2010 de la que fue ponente, ROCA TRÍAS, con dos votos particulares, contempla dos situaciones dominicales en relación a la titularidad de la que es vivienda familiar:

- a) Cuando la vivienda familiar sea propiedad de un cónyuge o de ambos, bien estemos ante un *pro indiviso* o ante una vivienda de naturaleza ganancial, no puede surgir la situación de precario, toda vez que el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio o separación. Resulta indiferente que estemos ante un convenio regulador aprobado por sentencia o una sentencia dictada en un procedimiento contencioso.
- b) Cuando la vivienda pertenezca a terceros, la cuestión debe enfocarse desde el ámbito del derecho de propiedad, no del de familia, sin que las consecuencias de la separación o divorcio hayan de trascender a terceros. Por tanto, si un tercero ha cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda (arrendamiento o un comodato), la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario.

En la STS, de 27 febrero de 2012, ponente ROCA TRÍAS, recoge “... esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular

puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 EDJ2010/37258 formula la siguiente doctrina casacional: "(...) De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009 EDD2009/92230). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN, de 10 de octubre de 2008 EDD 2008/189529)". Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010 EDJ2010/14195, donde se añade que "El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999 EDJ1999/39945, 4 diciembre 2000 EDJ2000/49723, 28 marzo 2003 EDJ2003/6494 y 8 mayo 2006 EDJ2006/65268, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges (...)"

Criterio reiterado por la STS, de 6 de marzo de 2015: «La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que “el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96,

último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente”».

5 EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y POSICIÓN DE LA DGRN

El acceso al registro de la propiedad de la atribución judicial del uso de la vivienda, encuentra su fundamento jurídico en los arts. 2.2 de la LH¹⁵⁵, 7 del RH¹⁵⁶ y 96 del RH¹⁵⁷.

Vincular la posible naturaleza real de este derecho de uso concedido judicialmente, en los casos de crisis matrimonial, por la posibilidad de su inscripción registral, resulta insuficiente. La materia inscribible como se desprende de los artículos citados, no se reduce a los derechos reales, aunque estos sean inscribibles.

El acceso al registro tiene la extensión y contenido determinado por la resolución judicial que lo aprueba por sentencia, dice la STS de 11 de diciembre de 1992, que además que tal atribución, tiene la condición de carga sobre el inmueble. Por el contrario la STS de 18 de enero de 2010, habla de un derecho de naturaleza familiar inscribible, sin que

¹⁵⁵ Artículo 2.2.º LH Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

¹⁵⁶ Artículo 7 RH. Conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales.

¹⁵⁷ Artículo 96.2. RH Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal.

tenga la condición de carga real. Lo que no impide ser oponible a terceros¹⁵⁸.

La DGRN se inclina a considerar que el derecho de uso está más cercano a un derecho personal que real. Así la resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2009, dice: “El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho. En consecuencia, no existe titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. Por ello, la atribución del derecho de uso familiar conlleva un derecho a ocupar la vivienda por sus beneficiarios y, para disponer de la vivienda, la necesidad de consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda, pero titular del derecho de uso.

Por todo ello, es innecesaria la constancia del derecho de uso familiar en el Registro cuando el cónyuge titular del pleno dominio es titular también del derecho de uso.”

La resolución de la DGRN de 8 de abril de 2015, con cita de la sentencia del Pleno de TS de 14 de enero de 2010 señala

“...en relación a un supuesto que presenta semejanzas con el que motiva el presente recurso, dice la indicada Sentencia de 6 de marzo de 2015: «Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 del Código Civil y la doctrina de la Sala sobre el mismo, antes expuesta, en un momento en que no existe matrimonio, ni siquiera

¹⁵⁸ RRDGRN de 19 de septiembre de 2007 y de 10 de octubre de 2008.

convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio». Es decir, en este supuesto lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.”

En cuanto a la doctrina de la DGRN, CARRERAS MAÑAS¹⁵⁹ tiene el acierto de sistematizarla destacando, en especial, las siguientes consideraciones:

“1-Que aunque el derecho de uso se atribuya a la esposa y a los hijos, *no es necesario expresar las circunstancias personales* de estos últimos, habida cuenta de que la inscripción del uso tiene como finalidad evitar la disposición del bien por su titular, y que la defensa de tal derecho se encomienda tan sólo al cónyuge usuario, como señala la *RDGRN de 21-6-2004*.

2-Desde que la *inscripción del uso tiene como finalidad* evitar la disposición del bien por su titular, y la defensa de tal derecho se encomienda tan sólo al cónyuge usuario por lo que sí coinciden el cónyuge usuario con el titular de la vivienda (como adjudicatario en la liquidación de gananciales), el derecho de uso queda extinguido, pues

¹⁵⁹ CARRERA MAÑAS JM “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”. Manual de formación continuada 50/2009 CGPJ pág. 64 y 65

en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el derecho de la propiedad que sobre ella ostenta, careciendo de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente, como señalan las *RRDGRN de 10-10-2008, 6-7-2007 y 19-0-2007* y *SAP Asturias 3-5-2004*.

3-En consecuencia, *no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho (RDGRN de 10-10-2008, 27-09-2007)*.

4-Siendo consustancial al contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, *no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento (RDGRN de 27-09-2007)*.

5-El acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad tan sólo será posible cuando se ostente un título de inscripción que sea susceptible de constancia registral y que no sea contradictorio con otro previo derecho inscrito. La *RDGRN de 21-06-2004* deniega la inscripción de la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo, por constar una inscripción previa de usufructo para el esposo, el cual no participo en el proceso de familia ni suscribió el convenio regulador.

6-A diferencia del derecho de usufructo que puede ser embargado con independencia de la nuda propiedad, el derecho de uso dada su atribución judicial, su utilidad para atender a las necesidades de habitación de los hijos, su carácter personalísimo y su contenido intransmisible, pues se atribuye a personas concretas en función de un proceso de nulidad separación o divorcio y en función de las necesidades habitacionales que concurren en la parte adjudicataria, debe de ser considerado inembargable y por lo tanto no puede acceder al registro mandamiento de embargo sobre el derecho de uso por deudas de su adjudicatario.”

6 TITULARES DEL DERECHO DE USO

El fin de la convivencia matrimonial o de una unión no matrimonial que ha tenido descendencia, reclama del pronunciamiento judicial sobre los diferentes aspectos de las relaciones personales y económicas, entre las que se encuentra, la determinación de a quién

corresponde el uso de la que, hasta ese momento, ha sido la vivienda familiar. Como señala la jurisprudencia¹⁶⁰, el título que legitima la transformación sobre ésta, de una coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio o separación.

Esta atribución puede ser fruto de un acuerdo homologado judicialmente o de un proceso contencioso resuelto por sentencia. El art 96 del CC fija a falta de acuerdo, los criterios que marca el legislador para tal atribución; corresponderá en primer lugar a los hijos y al progenitor en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de la vivienda, 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.

Como ya se ha tenido ocasión de indicar la vivienda es considerada como un bien de valor supraindividual, “bien familiar no patrimonial al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta...” o “como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos...”¹⁶¹.

En cualquier caso la titularidad sobre la vivienda, de los cónyuges o de los miembros de la unión de hecho, como de terceros, resulta una cuestión ajena a los criterios de atribución del art 96, pues se configura como un mecanismo de protección a la familia, en situaciones de crisis o ruptura. “La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios...” (STS de 26 de abril de 2012).

El hecho de que el principio rector sobre el que gira la atribución del uso de la vivienda sea el interés de la familia, no dota a esta de personalidad propia. Queda entonces determinar a quien se atribuye “el uso de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario en ella. El tenor literal del art 96 del CC, fija como titular del uso “...a los hijos y al

¹⁶⁰ Vid., STS, de 18 de enero de 2010.

¹⁶¹ SSTs, de 31 de diciembre de 1994 y de 29 de abril de 1994.

cónyuge en cuya compañía queden”, lo que plantea dudas sobre la titularidad del derecho.

A simple vista parece que hay dos titulares; los hijos y el cónyuge a quien se otorga la custodia. Puede incluso pensarse que los titulares son los hijos, siendo los cónyuges, titulares accidentales por razón de haber obtenido la custodia. Así la permanencia en la vivienda la tienen los hijos y sobre estos pivota el progenitor que les acompaña que puede cambiar. No obstante la mayor parte de la doctrina¹⁶² entiende que el uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge, claro está que es una atribución “per relationem”.

El artículo 233-22, del Código Civil Catalán, de manera clara fija el titular del derecho de uso “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.”

La jurisprudencia lo expresa de manera indistinta, en cuanto a la atribución de la vivienda familiar se refiere. Habla de atribución del uso a los hijos y al progenitor o cónyuge, que tiene concedida la custodia, como se expresa de manera exclusiva de uno de ellos (que no excluyente). En cualquier caso la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art 96.¹⁶³

La DGRN, que como hemos señalado considera a este derecho de uso, como un derecho de naturaleza familiar, sin perjuicio de que para garantizar su eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda, no requiere plazo para ser inscrito, pues el derecho de uso no tiene carácter real¹⁶⁴.

¹⁶² DOMINGUEZ MARTINEZ P, *Definición y atribución del domicilio familiar* SPCS documento de trabajo 2008/5 <http://www.uclm.es/CU/csociales/documentos> trabajo pág. 16. Con cita a RAMS ALBESA y numerosas sentencias, vid., GIL MEMBRADO C, *La vivienda familiar*, Editorial Reus SA Barcelona, 2013, pág. 83.

¹⁶³ STS, de 1 de abril de 2011.

¹⁶⁴ RDGRN, de 20 de febrero de 2004.

El hecho de que se atribuya a la esposa e hijos, no exige expresar las circunstancias personales de estos últimos, pues la inscripción del uso tiene como finalidad evitar la disposición del bien por su titular y la defensa de tal derecho se encomienda al cónyuge usuario y considera al cónyuge custodio el verdadero titular del derecho de uso¹⁶⁵.

La RDGRN de 27 de agosto de 2008 diferencia entre el interés protegido con la atribución del derecho, es decir el interés familiar y la titularidad del derecho, que la tiene en exclusiva el cónyuge custodio, no los hijos. De hecho no existiendo en puridad una titularidad jurídica a favor de los hijos y que no siendo el derecho de uso un derecho real sino de carácter familiar, basta con renuncia el cónyuge al derecho y consienta para que se pueda efectuar la venta por el titular del dominio. En definitiva los hijos son los beneficiarios de la atribución del uso, pero no los titulares del derecho¹⁶⁶.

Y como señala la DGRN este derecho tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho de los hijos y el cónyuge custodio a continuar residiendo en la vivienda familiar.

III. RECAPITULACIÓN REFLEXIVA

En virtud de lo expuesto y a la vista de doctrina y jurisprudencia, podemos llegar a algunas reflexiones de interés:

- a) El derecho de uso sobre la vivienda familiar, que se concede judicialmente en base al art. 96 del CC, no es un derecho real sino un derecho de carácter familiar que se ejerce en la esfera privada de los dos cónyuges. Para terceros, no constituye *ex novo* derecho alguno que antes no existiera, limitándose a decir que miembro de la pareja ocupa la vivienda con preferencia sobre el otro y con independencia de la titularidad de la vivienda¹⁶⁷.

¹⁶⁵ RDGRN, de 18 de noviembre de 2009.

¹⁶⁶ RDGRN, de 19 de julio de 2011.

¹⁶⁷ STS, de 31 de diciembre de 1994: “La protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al

b) Cuando la vivienda pertenece a un tercero, podemos encontrarnos con la circunstancia de que la ocupación de la misma por la pareja carezca de título alguno, encontrándose en situación de precario ambos. La atribución judicial del uso no crea ningún derecho, ni real ni familiar con el tercero.

Puede resultar que la ocupación tenga título de carácter contractual. Vinculación que unió en su momento al tercero propietario con bien con el matrimonio o pareja, o bien con uno de ellos exclusivamente. Llegada la situación de crisis familiar, cuando la atribución del uso de la vivienda familiar se otorga a quien no fue parte de aquel vínculo contractual (arrendamiento o comodato), se plantea la relación entre este ocupante usuario de la vivienda con el titular de la misma entre los que no hay ningún vínculo contractual. El Código Civil no contempla, ni en la materia de obligaciones y contratos ni en la de familia, una subrogación de derechos en términos genéricos, ni una subrogación en el contrato¹⁶⁸. La consecuencia pues es que el cónyuge que no suscribió el contrato, no se subroga en el mismo por el hecho de que la vivienda le sea atribuida judicialmente. Su situación es la de precarista. El derecho de carácter familiar que le ha sido atribuido no le vincula al tercero, no se puede hablar de derecho real alguno.

La excepción se contempla cuando existe una relación arrendaticia. En la LAU, si se contempla esta eventualidad en el art 15¹⁶⁹.

vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda”.

¹⁶⁸ STS, de 14 de abril de 2009.

¹⁶⁹ Artículo 15. Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario. 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato. 2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda.

c) Cuando la vivienda familiar pertenece a ambos (ganancial o pro indiviso) o a uno de ellos, cobra plena eficacia la naturaleza de derecho familiar que tiene la condición de la atribución del uso. Es entonces cuando cobra plena eficacia la limitación que contempla el art 96 *in fine*. “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 eficacia de esta medida y con ello de las facultades dispositivas del cónyuge titular de la vivienda, es precisamente su constancia en el registro para ser oponible a terceros¹⁷⁰. Aunque aparentemente parezca que la publicidad registral tenga por finalidad exteriorizar a quien se dio el uso de la vivienda familiar, la verdadera finalidad es impedir que sobrevengan terceros adquirentes de buena fe, publicitar la limitación dispositiva que ha surgido por estar inmersos en una situación de crisis familiar.

d) El interés que preside el art. 96 del CC, es la protección de la vivienda familiar, sobre el interés familiar, e interés de los hijos menores. No se concibe como una prolongación del deber de alimentos ni del cónyuge¹⁷¹, ni de los hijos.

Este interés también es predicable del art. 1320 del CC. Ninguno de los dos artículos, tiene por finalidad la protección de la propiedad de los cónyuges, o de uno de ellos si fuera único titular. Ambos artículos de igual redacción en el particular analizado, se diferencian por la situación de hecho en la que despliegan su eficacia. El art. 96 está contemplado para las situaciones crisis familiar, frente al art.1320, contemplado para los supuestos de normalidad matrimonial, pero ambos permiten

¹⁷⁰ La inscripción se practicará en virtud de la presentación del testimonio de la correspondiente sentencia que lo atribuya, ya sea contenciosa o de mutuo acuerdo que aprobó el convenio regulador propuesto por las partes, pues el contenido del mismo queda integra en la sentencia cuando se aprueba.

¹⁷¹ Para el cónyuge alimentos en sede de medidas provisionales (art. 771 de la LEC y art. 103 del CC.), y pensión compensatoria en sede de medidas definitivas (art. 774 de la LEC y art. 97 del CC).

la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad en defensa del interés familiar.

Para evitar la falta de eficacia del art. 1320 del CC, se despliegan los siguientes medios. El art. 38 de la LH permite hacer constar en el Registro por nota marginal de la inscripción de dominio el carácter de vivienda familiar con el consentimiento del otro cónyuge. El art 91 del RH¹⁷², exige para la inscripción de actos dispositivos que el cónyuge a quien no pertenece la vivienda manifieste en la escritura que la vivienda en cuestión no tiene carácter de vivienda habitual de la familia.

Por su parte el Artículo 144.5 del RH exige cuando conste el carácter de vivienda familiar, que para la anotación del embargo, haya sido notificado el otro cónyuge no titular de la vivienda.¹⁷³

¹⁷² Artículo 91. 1. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter. 2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. 3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal.

¹⁷³ 1. Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo. 2. Cuando se trate de bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor. 3. Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento. 4. Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos.- Cuando constare en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla. 5. Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el

- e) En los supuestos de embargo o ejecuciones hipotecarias, haya o no situaciones de crisis familiar, la concepción de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento jurídico no entra colisión con el derecho de uso. No son los hijos menores de un matrimonio estable de segunda condición, frente a los hijos menores de un matrimonio en situación de riesgo familiar. Si esto se hubiera entendido así, la situación de crisis económica que nuestro país padece desde 2007, hubiera provocado un sin fin de separaciones o divorcios fraudulentos con la única finalidad de paralizar las ejecución hipotecarias. Las consecuencias económicas para el país, hubieran sido desastrosas.

El juzgado de 1ª instancia nº 32 de Madrid (Hipotecario), razona¹⁷⁴ “Primero.- Los Arts. 661 y 675 de la L.E.C., ante la presencia de terceros ocupantes del inmueble objeto de ejecución, permiten a éstos plantear oposición para que, tras la celebración de una vista, se declare si tienen o no derecho a permanecer en el inmueble. Se trata, como indica la sentencia del Pleno del T.C. 158/1997 de 30 de octubre, de permitir que el ocupante del inmueble tenga la “posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pueda subsistir”, derecho que no deriva de cualquier título sino exclusivamente de los que puedan ser preferentes o subsistentes a la ejecución. Segundo.- El examen de la prueba obrante en autos no permite atribuir a doña...o a los miembros de su familia derecho alguno a permanecer en la finca adjudicada. Como ya se tuvo ocasión de indicar en la providencia de 15 de diciembre de 2006, la sentencia de separación matrimonial de 8 de octubre de 1996 del Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid (autos...) no atribuye a la Sra....y sus dos hijos derecho alguno sobre la finca hipotecada (...) la adjudicataria no estaría obligada a soportar la ocupación indefinida y gratuita por parte de la Sra.... La adjudicataria, como recuerdan los Arts. 668.3º y 670.5 de la L.E.C., únicamente está

Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

¹⁷⁴ GÓMEZ SALCEDO, A., Magistrado del Juzgado de 1ª instancia nº 32 de Madrid autos 150/2006.

obligado a soportar aquellas cargas o derechos inscritos con anterioridad a la hipoteca, entre los que no se encuentra el derecho de la Sra., los posteriores o los no inscritos (Arts. 32 de la L.H. y 606 del C.C.) no le afectan porque se extinguen a consecuencia de la adjudicación (las cargas no se extinguen porque se cancelan sino que se cancelan porque se extinguen) (...) Cuarto.- La atribución judicial en proceso matrimonial del uso de la vivienda familiar siempre es transitoria como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 2004 en la que expone que “el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 del Código Civil, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad”. Además ese derecho de uso recae exclusivamente sobre el título de ocupación que ostenten ambos cónyuges. No se trata de un superprivilegio que altere el título de ocupación o que purgue de cargas la finca que antes estuviese hipotecada. Tampoco la sentencia de separación puede vincular al acreedor hipotecario y menos a la adjudicataria que, a todos los efectos, están amparados por el principio de fe pública registral (Art. 34 de la L.H.). En el ámbito patrimonial la sentencia de separación no puede afectar al adjudicatario. Según el Art. 222 de la L.E.C. la cosa juzgada material vincula exclusivamente a las partes del proceso o sus herederos y causahabientes. En este sentido el Tribunal Constitucional en su sentencia de 12 de julio de 1989 (nº 126/1989) recuerda que “la presunción de cosa juzgada, con eficacia para terceros (y tercero es aquí la arrendadora), sólo alcanza a las cuestiones relativas al estado civil, es decir, y en el caso, a la situación de divorcio establecida, pero no a la relación contractual de cesión”.

Al respecto señala la STS, de 8 de octubre de 2010, “en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante el matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución de la ejecución hipotecaria en el caso de que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque además no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso del procedimiento matrimonial”.

CAPÍTULO TERCERO LOS CRITERIOS DE ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA

I. CUSTODIA MONOPARENTAL

La salvaguarda del interés familiar, y en particular de los menores, se materializa en primer lugar mediante el acuerdo de los padres, perfectos concededores de la situación acuerdo, no solo reflejado en el art 90 del CC cuando se presenta un convenio regulador, sino en vía contenciosa, cuando sobre alguna de las cuestiones controvertidas, en un procedimiento contencioso, las partes llegan a un acuerdo. En cualquiera de los casos, ya estemos ante un convenio regulador o ante un acuerdo puntual como el que previene el art 96 sobre la vivienda, será necesario la aprobación judicial.

El acuerdo se presenta así como primera, amplia y deseable posibilidad. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, de concurrir menores el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En este sentido, las posibilidades de acordar la venta de la vivienda, establecer un límite temporal, o la administración o uso de segundas residencias, que no resultan posibles para el tribunal, si lo son mediante si media acuerdo de las partes (STS de 9 de mayo de 2012). Incluso el hecho de atribuir el uso al progenitor no custodio, ya no pende de las excepciones que ha fijado el Tribunal Supremo si hay acuerdo, pues está abierta tal posibilidad simplemente, por razón del interés del menor, que exteriorizan los padres, y la sanción judicial.

No deja de llamar la atención, que en atención del interés el menor, no pueda llegar el juez al convencimiento de representar aquellas soluciones, lo mejor para el interés integral del menor, por el solo hecho de estar en pleito contencioso, y a la inversa aun por acuerdo pueda denegarlas, precisamente en interés del menor.

A falta de acuerdo, sobre la custodia y la atribución del uso de la vivienda, la discusión se centra en valorar, si el art 96.1 es una norma imperativa o un principio rector y en este caso contemplar la posibilidad de atribuir la vivienda al progenitor no custodio, quedado

cubiertas las necesidades de habitación del menor. Desde esta perspectiva se pueden considerar dos posibilidades:

1. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA A LOS HIJOS Y AL PROGENITOR CUSTODIO

Los términos en que se expresa el art 96 del Código Civil, resultan imperativos por su tenor literal, para una gran mayoría de autores, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, de haber menores. “El término “...corresponde” que usa el legislador, parece no dejar duda. Se podrá discutir la conveniencia de la interpretación “ex lege” que se hace del interés del menor en relación con la vivienda, pero lo que no se puede negar es la evidencia taxativa del término. No da el legislador la posibilidad de que esta faceta de los alimentos, la habitación, sea satisfecha de otro modo, salvo acuerdo. Así lo entiende García Cantero y ello en atención al “favor filli”¹⁷⁵.

La atribución de la vivienda resulta así por ley, a favor de los hijos sometidos a custodia y de manera refleja¹⁷⁶, al progenitor que tiene la custodia. Diferente en su terminología y en su concepción más moderna resulta la normativa autonómica.¹⁷⁷

Esta concepción representa la postura mayoritaria, tanto desde un punto de vista doctrinal como desde la práctica de los tribunales, que entienden que el interés prioritario del menor, implica la atribución del uso de la vivienda,¹⁷⁸ lo que genera un automatismo en la aplicación del art 96.

¹⁷⁵ GARCÍA CANTERO G. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” coord. Por Manuel Albaldalejo Tomo II, EDERSA, Madrid 1982, pág. 411.

¹⁷⁶ LACRUZ BERDEJO JL. Elementos de derecho civil IV Derecho de Familia... op cit.

¹⁷⁷ Tanto en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, art 233, (como en el derogado Código de Familia Catalán, el art. 83), Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta, sin hacerlo expresamente a los hijos, como hace el Código Civil.

¹⁷⁸ STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2009

Este planteamiento deja fuera de valoración otros derechos implicados, que van a parecer siempre subordinados, como es el interés del progenitor no custodio, sus necesidades y su relación dominical con la vivienda. Señala VERDA Y BEHAMONTE ¹⁷⁹ “Lo cierto es que el art. 96 CC (norma española estatal de referencia en la materia), presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar, ya que su finalidad primordial es asegurar, como no podía ser menos, el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección”.

Este autor en la obra citada recoge los comentarios de CUENA CASAS, M.,¹⁸⁰ y resalta la excesiva magnificación del impacto negativo que para los menores tiene el no residir en la vivienda familiar, frente a un cambio de vivienda, “Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 CC creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio”.

2. POSIBILIDAD DE ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA AL PROGENITOR NO CUSTODIO.

De la lectura del art 96 del Código Civil, se desprende a simple vista, la brevedad y sencillez de los supuestos contemplados, así como la voluntad clara del legislador, para dar solución a los mismos con un esquema sencillo. En concreto de haber menores, con una mera interpretación literal del precepto se concluye sin necesidad de mayor dificultad que, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

¹⁷⁹ VERDA Y BEAMONTE J.R. “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pág. 13.

¹⁸⁰ VERDA Y BEAMONTE J.R, op. cit., pág. 21.

La consecuencia ha sido una aplicación por los tribunales sistemática de tal principio sin contemporizar otras opciones, lo que ha conducido a un excesivo automatismo del art. 96.1, que parece contemplar una presunción legal del interés del menor. Frente a esto, otras resoluciones judiciales han abonado la posibilidad de atribuir excepcionalmente el uso de la vivienda al progenitor no custodio en interés de la familia, y otras, las mínimas, han ido más allá entendiendo que el binomio ineludible de vivienda e hijos menores, parte de una presunción “iuris tantum”, sobre el interés del menor que admite prueba en contrario.

La doctrina, lógicamente por su posición a la hora de valorar alternativas, ha sido más crítica con este precepto y más generosa a la hora de abordar nuevas soluciones. En este punto de partida, se entiende por numerosos autores que el actual marco legal no conduce necesariamente al rigorismo del art 96 del Código Civil, que se agrava por no estar contemplados los supuestos de extinción. La solución parte de una interpretación sistemática del texto legal, una vez que se pone en relación tanto con el art 103.2 del Código Civil, y con los principios que inspiran el Derecho de Familia, interpretando la norma conforme al art 3.1 del mismo texto.¹⁸¹

La redacción del art 103.2, no obedece a un error del legislador, ni resulta incompatible con el art 96. En la pieza de medidas provisionales, donde tiene su aplicación el citado art 103, la atribución del uso de la vivienda, atiende al interés familiar más necesitado de protección, y en tal sentido se ha de fijar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. Esta redacción, a priori permite atender un amplio abanico de posibilidades y otorga al juez en beneficio del menor y de la familia tal discreción, que no arbitrariedad.

No parece razonable que las facultades decisorias del juez tras una celebración de la vista art 771 de la LEC, contemplando toda la prueba practicada, se vea luego en medidas definitivas art 774 de la LEC, limitada cuando la prueba practicada y alegaciones de las partes, pudieran ser las mismas que en sede de medidas provisionales. Tampoco parece razonable, que la salvedad al rigor interpretativo del art 96 sea, el reproche indirecto a las partes, por no haber alcanzado un acuerdo sobre el uso de la vivienda, cuando en todo caso este ha de

¹⁸¹ SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010

ser aprobado y para la conformidad de las partes bien se encarga el art 752 de la LEC de indicar, que no vincula al tribunal.

El Auto de la AP Madrid, Sec. 22^a, de 14 de mayo de 1998, ya ponía de manifiesto la posibilidad de la interpretación sistemática del art 96, al entender que este "...no impide, en supuestos excepcionales, resolver de otro modo, sí las circunstancias concretas, de orden material, personal y familiar aconsejen otra solución, si con ella no se perjudica el interés del menor, pues aplicar este precepto con un automatismo absoluto y con excesivo rigor conduciría en ocasiones a situaciones injustas y generadoras de penurias económicas y de desigualdades entre los esposos y ese no es el espíritu de la norma ni tampoco su finalidad y siendo ello así en supuestos en los que quien solicita la originaria vivienda familiar cuenta con una vivienda propia y libre de terceros y ocupada por su titular y apta con creces para cubrir su necesidad de alojamiento y la del hijo o hijos que con él conviven, siendo así que el otro cónyuge no cuenta con otra vivienda, lo cierto es que no se justifica entonces la solicitud de ocupación de la que constituyó sede familiar..." Este criterio se mantiene en la SAP de Madrid secc. 22^a "bajo una valoración conjunta y armónica de los artículos 103 y 96 párrafo 1 del Código Civil y no siendo de aplicación absoluta ni incondicional la aplicación de este artículo 96 del CC..."

El abanico de posibilidades con esta interpretación conjunta, ha permitido que numerosas Audiencias Provinciales, hayan contemplado la posibilidad de otorgar la custodia, al progenitor no custodio atendiendo a diversos criterios:

- Tener otra vivienda a su disposición. Así la SAP de Valencia de 23 de septiembre de 2010, lo razona sobre el hecho de tener la madre, que ostenta la custodia, una vivienda en propiedad en la que reside, pues el matrimonio dejó de convivir hace cuatro años. La SAP de la Rioja de 20 de octubre de 2011, lo acuerda por tener el progenitor custodio en este caso el padre una vivienda donde reside. De un modo indirecto y como la atribución del uso se otorga para se cubra con ello esta necesidad específica, de tal modo que cuando habiendo sido atribuido no se utiliza, nada impide que prospere una

modificación de medidas (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de septiembre de 2005)¹⁸².

- Disponer de más medios económicos. (SAP de Almería de 19 de marzo de 2007), lo que conecta con la posibilidad de tener o adquirir otra vivienda.
- Interés más digno de protección. La SAP Córdoba, de 2 de diciembre de 2002, entiende que aunque se fundamente el art 96.1 en una presunción legal sobre el interés de los hijos menores, ello no impide "...que el uso de la vivienda pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte, incluso bajo la minoría de edad de los mismos, el interés necesitado de mayor protección...". La SAP de Murcia de 10 de diciembre de 2010, atiende una enfermedad sobrevenida y grave.
- Atribución temporal del uso. Las posturas no son al respecto unánimes y aun cuando la cuestión ha quedado resuelta por el Tribunal Supremo como posteriormente se indicara, se ha destacar entre aquellas que admitieron tal posibilidad la siguientes: La SAP de Madrid secc. 24, de 30 de julio de 2013, pone el acento en que la madre que ostenta la custodia tiene a su disposición un piso, que cubre las necesidades del menor, en alquiler que finaliza en el plazo de dos años y puede recuperar. Otras sentencias han fijado unos plazos concretos y diversos razonando el motivo concreto del mismo, así seis meses y posterior uso alternativo fija la SAP de Madrid de 20 de julio de 2011, siete años para la finalización de unos estudios etc.... Otras resoluciones han puesto el límite temporal en unos eventos ciertos y futuros, como la SAP de Madrid de 24 de enero de 2012, hasta que la hija menor alcance los 18 años, incluso de carácter voluntario, como la SAP de Valencia de 29 de marzo de 2012, que fija el uso hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.¹⁸³

¹⁸² El abandono ha de ser concluyente y definitivo, no apreciándose en un mero traslado temporal o circunstancial (SAP de Cantabria de 9 de febrero de 2012)

¹⁸³ Los art 1392 y 1393 del CC, fijan las causas de extinción del régimen de gananciales, pero no existe plazo de prescripción para liquidar la sociedad de gananciales.

- Relación con la pensión alimenticia. La SAP Las Palmas, Secc. 3ª, de 4 de junio de 2008, limita temporalmente el uso de la vivienda familiar ganancial reduciendo su duración a tres años desde la fecha de la sentencia de instancia, y analiza la atribución del derecho de uso del menor con el derecho a alimentos del mismo " ...no es cierto que el artículo 96 CC cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores (...) el artículo 96 CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso fijando un término final que, en general, toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a su vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente-, pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante. Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge titular y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar".

Profundizando en la posibilidad legal de otorgar el uso de la vivienda al progenitor no custodio, incluso de buscar otras fórmulas amparadas en la interpretación conjunta de las normas civiles, González del Pozo¹⁸⁴ entiende, que es perfectamente compatible la satisfacción de ese superior interés y beneficio de los menores con la posibilidad real de alojamiento en una vivienda digna que les sirva de sede física en que vivir, crecer y desarrollarse en todos los órdenes (personal, familiar,

¹⁸⁴ González del Pozo J. P. - Revista El Derecho. 6 -10-2010 "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes".

educativo, relacional, afectivo), sin que necesariamente, se trate de la hasta ahora vivienda familiar.

Es lógico pensar que la separación, el divorcio o la nulidad, que suspende el vínculo conyugal, lo extinguen, o declara su inexistencia, se conciba como un punto final a una relación, aunque esto tenga sus efectos jurídicos. Frente a esto nadie discute que el haber tenido descendencia, genera unos vínculos especiales. Lo que no parece razonable es que un bien de contenido patrimonial, un inmueble, se abstraiga conceptualmente, e indirectamente se convierta en el eje de las demás cuestiones que giran a su alrededor como es la custodia y en punto permanente y conflictivo de aquella unión a la que se quiso poner fin.

Entre los elementos objeto de prueba y factores que se pueden hacer valorar la cuestión, el citado autor, señala los siguientes:

“1º.- La capacidad económica de cada progenitor, de la que serán exponente tanto los ingresos percibidos como el patrimonio de que sea titular, la cual nos indicará cuál de ellos posee disponibilidades líquidas suficientes para procurarse un inmueble, en propiedad o en arrendamiento, en las proximidades de la vivienda familiar que sirva de habitación adecuada para sí mismo y los menores en los periodos en que los tenga en su compañía.

2º.- La titularidad dominical de la vivienda familiar, procurando no atribuir su uso al cónyuge no titular salvo que ésta sea la única forma de garantizar el interés de los hijos, haciendo atribución temporal del uso en tal caso. En este sentido se debe tener en cuenta asimismo el título de ocupación de la vivienda, y si la misma está atribuida a uno de los cónyuges por razón de su trabajo (p.e., la vivienda-portería) examinado la forma en que la salida de la vivienda por parte del cónyuge adjudicatario por motivos laborales puede repercutir en la relación laboral de éste.

3º.- La posibilidades reales con que pueda contar cada uno de los cónyuges de disponer de una vivienda privativa, distinta de la familiar, situada en las proximidades de ésta, susceptible de ser ocupada por el mismo y los hijos.

4º.- En los casos de titularidad común de la vivienda familiar, con objeto de no convertir en ilusorios los derechos dominicales del progenitor excluido del uso y conciliar adecuadamente su protección

con la del intereses de los hijos, ha de limitarse la duración del derecho de uso de la vivienda a un determinado plazo o hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales o la extinción del condominio sobre el inmueble.

5º.-La situación laboral y personal de cada uno de los cónyuges, proyectos de cambio de domicilio o trabajo, hijos no comunes de los litigantes que se verían obligadas a abandonar el domicilio familiar en caso de atribuirse el uso al otro, etc...”

Este autor, con cita a LÓPEZ ORDIALES¹⁸⁵, plantea incluso la posibilidad de venta de la vivienda familiar, con el objeto de que ambos padres puedan reiniciar su nueva etapa adquiriendo o alquilando dos viviendas dignas y adecuadas¹⁸⁶.

Tal planteamiento entiendo que va referido a aquellos supuestos en la vivienda familiar esta en comunidad (proindiviso, gananciales etc...). No cabe imponerse cuando pertenece en exclusiva a uno de los progenitores. La importancia de la vivienda o mejor dicho su valor económico, ha de permitir a ambos padres, bien adquirir una vivienda, más sencilla, bien iniciar la nueva etapa con solvencia económica para afrontarla, con el alquiler de dos viviendas. Entiendo que esto no es ningún obstáculo, basta pensar, cuántas familias viven de alquiler y a nadie se le ocurriría que los servicios sociales hicieran un seguimiento de haber menores por tal motivo, fuera de los supuestos de desamparo del art. 172 CC. Sería absurdo plantear un grado de protección distinta para los hijos menores, al amparo del art 39 de la Constitución, atendiendo a la concurrencia temporal de una situación de crisis familiar.

¹⁸⁵ LÓPEZ ORDIALES, Julio Jesús, en “Custodia compartida: cuestiones procesales”, dentro de la obra colectiva “La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida”. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 147/2007, pág. 296.

¹⁸⁶ Sobre la venta de la vivienda la SAP Burgos, Secc. 2ª, de 3 de diciembre de 2009, se apoya en el acuerdo precedente de los cónyuges de no hacer atribución del uso de la vivienda familiar común a ninguno de los cónyuges para posibilitar su venta a terceros y el reparto del precio, de tal forma que no hace atribución del uso, si bien las necesidades habitacionales del hijo menor estaban cubiertas al vivir madre e hijo en otra vivienda distinta de la familiar.

Aun cuando estamos ante un pronunciamiento de oficio, la atribución del uso de la vivienda, y el Tribunal está sujeto al art 96 del CC., entiendo que tal medida, la venta del inmueble, por obvias razones prácticas, debería ser solicitada y justificada por una de las partes, y no impuesta por decisión judicial.

A la luz de la doctrina que desde el 2011, ha sentado el Tribunal Supremo, cabe cuestionarse si esta interpretación conjunta sobre la atribución del uso de la vivienda familiar conforme a los art 96, 103, suponen una verdadera evolución, del automatismo que parecía regir el art 96.1 de tal forma que se faculta al juez, a decidir libremente, como se recoge el interés del menor y familiar en torno a la vivienda. Pese a la opinión de autores como GIL MEMBRADO O VERDA Y BEAMONTE¹⁸⁷, parece que estamos más ante excepciones de sentido común para no ir contra la más pura lógica, que ante superación de la presunción “iuris et de iure” del interés del menor que queda sustraído a la valoración judicial.

La cuestión en principio parece zanjada, habiendo sentado doctrina el Tribunal Supremo¹⁸⁸ en estos términos “El art. 96 CC EDL 1889/1 establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC EDL 1889/1); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no

¹⁸⁷ GIL MEMBRADO C. “La vivienda familia... op. cit., pág. 118. VERDA Y BEAMONTE “La atribución del uso de la vivienda familiar...”, op. cit. pág. 20.

¹⁸⁸ STS de 14 de abril 2011, STS de 22 julio 2015

puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”.

No altera la previsión legal, el hecho de que no se haga solicitud sobre la vivienda, y por tanto “no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 EDJ 1984/120”¹⁸⁹.

Consciente no obstante, el Alto Tribunal de los problemas de tal doctrina, en sentencias posteriores se ha ido perfilando un sistema de excepciones, siempre con un marcado carácter restrictivo, se puede decir, que son excepciones para no caer en el absurdo.

Así, la sentencia de 17 de junio de 2013, contemplan como excepciones a la norma: “a) el hecho de que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquélla ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive (STS 29 de marzo 2011), b) la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro, además, el padre recupera la vivienda lo que le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa (STS 5 de noviembre 2012)¹⁹⁰, y c) no es contrario al interés del menor el hecho de mantener durante tres años al hijo y a su madre en la vivienda para pasar luego a la otra, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la

¹⁸⁹ STS de 21 mayo 2012

¹⁹⁰ "Es cierto, como precisa la STS de 5 de noviembre 2012, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que los hijos no precisen de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011)".

finca e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges” .

Fuera de estas excepciones “... esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE EDL 1978/3879) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.¹⁹¹

El Tribunal Supremo es consciente de la necesidad de reforma del art 96, así como de las críticas recibidas, llama incluso la atención de la postura si se me permite rebelde de algunas Audiencias Provinciales, tras haberse unificado doctrina. Al respecto señala, que como se “dijo en la sentencia de 3 de abril de 2014 EDJ 2014/53389 , y se reitera en la posterior de 2 de junio EDJ 2014/85662 , lo siguiente: "Esta Sala valora, como no podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, similares a los ya expuestos en otras ocasiones por esta misma Audiencia Provincial, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil EDL 1889/1, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación. Pero lo que no comparte en absoluto, como ya ha tenido ocasión de señalar en reiteradas sentencias procedentes de la misma Audiencia, es que la jurisprudencia de esta Sala se refiera a casos concretos y particulares, como se argumenta.

Sin duda, el interés prevalente del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso. Se trata de un argumento

¹⁹¹ STS Sala 1ª de 17 octubre 2013

simplemente especulativo que tendrá su razón de ser en algunos casos, no en todos. El interés del menor - STS 17 de junio 2013 EDJ 2013/115330 - "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar , sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros".¹⁹²

"Como reiteran las sentencias de 1 EDJ 2011/34634 y 14 de abril EDJ 2011/78869 y 21 de junio de 2011 EDJ 2011/120438, "aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE EDL 1978/3879)".¹⁹³

La lectura de estas sentencias permite llegar a la conclusión, que tratándose de una custodia monoparental, se puede considerar con el art 96 en su primer párrafo, que estamos ante una regla de carácter taxativo, que no obstante admite excepciones, aun a falta de acuerdo. La razón de ser de estas excepciones, tiene la finalidad implícita de evitar un fraude de ley y un abuso de derecho. En todas estas excepciones, si se encarga el Alto Tribunal de dejar claro, que ha valorado el interés del menor y que este no se ve perjudicado ni disminuido, por no pasar a residir el menor en la vivienda familiar. Quizás la mayor duda que se abre, de no reformarse este artículo antes, es si en esta evolución jurisprudencial que va del 2011 al 2015, se llegarán a admitir otras soluciones, que terminen por dejar integrada la habitación en el concepto de alimentos, siempre que no afecte al interés del menor.

¹⁹² STS 28 noviembre 2014.

¹⁹³ STS Sala 1ª de 17 octubre 2013.

II. MENORES CON CUSTODIA SEPARADA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La conexión entre el régimen de custodia y la asignación del uso de la vivienda familiar resulta evidente, a la vista del art 96 del CC. El legislador de 1981, no contempla expresamente, la posibilidad de que la guarda y custodia sea compartida. Solo se prevé, la custodia monoparental.¹⁹⁴

Si contempla el art 96 la eventualidad de la separación de hermanos sometidos a custodia, de modo que alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes del otro. Este particular no antoja otra solución mejor que la prevista “el juez resolverá lo procedente” con la precisión que ya se encargan los tribunales de remarcar, procurando la adecuada comunicación entre los hermanos que han sido separados¹⁹⁵.

Esta eventualidad, admite todas las posibilidades de pronunciamiento a la hora de dar una respuesta respecto de la vivienda, de tal forma que

¹⁹⁴ La mentalidad social de la época unida al sistema causal de separación y divorcio, daba lugar a que los tribunales resaltarán desde un principio que el criterio del beneficio del menor había de prevalecer sobre cualquier otra directriz, sustantiva o procesal. En este sentido la SAP de Madrid de 29 de noviembre de 1994, indicaba que el otorgamiento de la custodia no implica que se hiciera reproche al progenitor no guardador, o que la infidelidad matrimonial no determina la atribución al otro de la custodia (SAP de Madrid de 19 de julio de 1994).

¹⁹⁵ STS de 25 de septiembre de 2015 “La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos. Sin embargo, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de "mal menor", es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos...”

se permite al juez pronunciarse tras una libre valoración de la prueba. No plantea problemas cuando la vivienda es de titularidad de unos de los progenitores, de tal modo que la atribución del uso al no propietario tiene un carácter excepcional. Si plantea problemas en cambio, la titularidad en pro indiviso o el carácter ganancial de la vivienda. Las distintas soluciones, entre las que ya los tribunales apuntaban la solución de la temporalidad resultan ahora solventadas con la postura actual mantenida tribunal Supremo para la guarda y custodia compartida, como se verá a continuación.

La posibilidad de una custodia compartida, no por no estar contemplada en la ley, era descartada por los tribunales, pero su aplicación era vista con caracteres de excepcionalidad.¹⁹⁶ Cuando se solicitaba una custodia compartida en un procedimiento por uno solo de los cónyuges, aun reconociéndose la posibilidad de que ambos progenitores podían asumir la custodia, la opción de una custodia compartida se planteaba como una cuestión compleja, y así lo expresaba la SAP de Madrid de 29 de mayo de 1995, “tiene difícil traducción, tanto jurídica como práctica , en cuanto solo estrictamente viable en situaciones de convivencia o al menos cohabitación de ambos progenitores bajo el mismo techo”. Ahora bien las dudas se disipaban cuando se trataba de una situación de hecho consolidada en el tiempo, así la SAP de Madrid de 8 de junio de 1993 indicaba que no podía imponerse coactivamente un pronunciamiento judicial de espaldas a la realidad subyacente, que ha venido siendo asumida por los padres.¹⁹⁷

La idea de una custodia monoparental y un régimen de visitas para el progenitor no custodio, se va progresivamente superando en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestros tribunales. Entiendo que la superación ha tenido un origen íntimo en dos cuestiones de orden

¹⁹⁶ SAP de Madrid de 16 de junio de 1995, se otorga la custodia compartida de hijos en situación de internado.

¹⁹⁷ La realidad para la custodia compartida era en la práctica escasísima, y solo tenía visos de prosperar en los procedimientos de mutuo acuerdo, tras una exploración de los menores y someter a los padres a un interrogatorio por parte del juez y del fiscal exhaustivo de su vida cotidiana. La desconfianza hacia esta modalidad era evidente.

práctico, que propiciaban los arts. 92 y 96 del CC, que hasta cierto punto parecen inconfesables.

De una parte la patrimonialización del menor, que podía hacer el progenitor custodio. Se quiera o no, un régimen de visitas ordinario de fines de semana alternos y mitad de vacaciones implica, entre otras consecuencias, un desplazamiento del eje decisorio sobre la vida del menor, que tiene que asumir quien tiene atribuida la custodia. El problema surge, cuando se traspasan las fronteras de las decisiones de custodia, con decisiones que son propias de patria potestad. Los tribunales llegan tarde en numerosas ocasiones para poder zanjar la cuestión. Me limitaré a poner un ejemplo. Un progenitor custodio cambia al hijo de colegio en septiembre de motu proprio, asumiendo, a sabiendas de su ilicitud, el ejercicio exclusivo de la patria potestad. Primero que el otro progenitor toma medidas y estas se traducen en una demanda de ejecución, que puede dar lugar a una vista con exploración del menor, nos hemos podido situar, dependiendo de la carga de trabajo del juzgado¹⁹⁸ en noviembre o diciembre, cuando quizás ya no tenga ni sitio en el anterior colegio en que cursaba sus estudios.

La Exposición de Motivos de la Ley de 8 de julio de 2005, recoge en este sentido “Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse..., los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.”

¹⁹⁸ Basta pensar en la situación de los Juzgados de familia de Madrid en los años 90, el retraso que padecían, por ser su número insuficiente.

El segundo motivo entiendo que ha sido el tenor y la interpretación “ex lege” del art 96 del CC. Es comúnmente admitido que quien se queda la custodia se queda la vivienda familiar. Da igual que incluso se pacte un régimen de visitas que represente una equivalencia de tiempo para ambos.

La Ley de 8 de julio de 2005, da nueva redacción al art. 92 CC, y trastoca indirectamente el juego del art 96,

“5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de

especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

De la lectura del precepto se desprende la posibilidad a la vez que la desconfianza hacia una guarda y custodia compartida. En apenas unos años de aplicación la realidad ha superado esta visión. En primer lugar la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional y nula la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, sobre la exigencia favorable del informe del Ministerio Fiscal, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

En segundo lugar el sistema excepcional de custodia compartida del art 92, ha pasado a ser contemplado por el tribunal Supremo como “normal y deseable”.¹⁹⁹ (STS de 16 de febrero e 2015).

En este sentido señala la STS de 9 de septiembre de 2015, “...La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus

¹⁹⁹ STS de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.”

aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

La idea de que la custodia compartida²⁰⁰ representa con mayor acierto el interés y su normalización como una opción más o incluso como la opción preferente, reflejan el camino a seguir²⁰¹.

²⁰⁰ Apunta la SAP Toledo de 1 de julio de 2008, que una custodia compartida “no tiene por qué consistir necesariamente en un reparto por periodos de tiempo de la custodia exclusiva siendo preferible un reparto de responsabilidades. El padre en este caso asume la responsabilidad de cuidar de su hijo por las tardes, con todo lo que ello implica en un menor a punto de cumplir los 9 años, lo que significa encargarse en gran medida de ayudarle en sus estudios y deberes académicos, actividades extraescolares y en definitiva la gran mayoría de las cuestiones verdaderamente importantes y trascendentales que ocupan el tiempo de su hijo (...). En definitiva (...) está asumiendo unas obligaciones y un grado de responsabilidad en la educación y desarrollo de su hijo, mucho mayores incluso que las que han correspondido a la madre...”.

²⁰¹ STS de 9 de septiembre de 2015, “A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida :

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”

Esta nueva visión de la custodia compartida aparece reflejada tanto en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, como en la nueva legislación autonómica.

El proyectado art 92 dispone entre sus apartados, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida...Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

En la legislación autonómica, ejemplo de guarda y custodia concebida como una opción más en interés el menor, es el Código Civil de Cataluña²⁰² y ejemplo de opción preferente lo son las legislaciones de Aragón Valencia y País Vasco.²⁰³

Es claro que en los casos de custodia compartida, la previsión del art 96 resulta insuficiente y se han de buscar otros criterios, porque dicha opción ha tenido por razón de ser como sienta la doctrina jurisprudencial, el interés de los menores²⁰⁴.

No contradice esta opción el enfrentamiento de los padres, si no redundando en perjuicio del menor (STS 25 noviembre 2013), si bien como recuerda la STS 15 octubre 2014, la custodia compartida conlleva la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita en interés del menor, su adopción.

Como era de esperar, la nueva doctrina del tribunal Supremo y el novedoso criterio del legislador autonómico, han provocado, que las

²⁰² Código Civil de Cataluña art. 233-10 y 11

²⁰³ CDF de Aragón art 80. Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana de 1 de abril, art 5. Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, art. 9.

²⁰⁴ STS 29 abril 2013.

nuevas demandas contenciosas de separación o divorcio contengan una solicitud de custodia compartida, y que se pretenda revisar vía modificación de medidas, anteriores pronunciamientos.

El criterio para la atribución del uso de la vivienda familiar toma para VERDA Y BEAMONTE ²⁰⁵“...respetando siempre el interés superior de los hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda ...pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el art. 96,III CC) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el período en que convivan con el progenitor asignatario.”

Este criterio lo mantiene la STS de 9 de septiembre de 2015, “...En cuanto la vivienda familiar y garaje, el juzgado la atribuyó al padre al considerar que ostentaba el interés más digno de protección. Dicha atribución fue indefinida. La madre (D.^a María Ángeles) y los niños, residían en vivienda propiedad de los abuelos maternos, arrendada a D.^a María Ángeles.

De lo actuado se deduce que ambos perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, y una digna autonomía económica. Por tanto, no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar "sine die", por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del C. Civil, aplicado analógicamente, se fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.”

La STS de 11 febrero 2016, va mas allá, cuando se no exista una necesidad especial o interés más necesitado de protección, facilitando la liquidación del bien “...al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en

²⁰⁵ VERDA Y BEAMONTE J.R. “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pág. 19.

el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.”²⁰⁶

La solución dada por el Tribunal, optando por un criterio de temporalidad, que sin duda acorta los problemas, se asemeja al párrafo tercero del art 96. Llama la atención que este supuesto previsto para cuando no haya hijos o estos sean mayores de edad,²⁰⁷ se contempla ahora concurrendo hijos menores de edad, cuando la limitación temporal en la atribución del uso, quedaba proscrita “en interés de los menores”²⁰⁸. No se puede interpretar esto como una puerta abierta a ser interpretado para las custodias monoparentales, pues bien se ha encargado el Tribunal Supremo de desatacar que “aunque esta pudiera

²⁰⁶ La STS de 22 de octubre de 2014 “...Procede la estimación del motivo de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios.”

²⁰⁷ Doctrina del Pleno del TS de 5 de septiembre de 2011.

²⁰⁸ Doctrina del Pleno de TS de 1 de marzo de 2011.

llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta la norma...”²⁰⁹.

III. MENORES CON CUSTODIA SEPARADA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La conexión entre el régimen de custodia y la asignación del uso de la vivienda familiar resulta evidente, a la vista del art 96 del CC. El legislador de 1981, no contempla expresamente, la posibilidad de que la guarda y custodia sea compartida. Solo se prevé, la custodia monoparental.²¹⁰

Si contempla el art 96 la eventualidad de la separación de hermanos sometidos a custodia, de modo que alguno de los hijos quede en compañía de uno y los restantes del otro. Este particular no antoja otra solución mejor que la prevista “el juez resolverá lo procedente” con la precisión que ya se encargan los tribunales de remarcar, procurando la adecuada comunicación entre los hermanos que han sido separados²¹¹.

²⁰⁹ STS de 2 de julio de 2014.

²¹⁰ La mentalidad social de la época unida al sistema causal de separación y divorcio, daba lugar a que los tribunales resaltaran desde un principio que el criterio del beneficio del menor había de prevalecer sobre cualquier otra directriz, sustantiva o procesal. En este sentido la SAP de Madrid de 29 de noviembre de 1994, indicaba que el otorgamiento de la custodia no implica que se hiciera reproche al progenitor no guardador, o que la infidelidad matrimonial no determina la atribución al otro de la custodia (SAP de Madrid de 19 de julio de 1994).

²¹¹ STS de 25 de septiembre de 2015 “La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos. Sin embargo, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos

Esta eventualidad, admite todas las posibilidades de pronunciamiento a la hora de dar una respuesta respecto de la vivienda, de tal forma que se permite al juez pronunciarse tras una libre valoración de la prueba. No plantea problemas cuando la vivienda es de titularidad de unos de los progenitores, de tal modo que la atribución del uso al no propietario tiene un carácter excepcional. Si plantea problemas en cambio, la titularidad en pro indiviso o el carácter ganancial de la vivienda. Las distintas soluciones, entre las que ya los tribunales apuntaban la solución de la temporalidad resultan ahora solventadas con la postura actual mantenida tribunal Supremo para la guarda y custodia compartida, como se verá a continuación.

La posibilidad de una custodia compartida, no por no estar contemplada en la ley, era descartada por los tribunales, pero su aplicación era vista con caracteres de excepcionalidad.²¹² Cuando se solicitaba una custodia compartida en un procedimiento por uno solo de los cónyuges, aun reconociéndose la posibilidad de que ambos progenitores podían asumir la custodia, la opción de una custodia compartida se planteaba como una cuestión compleja, y así lo expresaba la SAP de Madrid de 29 de mayo de 1995, “tiene difícil traducción, tanto jurídica como práctica , en cuanto solo estrictamente viable en situaciones de convivencia o al menos cohabitación de ambos progenitores bajo el mismo techo”. Ahora bien las dudas se disipaban cuando se trataba de una situación de hecho consolidada en el tiempo, así la SAP de Madrid de 8 de junio de 1993 indicaba que no podía imponerse coactivamente un pronunciamiento judicial de espaldas a la realidad subyacente, que ha venido siendo asumida por los padres.²¹³

los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de "mal menor", es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos...”

²¹² SAP de Madrid de 16 de junio de 1995, se otorga la custodia compartida de hijos en situación de internado.

²¹³ La realidad para la custodia compartida era en la práctica escasísima, y solo tenía visos de prosperar en los procedimientos de mutuo acuerdo, tras una

La idea de una custodia monoparental y un régimen de visitas para el progenitor no custodio, se va progresivamente superando en nuestro ordenamiento jurídico y en nuestros tribunales. Entiendo que la superación ha tenido un origen íntimo en dos cuestiones de orden práctico, que propiciaban los arts. 92 y 96 del CC, que hasta cierto punto parecen inconfesables.

De una parte la patrimonialización del menor, que podía hacer el progenitor custodio. Se quiera o no, un régimen de visitas ordinario de fines de semana alternos y mitad de vacaciones implica, entre otras consecuencias, un desplazamiento del eje decisorio sobre la vida del menor, que tiene que asumir quien tiene atribuida la custodia. El problema surge, cuando se traspasan las fronteras de las decisiones de custodia, con decisiones que son propias de patria potestad. Los tribunales llegan tarde en numerosas ocasiones para poder zanjar la cuestión. Me limitaré a poner un ejemplo. Un progenitor custodio cambia al hijo de colegio en septiembre de motu proprio, asumiendo, a sabiendas de su ilicitud, el ejercicio exclusivo de la patria potestad. Primero que el otro progenitor toma medidas y estas se traducen en una demanda de ejecución, que puede dar lugar a una vista con exploración del menor, nos hemos podido situar, dependiendo de la carga de trabajo del juzgado²¹⁴ en noviembre o diciembre, cuando quizás ya no tenga ni sitio en el anterior colegio en que cursaba sus estudios.

La Exposición de Motivos de la Ley de 8 de julio de 2005, recoge en este sentido “Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un

exploración de los menores y someter a los padres a un interrogatorio por parte del juez y del fiscal exhaustivo de su vida cotidiana. La desconfianza hacia esta modalidad era evidente.

²¹⁴ Basta pensar en la situación de los Juzgados de familia de Madrid en los años 90, el retraso que padecían, por ser su número insuficiente.

perjuicio que puede evitarse..., los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.”

El segundo motivo entiendo que ha sido el tenor y la interpretación “ex lege” del art 96 del CC. Es comúnmente admitido que quien se queda la custodia se queda la vivienda familiar. Da igual que incluso se pacte un régimen de visitas que represente una equivalencia de tiempo para ambos.

La Ley de 8 de julio de 2005, da nueva redacción al art. 92 CC, y trastoca indirectamente el juego del art 96,

“5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones

de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. 9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

De la lectura del precepto se desprende la posibilidad a la vez que la desconfianza hacia una guarda y custodia compartida. En apenas unos años de aplicación la realidad ha superado esta visión. En primer lugar la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional y nula la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, sobre la exigencia favorable del informe del Ministerio Fiscal, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE.

En segundo lugar el sistema excepcional de custodia compartida del art 92, ha pasado a ser contemplado por el tribunal Supremo como “normal y deseable”.²¹⁵ (STS de 16 de febrero e 2015).

²¹⁵ STS de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos."

En este sentido señala la STS de 9 de septiembre de 2015, “...La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

La idea de que la custodia compartida²¹⁶ representa con mayor acierto el interés y su normalización como una opción más o incluso como la opción preferente, reflejan el camino a seguir²¹⁷.

²¹⁶ Apunta la SAP Toledo de 1 de julio de 2008, que una custodia compartida “no tiene por qué consistir necesariamente en un reparto por periodos de tiempo de la custodia exclusiva siendo preferible un reparto de responsabilidades. El padre en este caso asume la responsabilidad de cuidar de su hijo por las tardes, con todo lo que ello implica en un menor a punto de cumplir los 9 años, lo que significa encargarse en gran medida de ayudarle en sus estudios y deberes académicos, actividades extraescolares y en definitiva la gran mayoría de las cuestiones verdaderamente importantes y trascendentales que ocupan el tiempo de su hijo (...). En definitiva (...) está asumiendo unas obligaciones y un grado de responsabilidad en la educación y desarrollo de su hijo, mucho mayores incluso que las que han correspondido a la madre...”.

Esta nueva visión de la custodia compartida aparece reflejada tanto en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, como en la nueva legislación autonómica.

El proyectado art 92 dispone entre sus apartados, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida...Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

En la legislación autonómica, ejemplo de guarda y custodia concebida como una opción más en interés el menor, es el Código Civil de Cataluña²¹⁸ y ejemplo de opción preferente lo son las legislaciones de Aragón Valencia y País Vasco.²¹⁹

Es claro que en los casos de custodia compartida, la previsión del art 96 resulta insuficiente y se han de buscar otros criterios, porque dicha

²¹⁷ STS de 9 de septiembre de 2015, “A la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida :

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”

²¹⁸ Código Civil de Cataluña art. 233-10 y 11

²¹⁹ CDF de Aragón art 80. Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana de 1 de abril, art 5. Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, art. 9.

opción ha tenido por razón de ser como sienta la doctrina jurisprudencial, el interés de los menores²²⁰.

No contradice esta opción el enfrentamiento de los padres, si no redundando en perjuicio del menor (STS 25 noviembre 2013), si bien como recuerda la STS 15 octubre 2014, la custodia compartida conlleva la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita en interés del menor, su adopción.

Como era de esperar, la nueva doctrina del tribunal Supremo y el novedoso criterio del legislador autonómico, han provocado, que las nuevas demandas contenciosas de separación o divorcio contengan una solicitud de custodia compartida, y que se pretenda revisar vía modificación de medidas, anteriores pronunciamientos.

El criterio para la atribución del uso de la vivienda familiar toma para VERDA Y BEAMONTE ²²¹“...respetando siempre el interés superior de los hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda ...pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el art. 96,III CC) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el período en que convivan con el progenitor asignatario.”

Este criterio lo mantiene la STS de 9 de septiembre de 2015, “...En cuanto la vivienda familiar y garaje, el juzgado la atribuyó al padre al considerar que ostentaba el interés más digno de protección. Dicha atribución fue indefinida. La madre (D.^a María Ángeles) y los niños, residían en vivienda propiedad de los abuelos maternos, arrendada a D.^a María Ángeles.

De lo actuado se deduce que ambos perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, y una digna autonomía económica. Por tanto, no consta la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar "sine die", por lo que de acuerdo con el art. 96.2 del C. Civil,

²²⁰ STS 29 abril 2013.

²²¹ VERDA Y BEAMONTE J.R. “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, noviembre 2015, pág. 19.

aplicado analógicamente, se fija un plazo de tres años durante el que el padre podrá hacer uso de la vivienda familiar y garaje, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes, quedando integrada la vivienda y el garaje en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.”

La STS de 11 febrero 2016, va mas allá, cuando se no exista una necesidad especial o interés más necesitado de protección, facilitando la liquidación del bien “...al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015, rec. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.”²²²

La solución dada por el Tribunal, optando por un criterio de temporalidad, que sin duda acorta los problemas, se asemeja al párrafo tercero del art 96. Llama la atención que este supuesto previsto para

²²² La STS de 22 de octubre de 2014 “...Procede la estimación del motivo de acuerdo con el art. 96 del C. Civil, dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al art. 1404 del C. Civil, para evitar más litigios.”

cuando no haya hijos o estos sean mayores de edad,²²³ se contempla ahora concurriendo hijos menores de edad, cuando la limitación temporal en la atribución del uso, quedaba proscrita “en interés de los menores”²²⁴. No se puede interpretar esto como una puerta abierta a ser interpretado para las custodias monoparentales, pues bien se ha encargado el Tribunal Supremo de desatacar que “aunque esta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta la norma...”²²⁵.

²²³ Doctrina del Pleno del TS de 5 de septiembre de 2011.

²²⁴ Doctrina del Pleno de TS de 1 de marzo de 2011.

²²⁵ STS de 2 de julio de 2014.

CAPÍTULO CUARTO UNIONES DE HECHO

I. LA UNIÓN DE HECHO

Las uniones de hecho como modelo de convivencia, constituyen una realidad social que nadie discute. La Constitución proclama en el art 39.1, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, y en el art 32, que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. A la vista de estos preceptos La STC de 17 de junio de 1999, pone de relieve que el concepto constitucional de familia no se reduce al modelo matrimonial, y aunque falte una formalidad nupcial, esto no significa, que no participe de sus notas esenciales: unidad, estabilidad y afectividad. En consecuencia la protección constitucional a la familia, que dispensa el art 39 de la CE no condiciona a esta ni excluye ninguna de sus modalidades, con independencia de cómo se denominen.²²⁶

La falta de una cobertura legal específica, hizo a la jurisprudencia resaltar en un primer momento, que este carácter “alegal y ajurídico”, no podía ignorar sus efectos, de tal suerte, que estos debían ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.²²⁷

Si hablamos de un marco legal regulatorio, ya ponía de manifiesto en el capítulo de los presupuestos, lo llamativo que resulta, el hecho de que nuestro legislador tan fructífero en algunos temas, haya permitido que nuestro ordenamiento jurídico carezca una regulación unitaria de las parejas de hecho. Este abandono o dejadez estatal ha permitido a los parlamentos autonómicos solventar un limbo jurídico, de desigual modo, y sin la uniformidad que hubiera sido deseable.

²²⁶ Las sentencias de Tribunal Supremo han utilizado indistintamente diversas expresiones para referirse a esta uniones; “uniones «para matrimoniales” (STS de 21 de octubre de 1992), “familia natural” (STS de 29 de octubre de 1997), “situación de hecho con trascendencia jurídica” (STS de 10 de marzo de 1998) “Convivencia more uxorio” (STS de 30 de octubre de 2008), “pareja de hecho” (STS de 27 de marzo de 2008 y 6 de octubre de 2011,) ,”pareja de hecho” STS del pleno de 11 de abril de 2013.

²²⁷ STS de 30 de octubre de 2008.

El hecho de que dos personas, con independencia de su sexo, convivan unidas por un vínculo de afectividad análoga a la conyugal, crea un conjunto de relaciones, derechos y deberes personales y patrimoniales, tanto entre sus miembros como con relación a terceras personas, que no pueden ser desconocidos por el derecho positivo y que merecen la protección de los poderes públicos mediante la correspondiente legislación.²²⁸

II. EL DIFERENTE TRATAMIENTO DEL MATRIMONIO Y DE LA PAREJA DE HECHO.

La cuestión de la aplicación analógica entre matrimonio y pareja de hecho, fue tratada en la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo el 10 febrero 2011, en el asunto *Korosidou vs Grecia*. En esta sentencia, se niega la asimilación pedida entre ambas instituciones. "las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos".

El Tribunal Constitucional ha reiterado que la protección de la que son merecedoras las parejas de hecho en absoluto comporta su equiparación legal con la institución del matrimonio, tratándose de situaciones similares, pero no idénticas, aun insertas ambas en el ámbito del Derecho de familia. Así, "lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento...que el

²²⁸ LEY 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana

dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.²²⁹

La STC de 28 de febrero de 1994, desvincula la cuestión con el principio de igualdad, “no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio”.

En definitiva, no se trata de negar la realidad de unos elementos comunes entre ambas instituciones, lo que se afirma es que las notas diferenciales, justifican el distinto tratamiento legal.

El hecho de que ante cuestiones particulares, la solución dada por el legislador, sea la misma,²³⁰ no significa que todas las cuestiones que les afecten tengan que tener igual respuesta.

²²⁹ STC de 15 de noviembre de 1990

²³⁰ Art. 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario. Art. 174 de la Ley General de la Seguridad social, en orden a la percepción de la pensión de viudedad.

El antiguo art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que concedía exclusivamente, el derecho a al cónyuge supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad. Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio, y 93/2014, de 12 de junio, El TC reitera que “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales”.

Igual posición, como no podía ser de otro modo, mantiene la doctrina del Tribunal Supremo. El matrimonio y la pareja de hecho son realidades jurídicas distintas, y no cabe aplicar de manera automática por analogía, las soluciones previstas por el legislador para el matrimonio, a la unión de hecho.

Esta primera premisa no ha impedido al Tribunal Supremo tener un criterio favorable a la aplicación por analogía de ciertas normas previstas para el matrimonio para la pareja de hecho²³¹. Tras la reforma sobre el matrimonio en 2005 se aprecia una tendencia jurisprudencial, más restrictivas, que finaliza con la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005, que rechaza en general la aplicación a las uniones de hecho, las normas previstas para el matrimonio, en temas como la vivienda familiar y la pensión compensatoria, con la idea de que no estamos ante realidades equivalentes. “Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”. Cuestión distinta es la procedencia de una indemnización o compensación al conviviente tras la ruptura de la pareja de hecho.

“Por ello, debe huirse de la aplicación por ‘analogía iuris’ de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio”.

Con este mismo criterio el Tribunal Supremo rechaza aplicar a la unión extramatrimonial el régimen de la sociedad de gananciales, por analogía pues falta la identidad de razón entre matrimonio y unión

²³¹ STS de 16 de diciembre de 1996, en cuanto a la vivienda común. STS de 16 de julio de 2002 en cuanto a la pensión compensatoria.

extramatrimonial. Esto no ha impedido en ocasiones la validez del pacto expreso, o tácito desprendido de actos, concluyentes²³², o la aplicación supletoria de los principios generales del derecho, como fuente supletoria, a falta de ley y de costumbre.²³³

Es reiterada la línea jurisprudencial que acude al principio general, que proscribe el enriquecimiento injusto, aplicándolo a la pareja de hecho, para reconocer una pensión.²³⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2008, matiza que solo es posible acudir a los principios generales del derecho, cuando la cuestión se plantee directamente entre vivos.²³⁵

III. PAREJA DE HECHO Y VIVIENDA

La STS de 1 de abril de 2011, en torno al art. 96 parece una excepción, dentro de la tesis general, de no aplicación del artículo 96 a la pareja de hecho, cuando hay hijos menores, pero la respuesta está basada en una argumentación distinta.²³⁶ “En realidad, el criterio de semejanza no se

²³² STS de 2 de diciembre de 1992.

²³³ Resolución DGRN de 7 de febrero de 2013, “resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico -no así desde el social-, destacan precisamente por lo contrario. Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales –que es un régimen económico matrimonial– sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y, 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y, dado que los regímenes económicos matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales”.

²³⁴ STS de 17 de junio de 2003

²³⁵ STS de 14 de marzo de 2014.

²³⁶ STS de 27 de marzo de 2008 y 6 de octubre de 2011.

produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE". Por tanto no cabe que los hijos menores en este caso, reciban un tratamiento jurídico distinto.

Una vez que el tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica del art. 96 cuando no hay hijos menores, aunque no siempre fue así,²³⁷ la cuestión se centra en la situación o derechos sobre el uso de la vivienda, cuando los hijos son mayores de edad o no hay hijos. En principio ya no hay disociación entre propiedad y uso, por el hecho de que se rompa la relación de pareja, y por tanto nos encontraríamos ante una vivienda de titularidad exclusiva de uno de los miembros de la pareja o de titularidad conjunta, o propiedad de un tercero. Podemos cuestionarnos si cabe atribuir el uso, al conviviente más necesitado de protección no propietario, o si el vínculo previo resulta indiferente.

Aparentemente, dos serían las vías posibles, una ley concreta que lo contemplara o un acuerdo previo o posterior de los intervinientes desarrollado en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Para el primer supuesto basta decir que el Código civil no lo contempla, pero si ha habido incursiones en el ámbito autonómico zanjadas por El Tribunal Constitucional, a raíz del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Navarra de 22 de julio de 2000. En este sentido señala "...el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede

²³⁷ STS de 6 octubre 2011 "...el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa". La STS de 16 diciembre 1996, si aplicó las consecuencias del art 96 apoyándose en un principio general del Derecho, de protección del conviviente mas necesitado.

establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja”.

De las dos vías referidas, la primera resulta cerrada. Por tanto, no habiendo hijos menores, fuera de un acuerdo de voluntades o una previsión específica mediante pactos de quien constituye pareja de hecho, no es posible contemplar unos efectos similares al art 96 del CC, para la pareja de hecho.

IV. LA RELACIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA PENSIÓN ALIMENTICIA

La relación entre la pensión de alimentos y la vivienda familiar resulta innegable a la vista de los art 96 y 142 y siguientes del CC. La propia STS de 14 de abril de 2011 destaca, que el principio que aparece protegido en esta disposición (art 96) “...es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC)”. Ahora bien los criterios legales sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, en las situaciones de crisis familiar, distorsionan las reglas con que contempla los alimentos el Código Civil entre. La razón es sencilla, el propio Código separa el concepto de habitación de los alimentos, en los supuestos de crisis familiar, hasta el punto de individualizarlo y dotarlo de autonomía propia, siempre y cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre el destino de la vivienda o no se apruebe el convenio que proponen las partes al respecto.

En un procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo, las partes están facultadas para desgajar los conceptos que integran los alimentos. Así es relativamente común que se fije una cantidad por alimentos, y a la vez se asuma por el progenitor no custodio determinados gastos o el coste de conceptos, que en puridad integran los alimentos, basta poner como ejemplo el gasto de un colegio determinado, o el gasto de ciertas actividades extraescolares, que no tienen por qué ser gastos extraordinarios.

Por su parte en un procedimiento contencioso y conforme al art 93 del CC, el juzgador no va a realizar una identificación, y cuantificación del

contenido de los alimentos. Las sentencias fijan una cantidad por todos los elementos que integran los alimentos; alimentos en sentido estricto, educación, sanidad,²³⁸ habitación, y separa la habitación, cuando existen hijos menores o incapacitados²³⁹ pues así se desprende del art. 96. La pensión alimenticia va a hacerse efectiva en doce mensualidades, sin desglosar conceptos, sin descontarse el mes de vacaciones que pudiera pasar el menor con el progenitor no custodio, ha de entenderse desglosada en partes iguales para los hijos, tantos sean los beneficiarios, actualizándose aunque el convenio regulador o la sentencia lo omitan²⁴⁰ (SAP sec. 22^a, de Madrid de 12 de mayo de 1998, 22 de junio de 1995)

No obstante lo expuesto, la relación entre los alimentos y la vivienda familiar permite considerar dos posturas al respecto: bien estamos ante una separación “ex lege”, de uno de los elementos que integran los alimentos de haber hijos menores, o bien estamos ante un solo concepto en el que caben todas las posibilidades legales integradoras, de tal forma que los alimentos puedan incluir la partida de habitación o no según el caso. La concepción que se tenga sobre el art 96 del CC, dará la respuesta.²⁴¹

Las razones que justifican ambas posturas, toman como punto de partida el interés del menor, cosa que nadie discute, pero resulta, en cierto modo incomprensible que dicho interés, se conciba en unos supuestos como una presunción “iuris et e iure” y en otras se admita aunque como excepción, a modo de una presunción “iuris tantum”. No puede un mismo argumento, ante unos mismos hechos justificar una postura y la contraria a la vez, algo falla en la ecuación.

²³⁸ A tenor del art. 142 CC, el derecho a recibir alimentos comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista.

²³⁹ STS de 30 de mayo de 2012

²⁴⁰ HIJAS FERNÁNDEZ E. “Doctrina Sistematizada de la Audiencia Provincial de Madrid”. Edit. Lex Nova 1999 págs. 243 a 317.

²⁴¹ El art. 149 CC permite que el obligado a prestar alimentos puede satisfacerlos, a su elección, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista, si bien ese derecho de opción no será posible cuando “contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial”.

Lo cierto es que en la primera postura, junto a la separación “ex lege”, entre alimentos y uso de la vivienda, también se hace una interpretación “ex lege” del interés del menor, con independencia de la prueba que pueda resultar. Señala Herrera Puentes, que el juez no tiene potestad para actuar y resolver de otra manera salvo circunstancias excepcionales²⁴², y bien se ha encargado el Tribunal supremo de remarcar que el juez a este respecto -art 96.1- que esta norma es taxativa y no permite interpretaciones limitativas.

En la segunda postura por el contrario, es a través del procedimiento, cuando con una valoración conjunta de las pretensiones de las partes y de la prueba practicada, se llega al convencimiento de que la cantidad que debe fijarse por alimentos en su sentido integro ha de contemplar de forma unitaria también el gasto de habitación, o bien disociar en interés del menor alimentos y uso de la vivienda.²⁴³

Lo cierto es que en la primera postura, junto a la separación “ex lege”, entre alimentos y uso de la vivienda, también se hace una interpretación “ex lege” del interés del menor, con independencia de la prueba que pueda resultar. Señala Herrera Puentes, que el juez no tiene potestad para actuar y resolver de otra manera salvo circunstancias excepcionales²⁴⁴, y bien se ha encargado el Tribunal supremo de remarcar al juez a este respecto -art 96.1- que esta norma es taxativa y no permite interpretaciones limitativas. Cuando se han utilizado argumentos referidos al interés del menor para argumentar lo contrario se han calificado de “especulativos”

Parece que la cuestión el Tribunal Supremo con un aforismo que nos recuerda antiguas escuelas de filosofía del derecho, zanja la cuestión “no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)²⁴⁵. A su vez

²⁴² HERRERA PUENTES PJ, “Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos y Procesales” Obra colectiva (coord. Por Pedro González Poveda y Pilar González Vicente) Sepin 2005. Pág. 576.

²⁴³ Por todos, basta contemplar las conclusiones de los Congresos de la Asociación de Abogados de Familia con magistrados de familia desde 2003.

²⁴⁴ HERRERA PUENTES PJ, “Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos y Procesales” Obra colectiva (coord. Por Pedro González Poveda y Pilar González Vicente) Sepin 2005. Pág. 575 y 576.

²⁴⁵ STS 14 de abril de 2011.

el propio Tribunal, es consciente de este rigor y terminar por hacer excepciones, precisamente al tener en consideración toda la prueba practicada para identificar el interés el menor.

Seña la STS de 29 de marzo de 2011, “cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC”.

Esta sentencia abrió el camino a nuevas excepciones al rigor sobre la atribución del uso de la vivienda, no amparadas en el acuerdo, siempre que hubiera otra a disposición del progenitor custodio por la que quedaran cubiertas sus necesidades de alojamiento. Así se ha contemplado el alquiler de una vivienda (STS 3 diciembre 2013), cuando el progenitor custodio tiene otra vivienda a su disposición (STS 5 noviembre 2012), o cuando esa vivienda corresponde al progenitor no custodio (STS 16 enero 2015).

Como ejemplo de otras excepciones cita HERRERA PUENTES:²⁴⁶ cuando quien pide el uso de la vivienda familiar es el progenitor no

²⁴⁶ HERRERA PUENTES PJ, cit, pág. 576.

custodio y este no se opone, cuando el progenitor custodio resida en otra localidad y no tenga intención de regresar, cuando en la vivienda familiar habiten hijos de otra relación anterior que ya tuvieran atribuido el uso de la vivienda.²⁴⁷

La vía de la excepcionalidad, para atribuir el uso al progenitor no custodio, es contemplada en el Código Civil de Cataluña, art 233-20.

“Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos... “La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos”.

La Ley 7/2015 del País Vasco, en su art 12, ya no habla de una excepción, sino de una facultad judicial “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

Cerrada la vía de asumir la posibilidad, de que los alimentos integren el coste de habitación, disociándolo de la vivienda familiar, salvo las excepciones contempladas, queda por ver, si una posición monoparental de atribución del uso al progenitor custodio tiene un reflejo económico, tanto en los alimentos como en otras cuestiones.

²⁴⁷ En este particular, cuando la vivienda ya tuviera un pronunciamiento anterior de uso “per relationem” a favor de los hijos de la anterior relación, resulta la cuestión clara si estamos igualmente ante hijos menores. Si se tratara de hijos ya mayores de edad, la solución se antoja la opuesta cuando ahora con hermanos de un solo vínculo, los de la nueva relación son menores.

García Cantero²⁴⁸, ya apuntaba en sus comentarios al art 96 con la reforma de 1981, que “no parece que sea expreso designio el legislador que este uso de la vivienda carezca de contraprestación por parte del beneficiario”.

Aunque el Código Civil no lo recoge de modo expreso²⁴⁹, resulta evidente, que la postura que separa “ex lege”, alimentos y uso de la vivienda, no por ello ignora, la relación económica que existe. Cabe que el valor económico del derecho de uso, sobre el que el juzgador ha de calcular su coste, tenga consecuencias indeseables a la hora de fijar la cuantía de alimentos, o una pensión compensatoria. Dicho de otro modo a falta de acuerdo, resulta siempre en la práctica de mayor trascendencia económica el importe que implica la vivienda, (art 96 de CC), que el importe de alimentos del art 93, que cede por residual frente a aquel. Por ello la cuantía de alimentos puede resultar irrisoria, para cubrir otras necesidades, por mor del art 96 y voluntad del progenitor custodio. La conclusión practica a la que se llega es sencilla, el cónyuge excluido de la custodia, quiera o no, está contribuyendo con una aportación de la prestación alimenticia “*in natura*”, cuando se otorga el uso al menor en compañía de su progenitor custodio, de tal suerte, como decimos que resulte intrascendente si la cuantía de alimentos cubre o no, el resto de elementos que integran los alimentos²⁵⁰.

²⁴⁸ GARCÍA CANTERO G. “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales” coord. Por Manuel Albadalejo Tomo II, EDESA, Madrid 1982, pág. 411

²⁴⁹ Por el contrario el Código Civil de Cataluña, en su art 233, si lo hace expresamente, «Artículo 233-20. “Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. 1. Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados... 7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.”

²⁵⁰ GONZÁLEZ DEL POZO JP. “El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos: la interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia” Revista el Derecho 1 de junio de 2015, lo expresa con un ejemplo clarificador “el derecho de uso y la pensión alimenticia funcionan en la práctica como dos vasos comunicantes cuya capacidad total es el equivalente al 100 por 100 de la pensión

Si pensamos en la pensión compensatoria, podemos llegar a un mismo resultado. Para el progenitor custodio, tenga o no a su favor una pensión compensatoria, es indudable que el hecho de que el uso de la vivienda se le otorgue, le supone indirectamente un beneficio económico²⁵¹. El art 96 del Código Civil, se convierte de facto, en el paso previo para poder cuantificar, el resto de las pretensiones económicas, tanto los alimentos del art 93 a cargo del alimentante, como la pensión compensatoria del art 97, a cargo de su acreedor.

A la hora de contemplar esta inevitable consecuencia, dice González del Pozo,²⁵² “...ese valor económico del derecho de uso, susceptible de cuantificación según los precios del mercado inmobiliario de viviendas en alquiler, se traduce, para el cónyuge o progenitor titular del derecho, en un beneficio, cifrado en el ahorro que le supone el uso

alimenticia, de modo que, si la aportación del alimentante en especie o “in natura” al derecho de habitación del alimentista es mayor, su aportación en dinero para pensión alimenticia habrá de ser menor y viceversa. La forma más frecuente de cuantificar el valor del derecho de uso es mediante el método o sistema denominado de comparación, atribuyéndole el valor correspondiente al coste del arrendamiento de una vivienda de las mismas características que la vivienda familiar y ubicada en la misma zona, dividiendo el importe de la renta por el número de ocupantes de la vivienda familiar y multiplicando el resultado obtenido por el número de alimentistas. Así, para una vivienda familiar de la propiedad privativa del padre, cuyo valor en renta, según los precios del mercado, sea de 800 euros mensuales, el valor del derecho de uso de la vivienda, a efectos de fijar la pensión alimenticia pecuniaria que ha de satisfacer el padre a la madre custodia por la hija menor común, será de 400 euros ($800: 2$) en caso de ocupar la vivienda tan solo la madre y la hija. Y en caso de pertenecer la vivienda familiar a ambos progenitores, en comunidad ordinaria, por mitad y en pro indiviso, o a título ganancial, el valor a atribuir al uso, para el caso expuesto, sería el de doscientos euros mes ($800: 2 = 400: 2 = 200$).”

²⁵¹ El uso de la vivienda en su relación con el patrimonio ganancial, también ha sido objeto de análisis. Así la SAP Sta. Cruz de Tenerife de 25 de noviembre de 2002 señala, “...el derecho de uso de la vivienda familiar constituye un activo ganancial como beneficio o fruto implícito a la misma, y su atribución en exclusiva a uno de los cónyuges conlleva inevitablemente un desequilibrio patrimonial entre ambos, considerándose así, tanto por la atribución de un derecho con un valor económico a uno de los cónyuges, como por la privación al otro cónyuge de los beneficios derivados del disfrute de ese derecho que detentaba con anterioridad.”

²⁵² GONZÁLEZ DEL POZO,JP., “El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos: la interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia” *Revista el Derecho* 1 de junio de 2015.

gratuito y exclusivo de una vivienda familiar perteneciente, total o parcialmente, al cónyuge o progenitor no usuario, sin pagar la renta correspondiente a la totalidad o a la cuota parte del inmueble (la mitad u otra cuota parte) cuyo dominio no le pertenece. Correlativamente, para el cónyuge titular exclusivo o cotitular del dominio ganancial del inmueble de cuyo uso se le priva, la exclusión del uso del inmueble durante un plazo determinado, judicialmente impuesta, acarreará un innegable perjuicio económico, concretado en el gasto que debe soportar para procurarse otro inmueble que le sirva de casa-habitación donde alojarse.”

Este valor económico, que indirectamente ocasiona desequilibrio, parece que será finalmente por ser contemplado por el legislador. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”²⁵³, contempla expresamente en este particular (punto 96.4 de la redacción propuesta).

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

Aun siendo un reconocimiento de la realidad, tampoco se ve una consecuencia práctica distinta o trascendente, pues ya contemplan los tribunales esta situación. El valor que debe atribuirse al uso de la vivienda, para el cálculo de las pensiones, tanto alimenticia como compensatoria, ha venido siendo recogido por nuestra jurisprudencia menor²⁵⁴.

²⁵³ Objeto de los dictámenes del Consejo Fiscal, de 13 de septiembre de 2013, del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de septiembre de 2013, y del Consejo de Estado de 24 de julio de 2014.

²⁵⁴ SAP Madrid, Secc. 24^a, de 6 de marzo de 2013 “...considerando que los hijos y la madre tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, de carácter privativo del demandante y exenta actualmente de préstamo hipotecario, según manifestó éste en el interrogatorio (minuto 61 y 74 de la vista), hay que concluir que la cantidad fijada en concepto de pensión alimenticia no vulnera por defecto el criterio de proporcionalidad proclamado en el artículo 146 del Cc., por lo que la pretensión de incremento debe ser rechazada”.

De igual modo ha sido replanteado en el proceso liquidatorio. La STS de 23 de enero de 1998, ya apuntaba que este derecho de uso de la vivienda familiar ganancial atribuido judicialmente no constituye una carga real que deba valorarse en la liquidación de la sociedad de gananciales y mucho menos descontarse del valor total del inmueble. La STS de 23 de diciembre de 1993, dejaba la puerta abierta a compensar en el momento liquidatorio ese uso “como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución”²⁵⁵.

Sin reproche al planteamiento jurídico, no se debe obviar que puestos a sacar un inmueble a subasta no es lo mismo, que esté libre de ocupantes, a que este ocupado con personas con título para ocuparlo.

Mayor trascendencia va a tener sin duda, La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de “Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, pues va más allá del Anteproyecto, y a la postre coloca a las partes en una posición de igualdad, para poder llegar a un acuerdo sobre el uso de la vivienda. En este sentido, el art. 6 sobre la “Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar”, establece.

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

²⁵⁵ Es doctrina jurisprudencial, que el pago de las cuotas hipotecarias a satisfacer por ambos es a efectos liquidatorios, una deuda de la sociedad de gananciales art.1362.2 del CC y no una carga de los arts. 90 y 91 del CC (STS, de 28 de marzo de 2011).

convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores”²⁵⁶.

La solución de la Ley valenciana, recuerda a unas de las propuestas por García Cantero en la obra citada, ya en 1982, cuando refiere a la posibilidad de constituir un “especialísimo contrato de arrendamiento no sujeto al régimen especial arrendaticio”.

²⁵⁶ Sentencia TSJCV 7/2015, de 25 marzo, declara como doctrina sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril que: "Los pagos realizados por uno u otro cónyuge durante el tiempo de convivencia para satisfacer las cuotas de amortización hipotecaria de la vivienda podrán conceptuarse como contribución a cargas del matrimonio, sin perjuicio del derecho del cónyuge a ser reembolsado por el otro en los términos del artículo 11.2 de la Ley de la Generalidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo , cuando no guarde la debida proporción con su valor en uso."

CAPÍTULO QUINTO LAS REFORMAS LEGALES EN CURSO

Los cambios previsibles sobre el hoy vigente art 96 del CC, vienen de la mano del “Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.”

Al Anteproyecto originario, limitado en un primer momento al “ejercicio de la corresponsabilidad parental”, se le ha añadido otra mención “y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”, que da justificación a la modificación de otros artículos del Código Civil que se ven afectados. A día de hoy el Anteproyecto, ha sido objeto de estudio y análisis en los dictámenes del Consejo Fiscal, de 13 de septiembre de 2013, del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de septiembre de 2013, y del Consejo de Estado de 24 de julio de 2014.

La materia del derecho civil, que más reformas ha tenido desde que fue promulgado el Código Civil, como ya se ha señalado, es la relativa al derecho de familia. En todas ellas la justificación ha venido de la mano en su argumentario, de los cambios sociales y de la conciliación de los intereses superiores, que representan la familia y el menor.²⁵⁷

²⁵⁷ En el particular sobre la vivienda familiar, señala la Exposición de Motivos “El Juez acordará, en relación con la residencia de los hijos, aquellas medidas que sean en su interés y que garanticen su derecho a una residencia digna. No obstante, si bien en el artículo 96 se tiende a que a la vivienda familiar, desde el inicio, se le dé un destino definitivo, se regulan las reglas que deben regir para la atribución de su uso, para el supuesto de que ello no se lograra.- Así, se procurará que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor, por encima de cualquier otra consideración, y se atienden los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia, sólo en la medida en que dichos intereses sean compatibles con el citado interés superior de cada menor. Sobre la base de ese criterio general, el precepto tiene en cuenta si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia individual, y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de

En el Anteproyecto, se modifican los artículos 90 a 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396, y se introduce un nuevo art. 92 bis. Parece que han quedado para el recuerdo, los artículos breves y sencillos en el Código Civil. La justificación que en su día se daba a los artículos 91 a 101 del CC a la hora de fijar las medidas complementarias al pronunciamiento de nulidad separación y divorcio, refería en cuanto a su extensión, que no se podían abarcar todos los supuestos posibles y que en cierta medida los principios que la presidían, interés de la familia e interés del menor, daban facultades suficientes a los tribunales para la resolución de los conflictos. Se ve que no ha sido así, y vamos camino, siguiendo la moda del legislador, de artículos densos y más pormenorizados.

La redacción propuesta en el Anteproyecto del art. 96 del CC es la siguiente:

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

2. Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de

convivencia.- En todo caso, la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se la hubiera atribuido por tener su guarda y custodia, o dos años prorrogables durante otro, si la atribución fue por razón de necesidad del cónyuge o, en todo caso, hasta que se le dé un destino definitivo. La materia se completa estableciendo criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda y para la resolución del caso, muy frecuente en la práctica, en que algún familiar próximo haya cedido un inmueble para que vaya a vivir el matrimonio”.

los enseres y del ajuar existente en la misma en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

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

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

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

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

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

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

5. Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Cuando se atribuya el uso de la vivienda a ambos cónyuges por periodos alternos, el abono de los gastos ordinarios será a cargo de aquél que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda. No obstante, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

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

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

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

7. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido al progenitor no titular de la misma por razón de la guarda y custodia de los hijos, se precisará el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, debiendo poner en conocimiento del Juzgado la nueva residencia de los hijos.

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

En líneas generales, la propuesta sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, establece una serie de criterios para su atribución incrementando las facultades del juez, contempla el periodo temporal de uso, la incidencia de éste uso en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria, la distribución de los gastos e impuestos, la situación de la vivienda que no es propiedad de los cónyuges, y la situación registral.

Se supera el automatismo que vinculaba la atribución de la vivienda con la guarda y custodia, a la par que contempla la realidad de la guarda y custodia compartida, tan combatido por la doctrina como por un sector de la jurisprudencia menor.

El Anteproyecto elimina el rigorismo del actual art 96, con un primer punto que es un principio programático, del que se han de destacar dos premisas importantes. En primer lugar habla de residencia y así refiere “lugar o lugares de residencia de los hijos”, en vez de “vivienda familiar”. En segundo lugar ya no se realiza una interpretación “iuris et de iure” del interés del menor respecto de aquella, así, “en defecto de acuerdo” el “...Juez acordará lo que considere procedente para la protección de su interés superior, en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda...” La libre valoración que tiene el juez sobre la prueba practicada para determinar la cuestión más importante, como es la guarda y custodia, la tiene para decidir las demás cuestiones.

Cabe entender que la expresión, “en congruencia con las medidas adoptadas sobre su guarda y custodia”, no implica automatismo y por ello se encarga de recalcar “debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda”. Incluso para el supuesto de que los cónyuges “no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada a alguno de ellos, el Juez, para atribuir el uso de la vivienda familiar, prestará especial atención a su titularidad y a criterios de necesidad.”

De mantenerse finalmente esta redacción, la aplicación práctica por los Tribunales, ya nos indicará si es así, o si se interpreta en sentido contrario y “el interés superior de los hijos”, aconseja otorgar el uso de

la vivienda al progenitor que tiene su guarda y custodia y volvemos al sistema de excepciones, creada por la jurisprudencia vinculando de nuevo custodia y vivienda. La redacción propuesta, se va a presta por difusa, a recibir críticas, como las indicadas en el Dictamen del Consejo de Estado²⁵⁸.

De este principio general, del punto primero pasa el anteproyecto a valorar cuatro situaciones:

a) Que la guarda y custodia de los hijos se otorgue a uno solo de los cónyuges. El Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar "... en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda", para admitir, que podrá asignarse a aquel progenitor que, "aunque no tuviera la guarda y custodia de los hijos", "objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos".

²⁵⁸ Sobre esto señala el dictamen del Consejo de Estado que, "aun siendo razonable que la regla taxativa actualmente contemplada en el artículo 96.2 del CC - atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que ostente la guarda y custodia- pueda encontrar algunas excepciones en razón de las circunstancias mencionadas, el Anteproyecto debería seguir contemplándola como regla preferente o general, en línea con lo ya manifestado por el Consejo General del Poder Judicial (pág. 53). A tal conclusión conducen las razones expuestas por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2014, al interpretar la regla contenida en el vigente artículo 96.2 (FJ 2º): "El principio que aparece protegido en esta disposición -dice el Alto Tribunal- es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (artículo 142 del CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 233-20.1 del CCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS de 14 de abril de 2011)". En definitiva, la protección del interés superior de los hijos impone -a juicio de este Consejo de Estado- que el uso de la vivienda familiar sea atribuido, como regla general o preferente y sin perjuicio de las excepciones debidamente justificadas que deseen contemplarse, al progenitor que ostente la guarda y custodia de los hijos."

b) Que alguno de los hijos quede en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro. El Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección.

c) Que la guarda y custodia de los hijos se otorgue con carácter compartido. En tal caso, "si no fuera atribuido el uso de la vivienda familiar por periodos alternos a ambos se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda".

Parece desprenderse que el primer criterio es un uso alternativo de la vivienda. Pero se abren todas las posibilidades atendiendo al "interés más necesitado de protección".

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

La relación de medidas y contramedidas del precepto, serán fuente de numerosas críticas. No se sabe si pretenden buscar una limitación de la discrecionalidad del juez, que algunos confunden con arbitrariedad. Quizás hubiera sido deseable una redacción clara y sencilla que deje valorar al juez la situación familiar sin recelo ni desconfianza, con el fin de que, determine el interés del menor o menores afectados de modo razonado.

d) Que los cónyuges no tuvieran hijos en guarda y custodia o cuando ésta no les fuera otorgada", el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar prestando especial atención "a su titularidad y a criterios de necesidad"²⁵⁹. El presupuesto de hecho de esta previsión legal quedaría mejor redactado como sigue: "Si los cónyuges no tuvieran hijos o, teniéndolos, no les fuera otorgada su guarda y custodia,...". Por lo demás, dado que los criterios de la titularidad de la vivienda y de la necesidad de los cónyuges pueden llevar a conclusiones contradictorias en la asignación del uso de la vivienda -lo que sucederá

²⁵⁹ El presupuesto de hecho de esta previsión legal señala el Dictamen del Consejo de Estado que quedaría mejor redactado como sigue: "Si los cónyuges no tuvieran hijos o, teniéndolos, no les fuera otorgada su guarda y custodia,...".

cuando el cónyuge titular de la misma no sea el más necesitado de protección-, debería indicarse a cuál de ellos ha de atenderse de manera preferente y en qué supuestos puede acudir al otro.

Completa el Anteproyecto en consonancia con estos criterios de atribución el periodo de uso de la vivienda familiar. Hasta ahora salvo acuerdo aprobado judicialmente, o fijación de un plazo en sentencia, la atribución del uso de la vivienda duraba hasta que un nuevo procedimiento de modificación de medidas, dejara sin efecto tal pronunciamiento. El Tribunal Supremo ha reiterado que la limitación de la atribución habiendo hijos menores hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o hasta un plazo fijado por sentencia, se oponía al contenido del art 96²⁶⁰, pues no caben interpretaciones temporales limitadoras²⁶¹. Cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, el Tribunal Supremo, da un respiro a la rigidez del art 96, y sienta doctrina, en este sentido cuando los hijos son mayores de edad, la atribución del uso ha de hacerse conforme al párrafo 3º del art 96²⁶², indicando que dicho precepto no depara la misma protección que a los hijos menores, quedando desvinculado el derecho de uso de la prestación de alimentos.²⁶³ Tampoco resulta determinante el deseo de los hijos de querer convivir con determinado un progenitor. A falta de hijos menores, solo entra en juego el interés más necesitado de protección entre los padres, con la salvedad temporal a favor del no titular.²⁶⁴

Se contemplan ahora en el Anteproyecto dos supuestos: que el Juez atribuya a uno de los progenitores el uso de la vivienda familiar privativa del otro progenitor o común a ambos, por razón de la guarda y custodia, tal atribución se mantendrá hasta que, "cese la obligación de prestarles alimentos". Esta posición que vincula vivienda y alimentos, deshace la doctrina del Pleno del Tribunal Supremo

²⁶⁰ STS de 2 de julio de 2014.

²⁶¹ STS de 17 de octubre de 2013.

²⁶² STS del Pleno de 5 de septiembre de 2011.

²⁶³ STS de 30 de marzo de 2013

²⁶⁴ STS de 11 de noviembre de 2013

anteriormente citada, que desvinculaba ambos principios para el hijo mayor de edad, lo que prolongaría la atribución del uso más allá de los 18 años.

Con todo el sentido, en cambio, cuando el uso se otorga a quien no tiene la custodia, ya sea la vivienda familiar privativa del otro o común, "dicha atribución estará limitada a "un tiempo máximo de dos años que excepcionalmente podrá prorrogarse por otro año" si aquel progenitor continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda.²⁶⁵

²⁶⁵ Posición que se mantiene en la STS de 3 de abril de 2014.

CAPÍTULO SEXTO LEGISLACION AUTONÓMICA

I. PRELIMINARES

No existe en estas líneas un ánimo de hacer un estudio exhaustivo de todo el marco autonómico, que ha regulado recientemente a cerca de la vivienda en las situaciones de crisis familiar. Ahora bien la trascendencia que estas normas tienen con la aplicación diaria por los Tribunales, la visión más actualizada que ofrecen sobre el tema, y la influencia que sin duda van a tener en la próxima reforma del art 96 el Código Civil, obligan a hacer esta referencia.

Por todas, la razón de ser de esta legislación en paralelo a la de ámbito nacional, queda explicada en la Exposición de motivos de la Ley 2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.²⁶⁶

“Según la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial propio, como es el caso de la Comunidad Autónoma vasca, pueden legislar sobre instituciones conexas con las ya reguladas, según los principios informadores peculiares del Derecho foral y dentro de una actualización o innovación de los contenidos de éste, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño y la búsqueda de satisfacer siempre, como principio rector, el interés superior del menor, del mismo modo que lo han hecho las demás comunidades autónomas con Derecho civil foral propio”.

En este sentido y en relación a aquellas CCAA, que ha regulado de forma directa la situación de la vivienda familiar, en las situaciones de crisis familiar, procede hacer las siguientes reflexiones.

²⁶⁶ Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Publicado en el BOPV núm. 129 de 10 de Julio de 2015 y BOE núm. 176 de 24 de Julio de 2015. Vigencia desde el 10 de Octubre de 2015.

II. CATALUÑA

La legislación catalana regula la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar, de forma más completa y acorde con la evolución doctrinal y jurisprudencial que el código civil. En un primer momento, hasta la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, esta cuestión estaba regulada en el art 83 del Código de Familia²⁶⁷, que establecía.

“1. El uso de la vivienda familiar, con su ajuar, se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que ésta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión.

2. En defecto de acuerdo o si éste es rechazado, a criterio del Juez o Jueza, dadas las circunstancias del caso, decide, en lo que se refiere a la vivienda familiar, en los siguientes términos:

a) Si hay hijos, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida su guarda, mientras dure ésta. Si la guarda de los hijos se distribuye entre los cónyuges, resuelve la autoridad judicial.

b) Si no hay hijos, se atribuye su uso al cónyuge que tenga más necesidad de la misma. La atribución tiene lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso”.

La regulación catalana, como el vigente art 96 del CC, tenía como primer criterio de atribución, el acuerdo sancionado judicialmente, para a continuación distinguir, según hubiera o no hijos menores de edad. De haber hijos menores, se atribuía el uso de la vivienda y ajuar familiar, “preferentemente”, al cónyuge que tenía atribuida la guarda, mientras durase ésta. Para el caso de que no hubiera hijos se atribuía, con carácter temporal, al cónyuge más necesitado de la misma.

Entre los más llamativo de este texto, se puede destacar , la apertura que implicaba el alcance del calificativo “preferentemente” para la atribución de la vivienda familiar que se atribuye a los cónyuges o progenitores y no a los hijos como dispone el CC. A priori, cabe

²⁶⁷ Ley 9/1998 de 15 de julio. Reformada en 2005, vigente hasta 1 de enero de 2011.

quedando cubiertas las necesidades de habitación que el uso de la vivienda familiar se atribuya al progenitor no custodio. La SAP Barcelona, Secc. 18^a, de 1 de septiembre de 2009, concreta este alcance "el artículo 83.2.a) debe ponerse en relación con el concepto legal de alimentos recogido en el artículo 259 del mismo cuerpo legal, que comprende la vivienda. El término "preferentemente"... garantiza la cobertura o satisfacción de la necesidad de vivienda (de los hijos menores) que se integra como uno de los elementos o partidas más importantes del concepto de alimentos. Ello implica que, salvo en aquellos supuestos en los que quede garantizada la satisfacción de la necesidad de vivienda y se acredite que el progenitor custodio no necesita la misma, debe cumplirse el mandato legal y atribuirse el derecho de uso a los hijos y al progenitor con el que convivan..."

Sobre los hijos mayores de edad, nada dice el texto.²⁶⁸

Resulta llamativa la asignación de la segunda residencia que contempla el art 76 del CFC. Hasta ese momento el criterio mantenido por la AP de Barcelona era contrario a este pronunciamiento²⁶⁹. Este criterio es además el mantenido por la Doctrina Jurisprudencial (STS de 9 de mayo de 2012) que a los efectos de unificar el mantenido por distintas Audiencias provinciales señala que no puede atribuirse una vivienda o local distinto del que constituye la vivienda familiar.

Conforme al citado precepto en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del

²⁶⁸ SAP Barcelona, Sec. 12.^a, 437/2008, de 20 de junio: "No previsto en el art. 83 CF la atribución del uso del domicilio familiar a favor de los hijos mayores de edad imposibilita asignársela a éstos "... En orden a la resolución sobre tal cuestión ha de señalarse que el artículo 83 del CF otorga dicha atribución a uno u otro cónyuge dependiendo de la existencia o no de hijos menores de edad. En cuyo caso, de existir estos, el criterio que señala es el de su atribución preferentemente a aquél que tenga atribuida la guarda, y en el supuesto de no haber hijos, o ser los mismos mayores de edad, o emancipados, lo que prevé es la atribución a aquél de los cónyuges "que tenga más necesidad de la misma", y dicho orden de prelación que el legislador regula para la atribución del uso de la vivienda familiar lo hace teniendo en cuenta, precisamente, que en la misma constituyó su hogar el núcleo familiar, y que para ello no empece a quien pertenezca la propiedad. De ello resulta la procedencia de desestimar el recurso de apelación sustanciado, también sobre éste extremo, al no hallarse previsto legalmente la atribución del uso del domicilio conyugal en favor de los hijos mayores de edad..."

²⁶⁹ SAP de Barcelona secc. 18.^a de 6 de marzo de 2000.

padre y de la madre, debe establecerse:(...) “3. Los demás aspectos que deben regularse, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, son los siguientes: a) La atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, y, en su caso, de las demás residencias”

Este precepto venía siendo interpretado en el sentido de que la petición no estuviera fundada en meras razones de conveniencia o capricho, procediendo cuando "conste acreditada la necesidad de su atribución, como sería el caso de que no disponiendo de vivienda el otro cónyuge al que no se le atribuye la familiar pueda ver satisfecho su derecho a una vivienda que consagra la Constitución Española con la atribución del uso de otra residencia familiar" (SAP de Barcelona de 30 de junio de 2005).²⁷⁰

En el particular que nos interesa, la legislación vigente en Cataluña se encuentra recogida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y dispone lo siguiente.

²⁷⁰ SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de marzo de 2004; "en el sentido de que habrá de efectuarse atribución del uso de las otras residencias (en general) cuando exista razón que justifique la adopción de una medida al respecto, o lo que es lo mismo, caso de acreditarse la necesidad o incluso la conveniencia de acordar una medida que pueda afectar al derecho a la vivienda de uno de los cónyuges (...) De efectuarse aplicación automática del criterio de atribución de cada cónyuge de cada una de las viviendas de las que fueran cotitulares supondría una seria limitación al derecho a la división de la cosa común que no parece querida por la propia ley puesto que el artículo 83, cuando habla de la atribución del uso se refiere al de la vivienda familiar y no se pronuncia sobre otras residencias. De esta manera nos encontramos con que la mención que se efectúa en el artículo 76.3, a) a la atribución del uso de otras residencias se convierte en excepcional atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso en aras a tratar de regular con la mayor eficacia posible todos los efectos de la separación, y por ello de no acreditarse razonablemente que existe una causa justificada para atribuir cualquier otra residencia propiedad de la familia a uno solo de los cónyuges, no cabe efectuar pronunciamiento en sede matrimonial"; doctrina reiterada en la Sentencia de la misma Sección de 22 de noviembre de 2005, que añade que "ello debe ponerse en consonancia con la importante limitación que el derecho de uso sobre un inmueble atribuido en una sentencia, supone para el derecho de propiedad, concretamente para el derecho de disposición sobre el inmueble, limitando la acción de división o la liquidación de la sociedad de gananciales, en el caso de que sea este el régimen económico del matrimonio, pues tanto una como otra vendrán condicionadas por la carga del uso. Deben concurrir por tanto poderosas razones que justifiquen la imposición de dicha limitación".

Artículo 233-20 Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 233-21 Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda

1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Artículo 233-22 Publicidad del derecho de uso de la vivienda

El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

Artículo 233-23 Obligaciones por razón de la vivienda

1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.

Artículo 233-24 Extinción del derecho de uso

1. El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda.

2. El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.

b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.

c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.

d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

3. Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

De la comparación de este texto con el art 96 del CC, resulta a simple vista, la diferente extensión del art 233 CF. Como textos que les separa casi 30 años, es lógico que el más moderno, asuma otro contexto social, y además salve o intente salvar los problemas del primero.

El art. 96. Del CC parte de una concepción individual del régimen de custodia y por consiguiente, de la atribución judicial el uso de la vivienda familiar, que atribuye al progenitor custodio, procurando no separar a los hermanos. La Ley de 8 de julio de 2005, da nueva redacción al art. 92 CC, admite que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, y deja el art 96 más desfasado con la realidad. Ejemplo claro es este art 233.

En este sentido podemos destacar que:

-En el CC de Cataluña la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez a falta de acuerdo de los progenitores, cualquiera de las modalidades, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 233-10 y 11 CC de Cat). Este planteamiento tiene sus lógicas consecuencias en el abanico que abre de posibilidades de atribuciones uso de la vivienda-

-La vivienda se despega del automatismo de la custodia, para aproximarse a su vertiente alimenticia. Así, el art. 233-20 del Código Civil de Cataluña, señala; 4. "Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos"

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

233.21 “La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

b) Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos...”

III. ARAGON

La regulación actual se encuentra en el «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, 1/2011 de 22 de marzo, que deroga entre otras la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

*El artículo 81 del CDF de Aragón,*²⁷¹ recoge el art 7 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, la Atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, dispone;

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

²⁷¹ la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. (Vigente hasta el 23 de abril de 2011)

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

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

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

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

Parte la regulación de Aragón de configurar la custodia conjunta o compartida como un régimen de guarda preferente, frente a la custodia individual. La custodia compartida no sólo no se concibe como una solución especial para unas circunstancias concretas, sino excepcional, sino como el régimen normal que representa el interés general para el menor, por lo que es regla general, salvo que concurran circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón)²⁷²

Supera este artículo al igual que la más moderna normativa autonómica, el rigor legal del art 96 Código Civil, para atribuir la vivienda en caso de ruptura de la convivencia. Punto determinante no

²⁷² El Preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, señalaba, “...En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia. En la custodia individual, se atribuye el uso con carácter general a favor del progenitor que ostente la custodia, a menos que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. En todo caso, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores tendrá una limitación temporal...”

solo es la custodia compartida, pues se establecen criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar según se trate de custodia compartida o custodia individual. En este último caso contempla la posibilidad de atribución judicial al progenitor no custodio, a falta de acuerdo, si ello representa el mejor interés para las relaciones familiares. Establece que, con carácter general, la atribución exclusiva del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, tanto en los casos de custodia compartida como individual, con un carácter temporal, y deja abierta de venta “si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares”, con la posibilidad de adjudicación del dominio sobre la totalidad del inmueble a uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales, o en la extinción del condominio, en su caso.

IV. VALENCIA

En igual sentido, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece.

Artículo 6 Atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar²⁷³

²⁷³ El Preámbulo e la Ley respecto del artículo 6 razona “se ocupa de la atribución de la vivienda familiar y del ajuar doméstico. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida se procura que en la asignación de la vivienda prevalezca el interés superior de cada menor por encima de cualquier otra consideración y se atienden los intereses del cónyuge que más dificultades pueda tener para encontrar una nueva vivienda tras el cese de la convivencia sólo en la medida en que sean compatibles con el citado interés superior de cada menor. Sobre la base de ese criterio general, el precepto tiene en cuenta si se está ante un supuesto de régimen de convivencia compartida o de atribución de la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores y se prevén diversas soluciones dependiendo de si la vivienda familiar es común a ambos progenitores o un bien privado del progenitor que no resulta adjudicatario del régimen de convivencia. En todo caso, la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal, la autoridad judicial fijará el periodo máximo de uso y el régimen jurídico previsto en el precepto no se aplicará a las viviendas que se disfruten como segunda o ulteriores residencias.”

1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.²⁷⁴

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

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el periodo máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren

²⁷⁴ Sentencia TSJCV 7/2015, de 25 marzo, declara como doctrina sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril que: "Los pagos realizados por uno u otro cónyuge durante el tiempo de convivencia para satisfacer las cuotas de amortización hipotecaria de la vivienda podrán conceptuarse como contribución a cargas del matrimonio, sin perjuicio del derecho del cónyuge a ser reembolsado por el otro en los términos del artículo 11.2 de la Ley de la Generalidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, cuando no guarde la debida proporción con su valor en uso."

circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.

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

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

6. Cuando se haya decidido que ninguno de los progenitores permanezca en la vivienda familiar, se efectuará el reparto de los bienes que compongan el ajuar familiar y de los demás, sean comunes de los progenitores o privativos de uno u otro de ellos, de acuerdo con la legislación que les sea aplicable y previo acuerdo de aquéllos o resolución judicial en otro caso.²⁷⁵

Lo más llamativo de esta norma, es no solo que tenga en cuenta de modo expreso, que se han de ponderar los alimentos con la atribución a los hijos del uso de la vivienda, común o privativa del no custodio, sino que, establece un módulo para valorar y cuantificar ese derecho de uso. Esto permite de entrada, en la negociación o en la mediación para alcanzar un acuerdo sobre el destino de la vivienda común o privativa, tener un punto de partida más a valorar, incluso cuando la custodia no sea discutida. Evitará agravios comparativos y tener que articular peticiones alternativas por la procelosa vía de discutir y argumentar cual es el verdadero interés del menor. Basta pensar que el la STS de 29 de mayo de 2015, advierte que el interés del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso, pues se

²⁷⁵ Sentencia TSJCV 17/2014, de 4 diciembre, declara como doctrina sobre la interpretación del artículo 6 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril , que: "Que el régimen de atribución del uso de la vivienda y ajuar doméstico y el régimen de compensación por la pérdida del uso de la vivienda familiar en favor del progenitor que sea propietario o copropietario de la misma, resulta de aplicación en el supuesto de que la vivienda sea de propiedad de una sociedad mercantil participada exclusivamente por los progenitores con independencia de su porcentaje".

trata de un “argumento simplemente especulativo”, que tendrá su razón de ser en algunos casos no en todos.

La aplicación práctica de esta compensación, ha llevado a pronunciamientos que: cuantifican la misma con los alquileres medios de la zona, coste de los impuestos y servicio públicos (SAP de Castellón de 23 de enero de 2013), un porcentaje del alquiler de una vivienda similar (SAP de Valencia 18 e enero de 2012), incluso con su no apreciación al ser computado en su día con los alimentos fijados, (SAP de Alicante de 24 de septiembre de 2012)

V. PAIS VASCO

La situación de la vivienda familiar en caso de ruptura familiar está contemplada en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.²⁷⁶

Sobre el particular interesado dispone:

Artículo 12. – Atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico

²⁷⁶ La Exposición de motivos de esta Ley recoge “tiene el objetivo primordial de defender el interés superior de los hijos e hijas menores en los casos de ruptura de la relación de sus progenitores, así como ayudar en la promoción de la igualdad. Esta ley se fundamenta en la conjugación de los siguientes principios:

- 1.- Corresponsabilidad parental. Que garantiza que ambos miembros de la pareja participen de forma igualitaria en el cuidado y educación de sus hijos e hijas y en la toma de decisiones que afecten a los intereses de estos.
- 2.- Derecho de las personas menores de edad a la custodia compartida. Derecho de las y los menores de edad a crecer y vivir con ambos progenitores tras la ruptura de la pareja, en un sistema de convivencia de custodia compartida lo más igualitaria posible, siempre que cualquiera de sus progenitores lo solicite y no sea contrario al interés del menor.
- 3.- Derecho de la persona menor de edad a relacionarse de forma regular con el progenitor no custodio y con las familias extensas de ambos.
- 4.- Igualdad entre hombres y mujeres. Que promueve que las relaciones entre hombres y mujeres en función de sus hijos e hijas, durante y después de la ruptura de pareja, se basen en el diálogo, el respeto y la igualdad.”

1. – En defecto de acuerdo o de su aprobación judicial, el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, y de los enseres y el ajuar existente en ella, en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos e hijas, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda.

2. – El juez otorgará el uso de la vivienda familiar preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes si es lo más conveniente para el interés de estos.

3. – El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos.

4. – Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas.

5.– La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.

En todo caso, la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes. El ejercicio abusivo o de mala fe del derecho a solicitar la revisión podrá dar lugar a responsabilidades civiles o de carácter patrimonial.

6.- El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado.

7. - En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja.

8. - Si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

9. - En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual corren a cargo del beneficiario del derecho de uso.

10. - La parte que haya de abandonar la vivienda familiar podrá retirar sus ropas, efectos y enseres de uso personal y profesional, en el plazo que prudencialmente se señale, procediendo a realizarse un inventario del resto de los bienes y enseres comunes que permanezcan en la vivienda.

11. - Son causas de extinción del derecho de uso: a) El fallecimiento del beneficiario del uso. b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes. c) La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario. e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos. f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada.

12. – En los casos c) y d) del apartado anterior deberá acreditarse el hecho causante de la extinción mediante el procedimiento para la modificación de medidas, pudiendo llevarse a efecto en el resto de los supuestos por vía de ejecución de sentencia.

13. – Una vez extinguido el derecho de uso, el progenitor titular de la vivienda podrá recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y podrá solicitar, si procede, la cancelación del derecho.

14. – Para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso corresponda al beneficiario no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en ausencia del mismo, la autorización judicial.

VI. CONSIDERACION FINAL

La conclusión a la que se llega tras esta breve exposición de la normativa autonómica, es que cada una con sus matices, y con una regulación más extensa, ofrecen nuevas soluciones, de tal modo que permiten al tribunal, hacer una valoración propia y global de cuál es el interés familiar y el interés del menor en particular. Las soluciones legales resultan ahora más equitativas que el art. 96 CC. En este sentido estas normas dan unas facultades al juez, hasta ahora desconocidas por el automatismo, con salvedades a que conducía dicho precepto. Sin duda estas normas van a ser un referente para el legislador nacional, que entiendo ha de velar para no crear desigualdades. La futura reforma a la que el propio Tribunal Supremo en sentencia de 3 de abril de 2014, califica de, inexcusable, necesaria, nueva y completa, participará sin duda de muchas de las soluciones ya ofrecidas, así como de la ventaja inestimable, de este periodo transitorio de aplicación real.

CAPÍTULO SÉPTIMO CONSIDERACIONES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SU CONTINUIDAD TRAS EL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR: LA PERVIVENCIA DE LA DEUDA Y LOS HEREDEROS COMO DEUDORES

I. NOCIONES PRELIMINARES SOBRE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Conforme al artículo 101 del Código Civil: *El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.*

Sigue a continuación su párrafo segundo: *El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*²⁷⁷.

En principio, el fallecimiento del *ex* cónyuge deudor no produce el efecto de extinguir la pensión compensatoria²⁷⁸. Es decir, la deuda se integra en la masa hereditaria y con ello la obligación es asumida por los herederos. Por el contrario, el fallecimiento del cónyuge acreedor, sí extingue la pensión compensatoria, al tratarse de un derecho personalísimo, no transmisible a los herederos del causante deudor²⁷⁹.

²⁷⁷ Por todos, vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil, tomo VII, Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 10 ed.; también *tomo VI, Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 13ª ed., y bibliografía allí citada.

²⁷⁸ Recuérdese el artículo 661 del Código civil: “Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”.

²⁷⁹ En la materia, vid., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova, 2008 y la bibliografía allí citada; adicionalmente de la misma autora: “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, *RCDI*, julio-agosto, 2009, págs. 1183 a 1.212; “Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales”, *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias*, Gómez Gállego (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2008, pp. 947-967; “Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código civil español (La *vicenda* modificativa,

En este punto, hemos de tener en cuenta que en nuestro sistema sucesorio, al aceptar una herencia se adquieren de un modo u otro, las cargas que tuviera el causante, entendidas en sentido amplio como deudas, cargas y legados²⁸⁰. Se asume casi como un hecho de justicia, que se recibe un patrimonio y se hace un cargo de las deudas de este, “antes es pagar que heredar”. Claro está, que ante las dudas que pudieran surgir sobre nuestro bienhechor, los herederos legitimarios o extraños, siempre tienen la posibilidad de solicitar en plazo, el derecho de deliberar o pedir la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Lo cierto es que no suelen conocerse las deudas del causante, más allá de hechos o especulaciones que la cercanía nos permita intuir. Antes bien, existe en quien se ve llamado a la herencia, una curiosidad más o menos disimulada, por conocer la faceta activa del patrimonio a heredar.

Al concurrir como herederos a una herencia, seamos legitimarios o no, habrá de reconocerse, que tomar conocimiento de determinadas deudas como la que ahora nos atañe, puede producir un cierto sentimiento de incredulidad o sorpresa.

Puede resultar al heredero un tanto extraño este acreedor, con quien puede no haber parentesco, ni vínculo o relación alguna. Estamos ante los supuestos del hijo o hijos de una segunda relación, o de esta nueva pareja con la que se contrajo matrimonio o que siendo pareja de hecho se le nombró heredera, o incluso de un tercero extraño a quien se designó heredero universal. Idéntico sentimiento puede asaltar a los hijos de aquel matrimonio, cuya ruptura fue traumática, donde no tomaron partido en su día por un progenitor, transformado ahora en su acreedor, con quien compartirán –en sentido figurado– la herencia recibida. Igualmente puede sorprender a estos herederos, que de forma indirecta este acreedor, se va a beneficiar ahora, de lo que por vía legal le fue vedado, pues a consecuencia de la sentencia separación o divorcio, había quedado excluido expresamente de la sucesión (art. 834 del CC).

la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales”, *ADC*, tomo LXI, fas. II, 2008, pp. 619 a 719.

²⁸⁰ Vid., MINGORANCE GOSÁLVEZ, *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid, 2004.

El art. 101 del CC, tras señalar que la pensión compensatoria no se extingue por la muerte del deudor, con la consecuencia patrimonial de su transmisión al heredero que pasa a ser el nuevo deudor, matiza a continuación esta afirmación en los siguientes términos: *No obstante los herederos... podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.*

Esta aclaración, dirigida con especial intención al heredero y su nuevo acreedor, suscitará a ambos dos cuestiones importantes: ¿durante cuánto tiempo se tiene que pagar esta deuda? y ¿cuánto será su importe final?

Al interlocutor jurídico también le permite plantearse otras consideraciones y dudas; ¿era necesario este artículo? ¿afecta a todos los herederos o solo a los legitimarios?, ¿se crea con esta disposición para herederos no legitimarios, una deuda de inferior categoría de la que responde el heredero *ultra vires hereditatis* o *intra vires hereditatis*?, ¿tiene influencia que la pensión compensatoria fuera temporal o sin límite de tiempo?, ¿tiene la misma consideración si es fijada en un convenio regulador como cantidad fija alzada, pagadera por meses?, ¿cabe una reversión tras el fallecimiento, si aquella pensión compensatoria fue sustituida en vida del causante, por alguna de las modalidades del art. 99 del CC, renta vitalicia, usufructo, o entrega de un capital en bienes o dinero?, ¿resulta conveniente tras el fallecimiento instar la sustitución de la pensión por alguna modalidad del citado art. 99 del CC?, ¿qué consecuencias tiene la solicitud ante notario de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario y cómo afecta a este expediente?, ¿cómo afecta a la comunidad hereditaria o a la división de la herencia, cuando es realizada por el causante o por lo herederos de común acuerdo, o a través del procedimiento de división judicial de herencia?, ¿puede oponerse el acreedor de la pensión compensatoria a la partición, hasta que se le pague o afiance?, ¿a qué herederos atribuirá el contador esta deuda?, ¿no hubiera sido más fácil limitar por ley la cuantía de la prestación?, y si hablamos de limitar la cuantía de la prestación al tercio de libre disposición, ¿se tomará en cuenta lo que el causante donó en vida?, ¿qué significa la expresión necesidades de la deuda?

No es mi pretensión, aburrir con un interminable cuestionario, ni pueden estas líneas, dar una cumplida respuesta al mismo, pero en cualquier caso estas cuestiones, nos sirven para incitar la curiosidad,

sugerir consideraciones sustantivas y procesales y servir de guía para hacer este breve apunte.

La aproximación a los anteriores extremos, deben tomar como punto de partida, unas someras consideraciones, tanto de la pensión compensatoria, en cuanto derecho del acreedor que va a ser reclamado a los herederos, como de la herencia, donde se inserta y fundamenta la obligación de pago, tras el fallecimiento del deudor.

Se puede decir, que la pensión compensatoria, como deuda hereditaria, no participa de la naturaleza de otros débitos de la herencia, pese a que se satisfará por el heredero, pues difiere de aquellos, por su régimen jurídico peculiar. Estamos ante una deuda especial y de “inferior” categoría, pues su propia razón de ser, puede provocar su extinción –no por su pago o cumplimiento como sería lo propio de cualquier obligación– sino por la cuantía del haber hereditario y el propio devenir personal de los sujetos implicados.

II. EL EX-CÓNYUGE DEUDOR FALLECIDO Y EL TITULAR DEL DERECHO A SEGUIR PERCIBIENDO LA PENSIÓN: REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS

Titulares de la relación jurídica constitutiva de esta obligación, como de cualquier otra, son el acreedor y el deudor. Dicho de otro modo, el cónyuge a cuyo favor se otorgó una pensión compensatoria –sujeto activo– y tras el fallecimiento del cónyuge deudor, su heredero o herederos –sujeto pasivo–.

La determinación del sujeto activo no ofrece dudas. Su título deriva de una sentencia que concedió el citado derecho, bien en un procedimiento contencioso, bien por sentencia o decreto u otorgamiento de escritura pública, aprobando un convenio regulador presentado por las partes. Nada impide, que el título quede fijado en un acuerdo prematrimonial o en los denominados pactos preventivos y que pueda formalizarse en escritura pública.

El título en este caso con independencia de cómo se denomine, es para el Tribunal Supremo (SSTS, 31 de marzo de 2011, y 24 de junio de 2015) un pacto atípico admisible, partiendo de la eficacia de los

acuerdos, siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos en cuanto expresión del principio de autonomía de la voluntad²⁸¹.

Las posibilidades de este acreedor, teniendo un título judicial o extrajudicial, a su favor, se circunscriben a instar una demanda de ejecución, o continuar la ya despachada, en cuyo curso haya fallecido el causante. Más extraño resultará su personación en un procedimiento de división judicial de la herencia.

La determinación del sujeto pasivo, presenta como en toda sucesión hereditaria, una mayor complejidad, ya sea la sucesión testada o intestada. En cualquier caso su averiguación es vital para que el acreedor pueda seguir percibiendo la prestación económica. La determinación de quién es heredero, se fundamenta en el art. 658 del CC, *la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y a falta de éste, por disposición de la ley.*

Conocer quiénes son los herederos en una sucesión testada resulta sencillo, basta solicitar el correspondiente certificado al Registro General de Actos de Ultima Voluntad²⁸².

Como la sucesión intestada rige en defecto de la testada y aquella puede coexistir con esta, cuando no comprende el total hereditario del causante, el acreedor puede verse inmerso en una situación transitoria, que finaliza la declaración de herederos, para llegar saber quiénes son los nuevos deudores.

En este sentido, señala el art. 988 del CC, que cualquier heredero puede aceptar o repudiar la herencia, “son actos enteramente voluntarios y libres”, irrevocables (art. 997 del CC), aceptarse la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 998 del CC), expresa o tácita (art. 999 del CC).

²⁸¹ Vid., PÉREZ SANZ, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 26, 1985, págs. 7-34.

²⁸² No falta la sucesión testada, cuando el heredero testado premuere sin aceptar ni repudiar pero trasmite su delación art. 1006 del CC, ni cuando adquiere la herencia el sustituto vulgar art. 774 del CC, ni cuando estamos ante el derecho de acrecer de lo herederos art. 982 del CC y ss.

Por lo que al acreedor atañe, la aceptación expresa de la herencia, no plantea problema alguno, se hace en documento público o privado, de tal modo que ya sabe contra quién continuar su acción. En cambio mayor problemática plantea para aquel, la aceptación tácita, llevada a cabo (...) *por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*, con aclaración sobre los actos de mera conservación o administración provisional, pues *no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero* (arts. 999 y 1000 del CC).

Ante cualquier duda, cabe recurrir a la conminación prevista en los arts. 1004 y 1005 del CC, a fin de que el heredero se pronuncie sobre la aceptación: *Hasta pasados nueve días después de la muerte de aquel de cuya herencia se trate, no podrá intentarse acción contra el heredero para que acepte o repudie.*

*Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente*²⁸³.

En principio y conforme al art. 540 de la LEC, tampoco plantea objeción alguna, despachar o continuar una ejecución frente al que se acredite como sucesor de quien en el título aparezca como ejecutado. De haber fallecido el ejecutado durante la pendencia del proceso de ejecución, no será necesaria una nueva demanda ejecutiva, toda vez que la muerte del ejecutado abrirá su sucesión procesal. De haber fallecido el deudor con anterioridad a una demanda de ejecución, procederá despachar esta, contra el que se acredite sucesor.

No es necesario que el ejecutante conozca a todos los herederos del causante, ya se encargarán estos de ponerlos de manifiesto y traerlos al procedimiento. La personación en el proceso de ejecución de los herederos, no les impide la posibilidad de hacer uso de las facultades del art. 101 del CC, es decir, solicitar la reducción o supresión de la

²⁸³ No está de más recordar, tras la reforma 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que la repudiación de la herencia del art. 1008 del CC ha de realizarse (...) *ante notario en instrumento público.*

pensión compensatoria, en el correspondiente procedimiento declarativo, pues tal pretensión excede los márgenes del proceso de ejecución.

Llegados a esta situación, el titular de la pensión compensatoria puede dirigir la acción contra:

- El heredero o herederos que hayan aceptado la herencia.

- El heredero o herederos que hayan realizado cualquiera de los actos que implican la aceptación de la herencia. Este emplazamiento es una forma indirecta de conminar un pronunciamiento al respecto, pues en su primer escrito han de posicionarse claramente y fijar si tienen la condición de tal o la niegan. Lo que no significa que esa negativa por sí, desvirtúe los actos que implican aceptación tácita o que la renuncia sea considerada extemporánea. Claro está que tales situaciones no se pueden discutir en el cauce de ejecución.

- El heredero que haya dejado transcurrir el plazo que marca el art. 1005 del CC.

- La persona del albacea o del administrador judicial de la herencia. Señala el art. 798 de la LEC, *mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto hasta que se haga la declaración de herederos*. Sobre la persona a la que corresponde legalmente la administración de la herencia, dispone el artículo 795.2 que se nombrará administrador al viudo o a la viuda, en su defecto al heredero o legatario de parte alícuota que tuviera mayor parte y si no tuvieren, a juicio del tribunal, la capacidad necesaria para desempeñar el cargo, podrá nombrar administrador a cualquiera de los herederos o legatarios de parte alícuota, si los hubiere, o a un tercero.

- La herencia yacente, situación en la que se encuentra la herencia desde el fallecimiento del causante hasta la aceptación por el heredero²⁸⁴. Conforme al art. 6.4 de la LEC, tiene capacidad para ser parte este patrimonio que transitoriamente esta sin titular, pudiendo en consecuencia adoptar la posición de demandado en un determinado proceso. Esta consideración ya era reconocida por la jurisprudencia previa al actual LEC. El hecho de que la herencia yacente, sea concebida como un patrimonio sin sujeto, implica que su comparecencia en juicio se realiza, (...) *por medio de quienes conforme a la ley, las administren* (art. 7.5 de la LEC). Por tanto será llamado al proceso el albacea o el administrador judicial de la herencia como se ha señalado en el apartado anterior.

Es frecuente ante el emplazamiento a una herencia yacente e ignorados herederos del causante en el último domicilio conocido de este, que aparezca alguno de los herederos, a quienes se les requiere la presentación de testamento, o declaración de herederos *ab intestato*, o indicación para que designen a los mismos. En este sentido, suelen personarse en autos los interesados.

La situación se complica cuando no comparece nadie ni se presenta documentación al respecto. Esta situación no permite inadmitir la demanda o archivar el procedimiento. Es práctica común, ponerlo de manifiesto al ejecutante para que inste lo oportuno para la averiguación de las personas físicas con derecho sobre la herencia. Cabe, de constar la existencia de testamento, que el Juzgado solicite a la Notaría copia de dicho documento, pues la parte, no podrá obtenerla por sí. Como indica la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, han de agotarse todas las diligencias exigibles, tanto por la parte como el Juzgado, para intentar averiguar las personas que han sucedido al fallecido en los derechos sobre la herencia yacente y sus domicilios, con carácter previo a dar curso a un emplazamiento edictal, pues aun siendo éste un formalismo, no ha de impedirse el acceso a la tutela judicial efectiva a quien no ha podido hacer más para averiguar la identidad de los interesados en una herencia yacente.

²⁸⁴ Son diversas las causas que colocan a la herencia en esta situación; que el heredero no haya aceptado todavía, que esté pendiente del derecho de deliberar, que esté sujeto a condición, que esté pendiente la declaración de heredero, etc...

Cuando el emplazamiento se hace a la herencia yacente y a unos herederos ignorados, intencionadamente o no, se presenta la lógica consecuencia de tener que emplazar pues por edictos, con la consecuencia que ello tiene. La RDGRN, de 20 de noviembre de 2007 estimaba que: “La demanda interpuesta contra los ignorados herederos no equivale al emplazamiento de la masa hereditaria aún no aceptada del titular registral fallecido (...) No puede entenderse que la herencia haya sido parte en el proceso (...) al haberse omitido el procedimiento legalmente establecido al efecto que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, designando a un administrador que la represente”. Como esta situación podía desembocar en un formalismo estéril, aun evitando la situación de rebeldía, la DGRN, cambia de criterio en RR, de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011. En este sentido y para adaptarse a la jurisprudencia, sobre que la exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no ha de convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados sea puramente genérico y no considerarse defecto cuando la demanda se haya dirigido contra personas determinadas, como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por tanto, “la nueva doctrina DGRN (...) deja en manos del juez, que sea éste quien valore como suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente y no necesariamente acudir a una mera formalidad” (designación de un administrador solo para ese procedimiento)²⁸⁵.

En esta averiguación del heredero, cabe cuestionarse la incidencia que puede tener la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

²⁸⁵ Vid., “Conclusiones”, *Seminario cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del derecho de sucesiones. Especial referencia a la división de patrimonios y partición hereditaria Madrid, 2, 3 y 4 de marzo de 2011*. Servicio de formación conjunta del CGPJ.

Los efectos de aceptar la herencia a beneficio de inventario se concretan en la limitación de responsabilidad y en la separación de los patrimonios.

El art. 1023 del CC dispone:

El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1.º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma.

2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto.

3.º No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia.

Los efectos son por tanto:

- a) Una limitación de la responsabilidad del heredero,
- b) una falta de confusión de patrimonios del heredero y causante,
- c) una herencia en administración art. 1026 del CC: *Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración.- El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma.*
- d) una liquidación de la deuda para el pago de las deudas y cargas y legados, para por último, art. 1032 del CC quedar el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia, siendo los gastos una carga más de la herencia (art. 1033 del CC).

Sin bien nada impide la aceptación de la herencia de esta forma, la mera consideración de esta opción, por el hecho de existir una pensión

compensatoria entre las deudas de la herencia, resulta intrascendente. Ya se ha apuntado que el art. 101 del CC concibe a la pensión compensatoria, como una deuda distinta e inferior categoría de las demás que integran la masa, toda vez que el heredero responde únicamente, con el caudal hereditario y no con su patrimonio por el hecho de haber aceptado la herencia.

III. LA DEUDA Y LA HERENCIA: VICISITUDES Y POSIBILIDADES PROCESALES

1. LA PENSION COMPENSATORIA COMO DÉBITO TRAS EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE: LA PRESENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

La consideración de la pensión compensatoria, como una deuda que se integra en la herencia tras el fallecimiento del deudor, no desvirtúa la naturaleza de aquella, antes bien permanece. No estamos ante una mera deuda reflejada por una cifra numérica, que desconectada de su origen se integra en el pasivo. Esta deuda sigue conectada con las razones que la originaron y ahora tras el fallecimiento del deudor, con el caudal neto de la herencia, lo que va permiten su subsistencia, modificación o extinción. La singularidad de esta deuda, hace necesario realizar una breve referencia sobre la pensión compensatoria.

Existe al respecto una abundantísima jurisprudencia, que ha ido perfilando su concepto, naturaleza, finalidad, y extinción, razón de su continuidad o su extinción, al margen del art. 101 del CC.

El art. 97 del CC, recoge el fundamento de la pensión compensatoria para aquel cónyuge que sufra "un desequilibrio económico en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio". Es una prestación económica en favor de un cónyuge y a cargo del otro, tras la separación o divorcio.

La STS, de 17 de julio de 2009 destaca, "además de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del

principio dispositivo formal puesto que, según afirma la propia Sentencia de 2 de diciembre de 1987 «la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio)», razón por la que, sigue diciendo, «es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer», con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal".

Sobre este desequilibrio matiza la STS, de 10 de febrero de 2005, que "La pensión compensatoria (...) exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, –que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma–, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio".

Por tanto, se compensa el sacrificio o pérdida para el cónyuge más desfavorecido, derivado de esa mayor dedicación a la familia, en cuanto conste probado que ello le impidió acceder a legítimas expectativas o derechos económicos que podría haber obtenido (STS 20 de julio de 2015).

Este derecho reequilibrador, señala la citada STS de 17 de julio de 2009, para el cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio, necesita ser acreditado y no es un mero "mecanismo igualatorio de las economías conyugales", o "equilibrador de patrimonios" porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas durante el matrimonio y tras la ruptura.

La prestación económica ha de servir para “colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonio; por lo que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia” (STS 19 de febrero de 2014).

Este derecho a una compensación, y a la vista de su justificación, la apartan de la finalidad puramente indemnizatoria (la pensión no es un mecanismo solo indemnizatorio, STS 19 de enero de 2010) y del carácter estrictamente alimenticio (STS 22 de junio de 2011).

La pensión compensatoria es temporal o indefinida, o en prestación única, determinable en el convenio regulador o en la sentencia: “En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”²⁸⁶ y, en cualquier momento, dispone el art. 99 del CC, “podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.

La Ley 15/2005, de 8 julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduce una importante modificación en el esquema tradicional, al sustituir el derecho a la pensión por el derecho a una compensación que puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido,

²⁸⁶ Art. 97 del CC *in fine*.

o en una prestación única, según determine el convenio regulador o la sentencia²⁸⁷.

Con todo, la aceptación del posible carácter temporal de la pensión por parte de la Ley 15/2005, ya había sido reconocida con anterioridad por el Tribunal Supremo (STS 10 de febrero de 2005, 28 de marzo de 2005).

La fuerza ejecutiva de este derecho deriva de estar reconocido en sentencia, en un acuerdo aprobado judicialmente o mediante decreto por el secretario judicial o en una escritura pública. Si pese a tener derecho un cónyuge a la pensión, no la solicita, no lo podrán instar después sus herederos, pues estamos ante un derecho personalísimo que se extingue con la muerte del acreedor. Si una vez solicitada la pensión compensatoria se produce el fallecimiento del cónyuge acreedor en el curso del procedimiento, estaríamos ante un derecho que no ha llegado a nacer y no puede transmitirse a los herederos.

Pese al marcado carácter personalísimo de los procedimientos de familia, está justificada la no introducción de terceros²⁸⁸; la lógica y los términos de la LEC y CC, circunscriben como partes a cónyuges, o progenitores, sin excluir la tutela de la situación creada con el fallecimiento del cónyuge a quien se estaba reclamando la pensión. El art. 16 de la LEC contempla la sucesión procesal por muerte, que da por supuesto, que lo que ha de ser objeto de juicio sea transmisible, como lo es esta deuda (art. 101 del CC). La LEC zanjó el debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la conclusión de las actuaciones cuando se trataba de acciones principales personalísimas en la que no cabía la sucesión procesal.

²⁸⁷ LASARTE ÁLVAREZ, "De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad", *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*, Universidad de A Coruña 19 y 20 de julio de 2005.

²⁸⁸ Auto del Tribunal Constitucional núm. 177/1984, de 21 de marzo.

Por otra parte, no hay duda en la eficacia de la pensión compensatoria, reconocida y pactada en un acuerdo previo al matrimonio o preventivo de ruptura. La doctrina y la jurisprudencia no discuten, más allá de los arts. 1261 y 1255 del CC o de un vicio en el consentimiento, la validez de los pactos sobre la pensión compensatoria, por la que se renuncia, fija su extensión temporal o indefinida o se reconoce²⁸⁹. Esta cuestión patrimonial, inserta en el derecho de familia, como un derecho disponible (STS de 20 de abril de 2012), se rige por el principio de autonomía de la voluntad.

Es reiterada la jurisprudencia sobre la validez de los contratos celebrados entre cónyuges o futuros contrayentes en previsión de una posible ruptura. La STS, de 22 de abril de 1997, distinguía entre un mero convenio –al que califica de negocio jurídico de derecho de familia– del convenio regulador presentado al juzgado y aprobado quedando su contenido integrado en la resolución judicial y del convenio que suscrito por las partes no llegaba a ser presentado o aprobado judicialmente. La citada sentencia estimaba la eficacia de todo negocio jurídico, incluyeran o no cuestiones ajenas o complementarias al art. 90 del CC. Basta, a estos efectos y como indica la STS, de 17 de octubre de 2007, que estos pactos reúnan los requisitos para su validez. Cuestión distinta será la eficacia procesal directa de los acuerdos incluidos en estos convenios: si han sido aprobados judicialmente, se integran directamente en el título de ejecución judicial o sentencia sobre el pronunciamiento de estado civil (separación o divorcio) y la aprobación del convenio regulador²⁹⁰.

²⁸⁹ La SAP de Granada, de 19 de mayo de 2001, analiza la cláusula “*rebus sic stantibus*”.

²⁹⁰ STS, de 31 de marzo de 2011 “...Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas

Si como se ha señalado, estos pactos son válidos, cabe plantearse las consecuencias entre los futuros herederos. La respuesta, aun a riesgo de ser ambigua, está vinculada a los términos en que hubiera sido pactada la futura pensión. Si fue contemplada para el momento en que se pusiera fin a la convivencia matrimonial y no excluyó expresamente la eventualidad del fallecimiento del cónyuge deudor, la obligación de pago de la citada pensión compensatoria pasa a los herederos en los términos del art. 101 del CC.

Por tanto, ante estos pactos, el fallecimiento del deudor, no extinguirá el derecho a la pensión, como tampoco modificará la naturaleza de la deuda en su día generada. En principio, subsistirá en tanto no concurra causa de extinción, salvo la previsión legal del citado artículo, pues tal derecho no es indefinido en el tiempo, ni vitalicio “*per se*”. Así, las condiciones de su nacimiento pueden, ya fallecido el deudor, dar lugar a su modificación y extinción y las previsiones legales para instar esta modificación o extinción de la deuda, se trasmite a los herederos del causante.

En este sentido, recoge la SAP de A Coruña, sec. 3^a, de 18 de diciembre de 2015 “Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas, bien para reducir su cuantía (alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores, conforme prevé el artículo 100 del Código Civil), bien para su extinción (por la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho, según el artículo 101 del Código Civil). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que

reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual.”

se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el art. 100 del CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida”.

2. LA HERENCIA Y LA SUCESIÓN EN EL PATRIMONIO DEL CAUSANTE: LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO DE PENSIÓN SI SUBSISTEN BIENES EN LA MASA HEREDITARIA

La herencia contemplada en sentido subjetivo, refleja la situación jurídica operada en el heredero a causa de la transmisión hereditaria; hace referencia a la adquisición *mortis causa* y, en un sentido objetivo, refiere al conjunto de las relaciones jurídico patrimoniales transmisibles, tanto activas como pasivas. Para el sistema romano, las deudas y obligaciones de un causante forman parte de la herencia y por tanto responde de ellas, para el sistema germánico las deudas son una detracción del activo y lo que se recibe es el remanente de los bienes que queden, fiel reflejo del dicho “primero es pagar que heredar”.

Gráficamente, Díez-Picazo y Gullón²⁹¹ subrayan que el patrimonio se transforma en herencia y ésta es la transmitida, bien entendido, como sostiene Lasarte²⁹² que el patrimonio del causante y la herencia no son plenamente coincidentes, pues hay derechos que se extinguen con la muerte.

Al margen de las distintas posturas doctrinales sobre la posición de asume nuestro sistema, la respuesta sobre el contenido de la herencia que da el CC, es breve y concisa. Así, según el art. 659: *La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*. Para el legislador sin lugar a dudas, las deudas han de heredarse, así lo ratifica el art. 1003, *Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero*

²⁹¹ *Sistema de Derecho Civil* vol.1, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 375.

²⁹² *Principios de Derecho Civil, VII*, cit., pág. 8.

responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios.

El heredero, dice O'Callaghan²⁹³ sustituye al causante, asumiendo en bloque el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles de que era titular el causante, como un todo en forma unitaria, por lo que puede decirse que el contenido de la herencia lo forman también aquellas obligaciones que no se extinguen con la muerte del deudor. El causante solo puede disponer de su activo, de sus obligaciones dispone la Ley por él, desde el momento en que el heredero responde de ellas con todos los bienes de la herencia y con los suyos propios, de no haber aceptado a beneficio de inventario.

Entre las diferentes teorías que dan fundamento a la sucesión *mortis causa*, resulta llamativa por su connotación económica la aportada por el Profesor Lasarte. En este sentido resalta, que una sociedad como la contemporánea fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguieran por el fallecimiento de una persona.

En definitiva el art. 1911 del CC, presupuesto del principio de responsabilidad patrimonial universal, y el art. 1003 del mismo texto, se confabulan para satisfacer el crédito hasta sus últimos límites, desde el momento en que hasta el patrimonio del heredero va a responder de las deudas del causante. El sucesor se transforma así, en titular pasivo de una deuda que no había contraído.

Si nos ceñimos a la pensión compensatoria, se ha de partir de la previsión legal, de que esta deuda se satisface si quedan en la masa hereditaria bienes suficientes tras pagar las demás deudas y la legítima. Desde esta premisa, dos son los componentes que nos permitirán hacer este juicio de valor; la determinación de los bienes que integran la herencia, es decir el activo y la cuantía de esta deuda, integrada en el pasivo.

El primer elemento escapa al objeto de este comentario, baste indicar que en principio será el heredero quien concrete el activo, actuación más compleja caso de existir una comunidad hereditaria. Esta relación de bienes puede ser confeccionada por: el causante, el albacea, o concretada en una intervención judicial de la herencia mediante la formación de inventario arts. 792.1, y 791.2 de la LEC o fijada por el

²⁹³ *Compendio de Derecho Civil, tomo V*, Edersa, Madrid, 1981, pág. 24.

contador partidor dentro del procedimiento de división judicial de la herencia, de no existir la fase de intervención judicial, *para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario* (art. 785 y 786.1 de la LEC). *El contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; pero si el testador hubiere establecido reglas distintas para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, se atenderá a lo que resulte de ellas, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas.*

En la determinación de este activo de la herencia, puede jugar el acreedor de la pensión compensatoria un papel importante. En este sentido, declara el art. 782 de la LEC en su punto tercero: *los acreedores no podrá instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia.*

Por su parte, asevera el párrafo segundo del artículo 784: *No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero*". Pueden solicitar, de conformidad al art. 792.2 del mismo cuerpo legal, *la intervención del caudal hereditario, con arreglo a lo establecido en el apartado segundo del artículo anterior, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo*²⁹⁴.

Los acreedores, pueden mostrar su oposición a la partición hasta que se les pague o afiance (arts. 782.4 y 788.3 LEC y 1082 CC) reclamando el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos hasta donde alcance su porción de no haber solicitado la aceptación a beneficio de inventario. La acción declarativa correspondiente conducirá, por intervención provocada (art. 14 LEC), a la entrada de

²⁹⁴ Vid., en la materia, CALAZA LÓPEZ, "La intervención y administración judicial de la herencia", RCDI, 90, 745, 2014, págs. 2553-2584 y "La división judicial de la herencia", RCDI, 89, 740, 2013, págs. 4183-4215.

los demás herederos que pudieran ser desconocidos para el acreedor. *Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda*²⁹⁵.

El segundo elemento objetivo de toda herencia es el pasivo, en el que se integra esta deuda, que puede ser de tracto sucesivo, o de pago único. De las obligaciones patrimoniales del deudor, la generada por una pensión compensatoria, subsiste tras su fallecimiento, ahora bien, con ciertas limitaciones:

- En el tratamiento como pasivo, esta deuda, tendrá una consideración distinta si al momento de fallecimiento del deudor, hablamos de una pensión temporal, por tiempo definido o indefinido o de una prestación única aunque resulte diferida o aplazado su pago en el tiempo. En este caso bien pudo fijarse de inicio, o en un momento anterior al fallecimiento del deudor, art. 99 del CC. El distinto tratamiento jurisprudencial dado a ambas situaciones, cuando se ha pretendido su extinción o modificación, permite dar un tratamiento distinto a la deuda. En este segundo caso, la deuda fijada y reconocida en vida del cónyuge deudor, es una deuda que ha de ser descontada en su totalidad del activo y se integra en el pasivo. Ninguna dificultad tiene la fijación de su importe, es determinada y liquida. En el primer caso en cambio, cuando hablamos de una deuda, que se puede decir que es indefinida y de tracto sucesivo, es cuando entran en juego las previsiones del art. 101 el CC y solo será satisfecha de haber bienes suficientes tras abonar deudas y la legítima que pudiera existir. El propio legislador se encarga, en cualquier caso de recordar, que no estamos ante una deuda excluida de la herencia, de conformidad al párrafo segundo del art. 101 del CC, *el solo hecho de la muerte del deudor no extingue el derecho a la pensión*, por lo que los herederos subrogándose automáticamente en la posición del deudor una vez aceptan la herencia, han de asumir el pago de la misma, con la facultad de

²⁹⁵ Art. 1084 del CC.

solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

- El hecho de que esta deuda se integre en la herencia, con las consecuencias que ello tiene para el heredero (art. 1003 del CC) no significa que el legislador otorgue idéntico rango que a otras. Al tratarse de una deuda de tracto sucesivo, es lógico contemplar dos momentos. Las cantidades devengadas y no satisfechas antes del fallecimiento del deudor y las que se devenguen con posterioridad. En el primer caso, es un débito del que responderán dos masas patrimoniales, la del causante y la del heredero que acepta, aunque se mencione la confusión de patrimonios. En el segundo supuesto, estamos ante deudas de inferior categoría, frente al resto. El heredero no deviene deudor *ultra vires hereditatis*. Para esta deuda, que no carga hereditaria, no hay confusión de patrimonios, pues se permite limitar la responsabilidad, a los bienes de la herencia, *al caudal hereditario, intra vires hereditatis*. En este sentido contempla el art. 101 del CC, la reducción o supresión de la pensión compensatoria.

IV. INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL DEUDOR EN LA PENSION COMPENSATORIA. LA REDUCCIÓN O SUPRESIÓN DEL DERECHO POR LOS HEREDEROS: CAUSAS DE ESTA SOLICITUD JUDICIAL

El art. 101 del CC, matiza... *No obstante los herederos... podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.*

El CC concibe el pago de esta pensión como un débito no personalísimo, transmitido a los herederos. Ahora bien esta deuda, no está integrada en el régimen ordinario del pasivo de la herencia como se ha señalado, pues para poder ser reclamada, han de concurrir tres requisitos; que no haya sido modificado o extinguido el derecho a percibir tal pensión, es decir que continúe existiendo, que haya caudal hereditario suficiente, pues no concurre confusión de patrimonios, y, por último, que no afecte a las legítimas.

Este precepto, hace de la pensión compensatoria una deuda especial a efectos sucesorios. De no existir el citado art. 101, las consecuencias serían distintas para los herederos. Por un lado, el heredero que aceptara una herencia, habría de hacerse cargo de todas las deudas del causante, pensión compensatoria incluida, sin limitación alguna, respondiendo con su propio patrimonio. Por otra y respecto a los herederos legitimarios (art. 807 del CC), los hijos de cualquier relación y el actual cónyuge, verían reducida su porción de bienes, no porque se vulnerara con ello la intangibilidad de la legítima, sino porque esta deuda tendría que abonarse en su totalidad antes del cálculo de aquellas. En definitiva el causante, como de un modo u otro refleja la doctrina, no dispone de las deudas, éstas recaen sobre el heredero *ope legis*.

Contempladas estas peculiaridades el régimen general que otorga el art 101 del CC, la conclusión primera a la que se llega, es que este acreedor del causante, es un sujeto activo de inferior categoría al resto de acreedores. Si por un lado su crédito está abierto al ser de tracto sucesivo, su posibilidad de ser satisfecho está limitada a que existan bienes suficientes en el activo, no tanto en el sentido de una mera operación matemática, sino en el de un juicio de suficiencia y valoración subjetiva. Estamos, en opinión de García Cantero, ante una medida de tipo equitativo que puede dar lugar a una modificación de la cuantía o a su extinción²⁹⁶.

La STSJ de Cataluña, de 26 de julio de 1999 afirma, “se trata en una interpretación cabal del precepto en estudio, de si el caudal que recibe en herencia el heredero puede soportar la carga que representa el pago de la pensión compensatoria”.

A la vista pues de este precepto, se abren varias posibilidades sobre la pensión compensatoria tras la muerte del deudor:

- a) Que sea satisfecha por los herederos, al haber caudal suficiente.
- b) Que deba reducirse o extinguirse la pensión, por falta haber hereditario.

²⁹⁶ Vid, García Cantero, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 445.

c) Que deba reducirse o extinguirse, en cuanto afecta a los derechos de los legitimarios.

En el primer caso, es decir cuando hubiere bienes suficientes en la herencia para satisfacer la pensión, que no justifiquen su reducción o extinción, ni afecte a las legítimas como contempla el segundo párrafo del art. 101 del CC, la pensión compensatoria, habrá de seguir pagándose.

Cabe preguntarse, hasta cuándo se ha de satisfacer esta deuda heredada, si hay un haber hereditario suficiente. La respuesta esta vincula a la naturaleza de esta deuda peculiar. De producirse nuevas situaciones fácticas objetivas en los sujetos implicados que impliquen una alteración sustancial de las circunstancias (arts. 91 CC y 775 LEC) y sobrevenidas a la situación anterior, podrán instar los herederos su modificación conforme prevé el art. 100 del CC.

Dentro de esta alteración en la fortuna contemplada para los cónyuges, es posible entender una alteración en la fortuna de los nuevos sujetos implicados, acreedor o deudor, *que así lo aconsejen*. Si se produce el cese de la causa determinante del reconocimiento del derecho, o contrae el acreedor nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona, podrán instar los herederos su extinción. En última instancia, de no concurrir ninguna de estas circunstancias, la pensión finalizará cuando fallezca el acreedor.

El cauce procesal será el prevenido en los arts. 775 y 770 de la LEC, pues estamos ante la modificación de las medidas acordadas en su día. Esta vía parece solo válida si fueron aprobadas en un juzgado por sentencia o decreto *del tribunal que acordó las medidas*, según asevera el art. 775 de la LEC.

Caso de tratarse de una Escritura notarial que aprobó un convenio regulador en el ámbito del art. 90 del CC, parece lógico que el cauce adecuado sea el juicio ordinario. Igual criterio entiendo aplicable, si las partes no formalizaron su ruptura matrimonial ante un juzgado, resolviendo la controversia con un convenio, que no fue aprobado judicialmente, en el que se reconoció una pensión compensatoria que ha sido pagada con regularidad por el causante.

La pretensión de anticipar vía medidas provisionales, una reducción o extinción de la pensión compensatoria puede resultar, salvo excepciones, excesiva. La determinación de los bienes que integran la

herencia, su valor y las legítimas, puede superar, con mucho este trámite, dada su complejidad. Igual criterio entiendo, debería seguir la solicitud de medidas cautelares si se trata de un juicio ordinario.

En el segundo y tercer supuesto contemplado por el citado art. 101 del CC, la posibilidad de instar la reducción o extinción por falta haber hereditario, cabe cuando *el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima*.

Esta posible reducción o extinción, no opera automáticamente, ni deja en suspenso esta obligación. Frente a la demanda de ejecución presentada por el acreedor,²⁹⁷ no se podrían oponer, los motivos contemplados en el art. 101 del CC. La pensión compensatoria seguirá devengándose desde la muerte del deudor y ha de ser abonada hasta que se dicte sentencia en el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, que extinga o reduzca su cuantía²⁹⁸.

Corresponde al heredero o herederos, instar tal reducción o extinción, siendo las vías procesales posibles, el juicio ordinario o el de modificación de medidas. Cabe pensar como en el supuesto anterior, que no toda pensión compensatoria tiene que tener por título una sentencia o decreto.

En cualquiera de las vías utilizadas, resultará elemento capital, la prueba plena del caudal relicto neto recibido. En este sentido, la escritura de aceptación de herencia donde consten los bienes y la liquidación del impuesto correspondiente serán prueba indiciaria de lo recibido. Si por el contrario, estamos ante una división judicial de la herencia, no será hasta su conclusión cuando se sepa lo atribuido finalmente a cada heredero, bien entendido que resulta en principio indiferente al acreedor, pues puede exigir su pensión sobre la totalidad de la herencia neta y no sobre la porción que pueda recibir cada heredero. La totalidad de lo percibido por todos los herederos, es lo

²⁹⁷ La ejecución podrá despacharse o continuarse...frente al que se acredite que es sucesor de quien en dicho título aparezca como ejecutado. art. 540 de la LEC

²⁹⁸ Auto de la AP de Madrid, secc. 24 núm. 1017/2002, de 6 noviembre de 2002.

que determina, si el caudal relicto es o no suficiente a efectos del art. 101. El hecho de que se tenga que acreditar el caudal, para que pueda prosperar la acción, no significa que el juicio ordinario ni el procedimiento de modificación de medidas, permitan incidentalmente la discusión de una formación de inventario (SAP Baleares, Sec. 4.^a, S. 25 de marzo de 2011). En este sentido la SAP Barcelona, Sec. 12.^a, de 8 de abril de 1999, pone de relieve la ausencia de justificación del inventario del caudal hereditario, estando en trámite de aceptación de la herencia, como impedimento para que prospere la pretensión de reducir la pensión.

Desde un punto de vista teórico, la formación de inventario en una intervención judicial de herencia, –aún siendo provisional, pues nada impide al contador incluir la aparición de nuevos bienes en el cuaderno particional–, puede ser justificación suficiente para una demanda conjunta de todos los herederos, pues en principio conocen el elemento patrimonial a percibir.

Para el supuesto de solicitarse la reducción o extinción de la pensión compensatoria por falta de caudal, puede resultar discutible, si tal posibilidad refiere al momento en que el heredero acepta y recibe los bienes, bien de inicio o tras una partición de la herencia, o si dicho derecho se contempla igualmente cuando el devenir posterior implica una disminución de lo heredado... Considero que ambas posibilidades están contempladas, pero en soporte sustantivo distinto. De no ser así, el heredero se convertiría en un mero administrador de los bienes para pago esta deuda, a semejanza salvando las distancias, de una sustitución fideicomisaria. En el primer caso, basta invocar directamente el art. 101, y en el segundo habrá de invocarse el art. 100 del CC, en cuyo proceso se habrá de acreditar la alteración sustancial de circunstancias en la fortuna del deudor, y, tener presente los criterios jurisprudenciales sobre la modificación de medidas²⁹⁹.

Claro está que este supuesto no se refiere a la reducción o extinción por salvar los derechos de los legitimarios, pues para éstos, su cálculo va a quedar fijado desde un primer momento.

²⁹⁹ Es constante la jurisprudencia al entender que la alteración fundamento de la modificación de medidas, ha de ser: sobrevenida, posterior, imprevisible o no prevista al tiempo de concesión, sustancial, persistente e involuntaria.

Aunque la jurisprudencia se ha encargado de diferenciar la pensión compensatoria de otras figuras afines como los alimentos, no dejan de resultar curioso, los términos que utiliza el art. 101 del CC para reducir o extinguir la pensión compensatoria, pues para ésta busca el equilibrio entre las posibilidades del caudal hereditario y las necesidades de la deuda, solución que recuerda al art. 146 del CC para fijar los alimentos, posibilidades del alimentante y, necesidades del alimentado. En este sentido la expresión *necesidades de la deuda*, un tanto equívoca, refleja simplemente la capacidad del caudal hereditario de seguir satisfaciendo la deuda.

Cabe la posibilidad de que el administrador del caudal hereditario, o un albacea, se vean compelidos a la obligación de hacer frente al pago de esta pensión. En este sentido, basta pensar en la situación que genera la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, por cualquiera de los herederos, o la designación de un administrador en una intervención judicial de herencia.

En el primer supuesto, Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, a instancia de parte, el Notario podrá adoptar las provisiones necesarias para la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo a lo que se prescribe en este Código y en la legislación notarial (art. 1020 del CC). Hasta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar las acciones que a ésta competan y contestar a las demandas que se interpongan contra la misma (art. 1026) Cuando para el pago de los créditos y legados sea necesaria la venta de bienes hereditarios, se realizará ésta en la forma establecida en el párrafo segundo del número 2.º del artículo 1024 de este Código, salvo si todos los herederos, acreedores y legatarios acordaren otra cosa.

No alcanzando los bienes hereditarios para el pago de las deudas y legados, el administrador dará cuenta de su administración a los acreedores y legatarios que no hubiesen cobrado por completo, y será

responsable de los perjuicios causados a la herencia por culpa o negligencia suya (arts. 1030 y 1031 del CC).

En el ámbito de la intervención judicial de la herencia y/o división judicial de la herencia, *mientras la herencia no haya sido aceptada por los herederos, el administrador de los bienes representará a la herencia en todos los pleitos que se promuevan o que estuvieren principiados al fallecer el causante y ejercerá en dicha representación las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que se haga la declaración de herederos.- Aceptada la herencia, el administrador sólo tendrá la representación de la misma en lo que se refiere directamente a la administración del caudal, su custodia y conservación, y en tal concepto podrá y deberá gestionar lo que sea conducente, ejercitando las acciones que procedan (art. 798 de la LEC).*

El administrador designado no puede, en principio, desconocer ni la deuda ni la especial naturaleza de este débito, sujeto a un caudal hereditario suficiente y limitado por las legítimas; empero, así como la primera premisa le resulta intrascendente, pues se trata de una cuestión disponible para el heredero y ejercitar la acciones correspondientes del art. 101 del CC, la segunda es *ope legis* (arts. 813, 815 y 101 del CC). La consecuencia es evidente: si hay bienes suficientes en el caudal hereditario puede efectuar el pago de la pensión compensatoria, si no hay o afectan a la legítima, puede oponerse este administrador designado, al pago.

Conocido el caudal hereditario neto, una vez pagadas las demás deudas, la conexión con la obligación de pagar esta deuda especial, nos exige conocer su importe, para contrastar si el heredero o herederos, pueden hacer frente a ella con el patrimonio recibido. Su compleja cuantificación, no tanto respecto de los atrasos previos al fallecimiento del deudor, cuyo tratamiento como deuda genérica no ofrece duda³⁰⁰, sino en cuanto a su cálculo a futuro, del que solo sabemos el importe mensual a pagar.

³⁰⁰ SAP, de Barcelona de 19 de marzo de 2014, respecto alimentos devengados antes el fallecimiento y no satisfechos.

De capitalización de la deuda, a semejanza del usufructo del cónyuge viudo, chocaríamos con la naturaleza de la pensión compensatoria. Esta no es vitalicia *per se* y el resultado sería ficticio. García Cantero en la obra citada recuerda la solución ofrecida por el B.G.B. “el heredero no queda obligado más allá de la cuantía correspondiente a la legítima a que el acreedor hubiera tenido derecho de no haberse disuelto el matrimonio”. Esta solución, trasladada a nuestro ordenamiento jurídico limitaría la cuantía, al valor del usufructo vidual, pero como un máximo que se puede recibir y con independencia de que se fuera heredero legitimario o no. En cualquier caso capitalizada una pensión compensatoria, ya se podría valorar la pensión compensatoria a los efectos del cálculo de la deuda o *necesidades de la deuda*.

De existir herederos legitimarios, descontadas las deudas y cargas de la herencia y lo que corresponda a la legítima (para cuyo cálculo no se deduce esta deuda) podemos contrastar cuánto falta para el pago de la pensión compensatoria, ya como carga hereditaria, y en consecuencia mantenerse, reducirse o suprimirse. Afecta, en definitiva, la operación a la parte de libre disposición.

Las perspectivas y posibilidades se presentan distintas para el heredero no legitimario. Puede resultar un tanto paradójico, que como cónyuge se tenga derecho al tercio destinado a mejora en usufructo (art. 834 del CC), que tras una separación o divorcio, no se reciba nada por legitimario, pero que indirectamente, vía pensión compensatoria se pueda llegar a recibir, mucho más, incluso consumir con esta deuda periódica, en metálico o bienes más, de aquel proyectado usufructo inicial. La solución y consiguiente limitación pasa por la medida equitativa de solicitar la reducción a la vista del caudal recibido, pues aquí no juega la reducción al tercio de libre disposición.

Un criterio mucho más restrictivo imponía el art. 86.2 del Código de Familia de Cataluña: *El derecho a la pensión compensatoria no se extingue por fallecimiento del cónyuge obligado a su prestación, si bien sus herederos pueden solicitar su reducción o exoneración si la rentabilidad de los bienes de la herencia no resulta suficiente para realizar su pago* (Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Vigente hasta el 1 de enero de 2011). Estos términos obligaban a acreditar si las rentas que puedan producir los bienes hereditarios son suficientes para atender la pensión compensatoria entendiendo la rentabilidad como posible o potencial (SAP Barcelona, sec. 12ª, de 16 de marzo de 2007).

V. INDICACIONES CONCLUSIVAS

PRIMERA: A la vista de la problemática abierta e incierta que puede generar esta peculiar deuda integrada en la herencia, no está demás contemplar desde un punto de vista práctico, la posibilidad que abre el artículo 99 del CC. Es cierto que es contemplado para el supuesto de cónyuges vivos, pero nada impide un acuerdo entre los sujetos pasivos y el acreedor de la deuda en similar sentido. Declara el mencionado precepto: *en cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente conforme al art. 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes, o la entrega de un capital en bienes o en dinero*". Sobre este extremo, indica la SAP, de Cádiz de 14 de septiembre 2001, que la sustitución solo puede practicarse por mutuo acuerdo de voluntades de las dos partes interesadas y no puede imponer una a la otra esa conversión sin su asentimiento, ni puede exigirla del Juez.

SEGUNDA: En el supuesto de estar ante una comunidad hereditaria, de haber caudal hereditario suficiente, no resultar afectadas las legítimas y no obtenerse el acuerdo referido – con independencia de cuál sea la forma en que se lleve a cabo la división, y siempre con las cautelas impuestas a las diversas soluciones– resultará especialmente útil, una atribución conjunta y solidaria de esta deuda a la totalidad de los herederos. Dos son las razones que justifican esta opción: desconocer cuál será el devenir de este débito (art. 100 del CC) y los derechos que contempla el CC y la LEC para el acreedor, una sucesión hereditaria.

CONCLUSIONES

PRELIMINAR

Con carácter previo a las conclusiones críticas en sentido estricto, no queremos dejar de hacer constar, que el contenido de esta tesis doctoral ha tenido por finalidad, exponer las dificultades que genera la atribución del uso de la vivienda familiar, con la actual redacción del art. 96 del Código Civil, y su revisión.

Para resolver cualquier supuesto de hecho, es más que habitual desde el particular voluntarista o el propio legislador, de redactar artículos extensos que traten de contemplar una amplia casuística, inalcanzable. Una alternativa es optar por preceptos genéricos que dejando claro los principios que presiden la norma, den al juez libertad de aplicación de los mismos. Este criterio ha resultado siempre válido y eficaz en el Derecho de familia, baste detenerse en la sencillez del art. 93, basado en una ponderación de necesidades y posibilidades para la fijación de los alimentos o en el art. 92, para en beneficio de los hijos adoptar las medidas judiciales de custodia y patria potestad pertinentes.

El art 96 del CC, en sí, ha sido y es fuente de conflicto, desde su redacción en 1981; prueba evidente de ello ha sido, la disparidad de criterios sostenidos por las Audiencia Provinciales. Resulta llamativo que nuestro legislador haya realizado numerosas reformas en materia de Derecho de familia en estos 35 años, como era preceptivo, y no haya alterado su tenor literal, pese a la más que notable judicialización de los conflictos en torno a su aplicación e interpretación.

La vigente redacción, y la aplicación práctica de los tribunales, han convertido a la vivienda familiar en demasiadas ocasiones, en el eje que sostiene el resto de cuestiones controvertidas contempladas en los arts. 91 y sigs. del CC. No se discute las ventajas de separar propiedad y

uso de atribución, pero esta norma, conlleva unas consecuencias que pueden ser calificadas de indeseables en unos casos e innecesarias en muchos otros.

En este sentido, la norma condiciona los acuerdos de las partes, toda vez que su negociación habida cuenta el contenido normativo, no se practica desde la igualdad. Téngase en cuenta que cuando la ley a efectos prácticos, atribuye la vivienda a quien ostente la custodia y tal consecuencia es conocida por las partes con carácter previo a la negociación. El automatismo legal resulta distorsionador en la búsqueda del interés del menor, cuya valoración a estos efectos, le es privada al juez. De hecho, resulta equívoco identificar interés del menor con vivienda familiar, rememora en cierto sentido a otras épocas donde el interés del menor de cierta edad se vinculaba por ley a la madre. Puede además entenderse como innecesario, seccionar el concepto de habitación del de alimentos. Por último se ha de destacar, que la solución legal, resulta a la postre transitoria, deja abierto un conflicto y dificulta otros procedimientos que han de abrirse, como la liquidación de la sociedad de gananciales.

Por todo ello no es de extrañar, que de forma unánime los operadores jurídicos urjan una reforma completa de la cuestión. El propio Tribunal Supremo, así lo entiende³⁰¹ pues “no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley”³⁰².

³⁰¹ STS de 3 de abril de 2014, que se reitera en la posterior de 2 de junio “Esta Sala valora, como no podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, similares a los ya expuestos en otras ocasiones por esta misma Audiencia Provincial, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil EDL 1889/1, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación”.

³⁰² STS de 21 de junio de 2011.

A mayor abundamiento, la nueva realidad social y jurídica surgida con la reforma del Código civil del 2005³⁰³, que redescubre las bondades de la custodia compartida, convierten al art. 96, en un precepto desfasado.

Sin perder la perspectiva de estos problemas y la finalidad de este estudio, su contenido, centrado en la atribución del uso de la vivienda familiar, nos ha permitido, tras un planteamiento de la cuestión, concretar:

- a) Quiénes son los sujetos implicados. De un modo directo el matrimonio, la pareja de hecho y los hijos comunes, para analizar respecto de los primeros, la relación jurídica formal (matrimonio), o informal (pareja de hecho) que les une, y en cuanto a los segundos, la diferencia y cambio sustancial que tiene en este particular, alcanzar los dieciocho años. Se ha analizado igualmente la concurrencia de terceros a los que, sin pretenderlo, afecta de modo indirecto o transversal la norma; los propietarios de la vivienda que pueden ser familiares, los hijos no comunes. Por último, hemos revisado el vínculo de propiedad o contractual con la vivienda.
- b) Cuál es el objeto sobre el que recae el uso, atribuido por el legislador. Resulta necesario definir y concretar “la vivienda familiar”, para contemplar y delimitar su extensión y las vicisitudes que atraviesa durante este periodo, siempre transitorio, que disocia su aprovechamiento de la titularidad dominical.
- c) La naturaleza jurídica que tiene la atribución judicial del derecho de uso, sus efectos y situación registral.

³⁰³ Ley de 8 de julio de 2005.

- d) El alcance del acuerdo como primera premisa para la solución del conflicto, la vinculación con un resultado y su control cuando los hijos ya son mayores de edad o no hay hijos. En este sentido hemos revisado:
- 1 El objeto sobre el que puede recaer el acuerdo; la vivienda familiar, su uso y liquidación.
 - 2 Las partes que intervienen en este acuerdo. La implicación de terceros (hijos mayores, y terceros propietarios).
 - 3 El principio de la autonomía de la voluntad en derecho de familia, reflejado en la vivienda familiar.
 - 4 El control del acuerdo por; el Juez, el Letrado de la Administración de Justicia, el Notario, el Ministerio Fiscal.
- e) El interés del menor. No conozco ningún autor, ni ninguna resolución judicial, que a la hora de tomar postura sobre los menores, no tome como punto de partida, el interés familiar más necesitado de protección. Cuando hay hijos menores, nadie pone en duda que la decisión que se adopte sobre la vivienda familiar, está presidida por su superior interés, o dicho de otro modo pensando que es lo más conveniente para el menor o menores. Lo que se pone en tela de juicio, es porqué el juez no puede valorar esta cuestión y se tiene que admitir como presunción, no *iuris tantum*, que el interés del menor y la vivienda están indisolublemente unidos.
- f) Hemos analizado la aplicación concreta del art. 96 del CC, distinguiendo los criterios doctrinales y jurisprudenciales, cuando hay hijos menores de edad, cuando éstos son mayores de edad, cuando no hay hijos, y la especial situación de la pareja de hecho.

- g) Por último hemos retomado, a modo de nuevas soluciones, las propuestas que en torno a la vivienda en las situaciones de crisis familiar, concretadas por las legislaciones autonómicas, así como algunos congresos y seminarios especializados y las soluciones apuntadas por él fuera Anteproyecto sobre “el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia”.

Por tanto las conclusiones del estudio las sistematizaremos en seis:

PRIMERA

En el momento de redactar estas reflexiones conclusivas, la primera ha de estar intrínsecamente unida al principio que preside la toma de cualquier decisión que afecte a un menor, el “interés del menor”.

A juicio del autor de estas líneas, el art. 96 del Código civil, no debería independizar o aislar, a modo de compartimento estanco, los conceptos que integran este interés, pues evidentemente nos faltaría una visión general o conjunta. El interés del menor no se puede identificar de forma singular en relación con nociones, instituciones o sujetos aislados; la madre, el padre, los hermanos, los familiares, el colegio, el lugar de juegos, la vivienda, la segunda residencia, el ajuar, las comodidades o extras de cada casa, la piscina, la ropa, la comida, la cercanía de otros familiares, etc. Sin duda, un análisis individualizado paralelo a una resolución judicial sobre cada una de estos elementos nos proporcionaría una imagen distorsionada del interés del menor. Sin embargo, no hay duda de que todos ellos, lo configuran intrínsecamente unidos.

En sentido estricto y con una visión global y de conjunto, no hay mayor interés para un menor inmerso en una situación de crisis familiar, desde una perspectiva inmaterial, que la aspiración de la superación por parte de sus progenitores de esta situación y contribuyan a normalizar el nuevo contexto. Adicionalmente y desde un punto de vista puramente material, deberán estar cubiertas estas necesidades. Ambas perspectivas son imprescindibles e inescindibles para el menor.

SEGUNDA

Las circunstancias personales, sociales y económicas concurrentes en la unidad familiar, serán las que den respuesta a la concreción del interés del menor. El examen de estos presupuestos, como paso previo para decidir la mejor forma de proteger ese interés de los hijos, se tiene que exteriorizar necesariamente en un proceso, en el que bien puede haber un acuerdo entre las partes sometido a aprobación judicial.

Esto sencillo de plantear y teorizar, se convierte en una tarea compleja no solo para los propios implicados, sino para el juzgador, cuando hay que materializar en el supuesto concreto, el interés del menor, pues siempre admitirá distintos puntos de vista. Es cierto que el legislador consciente de estar ante una materia que en líneas generales es de “ius cogens”, facilita los medios de los que puede servirse un Tribunal, para la búsqueda de este “favor filli”. En este sentido, quiebra el principio de aportación de parte incluso en los medios probatorios, art 752, 770.4, 774.2 de la LEC y quiebra la rigidez de un periodo preclusivo de prueba, tanto en primera instancia como en segunda. A la vez inserta en el procedimiento al Ministerio Fiscal art 749 de la LEC, intervención preceptiva como parte a todos los efectos, que presenta una misión clara cuando hay menores, velar por su interés. En definitiva se deriva la cuestión a una vertiente procesal. Será en el curso de un procedimiento, donde se acrediten o presuman, los hechos que nos permitan indagar y averiguar cuál es el interés del menor, sin que sea el legislador el que pormenore ese interés.

Llama toda la atención, que al juez se le otorguen amplias facultades para decidir en interés del menor y del conjunto probatorio, que cónyuge ha de tener la custodia de los hijos menores o si esta ha de ser compartida, para a continuación, sobre una cuestión de inferior rango como es la vivienda, no se le permita valorar, cual es el interés del menor, en relación a la misma porque ya se le ha valorado de antemano, con independencia del resultado de la prueba.

TERCERA

Cuando las partes alcancen un acuerdo y lo someten a aprobación mediante un convenio regulador u acuerdo parcial en sala, el control o vigilancia de este interés del menor, por los poderes públicos, que no

se pone en duda, no está reñido con un principio de intervención mínima.

La cuestión del control, se torna carente de justificación respecto de la vivienda y debe cesar, cuando los hijos son ya mayores de edad o no hay hijos. En el primer caso por cuanto el control sobre los alimentos, no tiene por qué incluir ningún supuesto derecho de uso sobre la vivienda, pues ninguna preferencia tienen los hijos, para que sus alimentos sean cubiertos con la que fuera vivienda familiar. En el segundo porque tratándose de una cuestión patrimonial, el acuerdo de las partes es la más genuina expresión de la autonomía de la voluntad.

Desde esta perspectiva, entiendo que han de analizarse los acuerdos que puedan alcanzar las partes, sobre la vivienda. La autonomía de la voluntad en estos supuestos debería ser respetada, y el control del Estado, vía judicial, o notarial, no habiendo hijos menores ni incapaces, no debería ir más allá del control ordinario que trate de evitar un vicio en el consentimiento, o un motivo de nulidad, como en cualquier contrato o acuerdo.

Lo que no puede alcanzar este control, es entrar a valorar hipotéticos perjuicios para una parte.

No se llega a entender muy bien, que frente al acuerdo de dos personas, asesoradas jurídicamente en el procedimiento, con plena capacidad de obrar, sin estar limitadas sus facultades y con pleno conocimiento de lo que están pactando, un tercero (secretario judicial o notario), exteriorice e impida provisionalmente que tal o cual punto sobre la vivienda, no se aprueba, porque puede que no le convenga a alguno, para pasar el control a la competencia judicial, cuando tampoco tendría nada que decir al respecto. Parece que el paternalismo del Estado al socaire de que los interesados han sido matrimonio o pareja de hecho, pretende seguir tutelando todas las consecuencias la ruptura, como si mantuviera la ficción de una ruptura provisional. Este planteamiento exigiría a la par una reconsideración del alcance del art 1.320 del Código Civil y de hasta dónde llega el “interés ex- familiar”.

CUARTA

De no alcanzarse un acuerdo, la atribución literal del uso de la vivienda familiar, al menor en compañía del progenitor custodio, considero que ha de superarse, por los siguientes motivos:

- No existe un precepto constitucional que lo ampare. Al respecto, las sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de septiembre de 2.011 y de 30 de marzo de 2.012, nos recuerdan que la asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, pero no hay norma constitucional que diga que en una situación de crisis familiar, el interés del menor es sin más, que tenga atribuido el uso de la vivienda mientras sea menor. De ser así, resultarían inconstitucionales todas las normas autonómicas que han regulado, la atribución del uso de la vivienda y resultaría limitadísima la urgente sugerencia del Tribunal Supremo, para que este precepto reciba una nueva redacción.
- No puede establecerse una presunción “iuris et de iure” del interés del menor en relación con la vivienda, de modo que no quepa prueba en contrario, como si el interés del menor solo y exclusivamente se pudiera satisfacer de un modo concreto y por voluntad del legislador. No estamos ante una verdad dogmática. Solo pensar en las distintas edades de un menor; días o casi dieciocho años, sería suficiente para reflexionar y concluir que no se tendría por qué dar una respuesta uniforme. Esta previsión legal recuerda otras épocas, donde el interés de la mujer era que estuviera tutelada por el marido y el de los hijos menores de siete años que estuvieran con la madre, pero incluso en estos casos la premisa legal era más bien concebirlo como una presunción “iuris tantum”.
- De igual modo que se deja al juez facultad para otorgar la custodia monoparental o compartida, debe dejarse al juez la facultad de pronunciarse, a la vista de la prueba practicada, sobre la atribución de uso de la vivienda, teniendo en

consideración; la titularidad de la vivienda y la obligación de alimentos, incluso la hipotética pensión compensatoria, de tal suerte que sin perjuicio de una solución transitoria limitada en el tiempo, y del acuerdo de las partes, puedan cubrirse las necesidades de habitación dentro del concepto de alimentos y con ello el interés del menor.

- Las situaciones de cotitularidad, y ganancialidad, pasan por una pronta terminación del proindiviso o liquidación, sin que la custodia otorgue ningún derecho sobre la vivienda.

QUINTA

Frente a la opción de una interpretación sistemática con el art 103, 142 y sigs. del CC en relación con el principio del interés de la familia y del menor y conforme al art 3 del mismo texto, la opción de Tribunal Supremo ha sido, la aplicación taxativa y literal del art 96, corregido con un sistema de excepciones casuístico, para no caer en el absurdo.

Buscar un sistema casuístico de excepciones, para salvar el rigorismo del art. 96 del Código Civil, cuando sienta doctrina el Tribunal Supremo, no puede ser el camino para afrontar esta cuestión. Nadie discute que la atribución del uso de la vivienda familiar, sea una forma de protección del menor³⁰⁴, lo que se discute es que sea la única.

La cuestión se torna compleja cuando tras la reforma de 2005 se introduce la custodia compartida, que se presenta no ya como una excepción sino como el mejor modelo que defiende *a priori* el interés del menor.

³⁰⁴ STS, de 14 de abril de 2011 “...La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien”.

FINAL

Por último ha resultado imprescindible la doctrina del Tribunal Supremo sobre la vivienda familiar y los hijos mayores, para limitar en el tiempo la problemática de la atribución del uso. Con ello se evidencia la elevada litigiosidad de la cuestión, y singularmente los conflictos personales que bien se dirimen en el ámbito jurisdiccional o, en un futuro, recurriendo a la mediación intra o extra judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis, Matrimonio y Divorcio Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil, Editorial Civitas, 1982.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2014, núm. 743.

BOSCH GRAU. J., “Matrimonio civil: la tramitación del expediente y la problemática de los matrimonios de conveniencia”, Cuadernos Digitales de Formación, 49. 2009.

CALAZA LÓPEZ, Sonia.... RCDI

CARRASCO PERERA A., “Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos” Edit. Diles, 2007

CARRERA MAÑAS, J.M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar. Especial referencia a las viviendas en arrendamiento. Régimen de parejas de hecho en relación con la vivienda”. Manual de formación continuada 50/2009 CGPJ.

CARRERA MAÑAS, J.M., “Persona y Familia” SEPIN septiembre de 2008, nº 80.

CARRILLO VINADER, F.J., "Problemas referidos a las partes en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores", Cuadernos de Derecho Judicial XIX, Madrid, 2005.

CASO SEÑAL, M., "Las uniones de hecho en la nueva LEC", Cuestiones de familia en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil", CGPJ, Madrid, 2002.

CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V. Derecho de Familia. Instituto Editorial Reus, Barcelona, 1960.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011", en Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n. 28, 2012-1

CERVILLA GARZÓN, M^a.D., La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, Madrid, 2005.

CERVILLA GARZÓN, M^a D., "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", en Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, núm. 44, 2009.

CORTS GRAU, J., Principios de Derecho Natural, Editorial Nacional, Madrid, 1950.

CUENA CASAS, M., "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", en Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014).

DE CASTRO Y BRAVO, F., Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona, Gráficas Marisal, Madrid, 1970.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I., “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar”, Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 728, 2011, p. 3451 ss.; ID, “Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial”, ibídem, núm. 732, 2012.; ID., “Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial”, núm. 737, 2013.

DELGADO MARTÍN, J. “La Patria Potestad compartida en los procedimientos matrimoniales”, Estudios de Derecho Judicial, 130, CGPJ, Madrid, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, Familia y Sucesiones SEPIN, 2º trimestre nº 99.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el derecho español: la superación del derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015.

DÍAZ AMBRONA BARDAJI, M^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F., Lecciones de Derecho de Familia Editorial Universitaria Ramón Areces 2007, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, L., “El negocio jurídico del derecho de familia” RGLJ, 1962.

DIEZ-PICAZO, L., "Ensayos Jurídicos", I, Familia y Derecho, Madrid, 1984.

DOMINGUEZ MARTINEZ P, Definición y atribución del domicilio familiar

SPCS documento de trabajo 2008/5
<http://www.uclm.es/CU/csociales/documentostrabajo>

ELORRIAGA DE BONIS, F., Régimen jurídico de la vivienda familiar, Navarra, 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M., "La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil", en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 10, 2010.

FERRER DE LA PUENTE, JM., "Problemas actuales del Registro Civil" 1 Matrimonio civil. Problemática actual sobre su autorización o denegación, Estudios de Derecho Judicial 98, Madrid, 2006.

GARCÍA CANTERO, G., en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (Dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; ad art. 96 CC

GETE-ALONSO Y CALERA, MC., Comentario del Código Civil tomo I Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones 1991.

GIL MENBRADO C. La vivienda Familiar, Editorial Reus, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., “A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes”, Revista el Derecho, 6 de octubre, de 2010.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “El uso de la vivienda familiar y la pensión alimenticia de los hijos. La interdependencia de ambas medidas en los procesos de familia”, Revista el Derecho, 1 de junio de 2015

GONZÁLEZ MORAN, Derecho Inmobiliario Registral, La ley, Madrid, 1988.

GONZÁLVEZ VICENTE, P. “Guarda y Custodia de los hijos”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.

HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M., Tratamiento de los aspectos patrimoniales.

HERNÁNDEZ GIL, F., “El fiscal ante los procesos matrimoniales y los convenios internacionales de derecho de familia” Cuadernos de derecho judicial derecho de familia, CGPJ 1993.

HERRERO GARCÍA, M^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991.

HIJAS FERNÁNDEZ “Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nº 8 época 3^a noviembre de 1997.

HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Derecho de Familia. Doctrina Sistematizada de la Audiencia Provincial de Madrid”, Lex Nova, 1999.

HIJAS FERNÁNDEZ, E., “Persona y Familia”, SEPIN junio de 2008, nº 80.

LACRUZ BERDEJO, JL., Elementos de Derecho civil IV Derecho de Familia José María Bosch ed., Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO JL. Coord., “Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil” Ed. Civitas, Madrid, 1982.

LASARTE C., Principios de Derecho civil, tomo VI, Derecho de Familia Marcial Pons, Madrid, 2011, 15ª ed.

LASARTE C., Compendio de Derechos Reales, Marcial Pons, 2012.

LASARTE C., Principios de Derecho civil, tomo III, Trívium 5º ed. 1999

LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 96», en Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil, dirigidos por J. L. LACRUZ BERDEJO, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

LÓPEZ-BERMEJO MUÑOZ, J., Evolución estadística de la inmigración y repercusión en el Registro Civil, Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración, cit.

LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012

MARTÍN MELENDEZ, MT “Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, Civitas Madrid 2005.

MARTÍN MELÉNDEZ, MT “Compraventa financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales”, Civitas, Madrid, 2002.

MARTÍN MELÉNDEZ MT “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, AC, 19, 2005,

MARTÍN MELÉNDEZ MT “Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio” (artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), RCDI, 1996

MARTÍN MELÉNDEZ “Comentario a la Sentencia de 16 de diciembre de 1995”, CCJC, 41, 1996.

MONJE BALMASEDA, O., “Artículos 81, 82, 86, 87, 90, 91, 92, 93, 96, 97 del CC”, Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio

MORETÓN SANZ, RDUNED, 1, 2006, págs. 553 y sigs.:

MORETÓN SANZ, M^a F., “La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato”, Estudios jurídicos en honor al Profesor Enrique Lalaguna, II, Universidad de Valencia,

MORETON SANZ, M^a F., “Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios”, RCDI, 720.

Sobre su reciente modificación y el análisis de la redacción ahora vigente, vid., MORETÓN SANZ, El interés del menor

MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, en Diario La Ley, núm. 7843, 2012;

MORÁN GONZÁLEZ, María Isabel. “El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor” Cuadernos de Derecho Judicial 2 – 2009.

MURCIA QUINTANA, E., “Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar” (art. 1320 CC), Madrid, 2002.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil tomo IV Derecho de Familia. Editorial Revista de Derecho Privado, 1983.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Compendio de Derecho Civil tomo III Derechos Reales e Hipotecario, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

O'CALLAGHAN, X., Compendio de derecho civil tomo II, Editorial revista de Derecho privado, Barcelona, 1987.

ORTUÑO MUÑOZ, P. "la mediación familiar", Colección: Cuadernos de Derecho Judicial Número Publicación: 24 Número 2005.

PINTO ANDRADE, C., La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio, Barcelona, 2011.

PRADILLA GORDILLO, E, "El matrimonio y el Registro Civil", El Registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional, Cuadernos de Derecho Judicial, XVI, 2003.

PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, JM., "La efectiva liquidación de la sociedad conyugal, ¿conlleva la extinción tácita del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido sin plazo en una resolución anterior?", Boletín de Derecho de Familia, año IX-nº 88-marzo 2009.

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

RAMS ALBESA, J., "Comentarios al Código Civil" II vol. 1º, JM Bosch, 2000.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a.G., "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar", en Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 737, 2013.

ROCA TRÍAS, E., en Comentarios a las reformas del Derecho de familia, I, Madrid, 1984, ad art. 96 CC.

ROCA TRÍAS, E., Derecho de Familia, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

ROCA TRÍAS, E., en Código Civil comentado (Dir. A. CAÑIZARES LASO et alii), I, Cizur Menor, 2011, ad art. 96 CC.

SALAZAR BORT, S., La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ ARISTI, R., Comentarios al Código Civil, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ Cano (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001.

SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 68 del Código Civil», en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II, Artículos 42 al 107 del Código Civil, dirigidos por M. Albaladejo, Editorial Edersa, Madrid, 1978.

SANTOS MORÓN, M^a J., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma”, en Revista de Derecho Civil, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014)

SERRANO GÓMEZ, E., La vivienda familiar en las crisis matrimoniales, Madrid, 1999.

TAMAYO CARMONA, J.A., Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición, Valencia, 2003.

TAMAYO CARMONA, J.A., “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID, “El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro”, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19.

UTRERA GUTIÉRREZ, JL., “La mediación familiar intrajudicial como instrumento para mejora la función judicial de los conflictos familiares”, *Cuadernos digitales de formación 2-2011*, Madrid.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAG, L., “El convenio regulador y su aprobación judicial”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* nº 8 1997.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. y LLEDÓ YAGÜE, F., (Dir.), “El nuevo derecho matrimonial.” *Dykinson*, Madrid, 2007.

CALAZA LÓPEZ, (2014), “La intervención y administración judicial de la herencia”, *RCDI*, 90, 745, págs. 2553-2584.

(2013) “La división judicial de la herencia”, *RCDI*, 89, 740, págs. 4183-4215.

CGPJ, (2011), “Conclusiones”, *Seminario cuestiones prácticas derivadas de la aplicación del derecho de sucesiones. Especial referencia a la división de patrimonios y partición hereditaria Madrid, 2, 3 y 4 de marzo de 2011*. Servicio de formación conjunta del CGPJ.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (2012), *Sistema de Derecho Civil* vol.1, Ed. Tecnos, Madrid.

GARCÍA CANTERO, (1982), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II, Edersa, Madrid.

LASARTE ÁLVAREZ, (2015) *Principios de Derecho civil, tomo VII, Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 10 ed.;

(2015) *Principios de Derecho civil, VI, Familia*, Marcial Pons, Madrid, 13^a ed.

(2005), "De la pensión a la compensación: el triunfo de la temporalidad", *Jornadas nacionales sobre protección jurídica contra la violencia de género*. Universidad de A Coruña 19 y 20 de julio de 2005.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, (2004), *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Madrid.

MORETÓN SANZ, (2008), *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, Lex Nova.

(2009), "La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato", *RCDI*, julio-agosto, págs. 1183 a 1.212;

(2008), "Obligaciones novables: Examen de la expromisión y las relaciones contractuales, legales y extracontractuales", *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias*, Gómez Gállego (Coord.), Tomo I, Registradores de España-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 947-967;

(2008), "Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)", *ADC*, tomo LXI, fas. II, pp. 619 a 719.

O'CALLAGHAN, (1981), *Compendio de Derecho Civil, tomo V*, Edersa, Madrid.

PÉREZ SANZ, (1985) "Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 26, págs. 7-34.

RESOLUCIONES CITADAS

Auto del Tribunal Constitucional 177/1984 de 21 de marzo

STS de 24 de junio de 2015

STS de 31 de marzo de 2011

STS, de 31 de marzo de 2011

STS de 22 de junio de 2011

STS de 20 de julio de 2015

STS de 19 de febrero de 2014

STS de 19 de enero de 2010

STS, de 17 de julio de 2009

STS, de 17 de octubre de 2007

STS de 10 de febrero de 2005

STS de 28 de marzo de 2005

STS, de 22 de abril de 1997

SAP de Granada de 19 de mayo de 2001

SAP de A Coruña, sec. 3ª, de 18 de diciembre de 2015

STSJ de Cataluña, de 26 de julio de 1999

Auto de la AP de Madrid, secc. 24ª, de 6 noviembre de 2002

SAP Baleares, Sec. 4ª, de 25 de marzo de 2011

SAP Barcelona, Sec. 12ª, de 8 de abril de 1999

SAP Barcelona, sec. 12ª, de 16 de marzo de 2007

SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2014

SAP, de Cádiz de 14 de septiembre 2001

RDGRN, de 20 de noviembre de 2007

RDGRN, de 19 de agosto de 2010

RDGRN, de 10 de enero de 2011

