

LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

NIEVES MORALEJO IMBERNÓN

*Profesora Axudante de Dereito Civil
Universidade Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de vivienda familiar. III. Criterios de adjudicación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. A. Las medidas provisionales previas y posteriores a la demanda de nulidad, separación o divorcio. a) Consideraciones generales. b) El acuerdo conyugal. c) El criterio del art. 103 CC: el interés familiar más necesitado de protección. B. Las medidas definitivas de la sentencia de nulidad, separación o divorcio. a) El convenio regulador. b) Adjudicación judicial de la vivienda familiar. c) Modificación de las medidas. IV. Naturaleza del derecho de uso atribuido al cónyuge adjudicatario por convenio regulador o sentencia judicial. A. Discusión doctrinal sobre la naturaleza del derecho judicial de uso. B. El cónyuge titular no adjudicatario ostenta un derecho de propiedad sobre la vivienda. C. El cónyuge titular no adjudicatario es el arrendatario de la vivienda. D. La vivienda se ostenta en precario. V. Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar. A. Actos realizados por el cónyuge titular-no adjudicatario de la vivienda. El art. 96 CC, *in fine*. B. Actos realizados por el cónyuge cotitular-no adjudicatario de la vivienda

I. INTRODUCCIÓN

La vivienda donde el grupo familiar tiene instalado su lugar de residencia permanente es objeto de una especial protección dentro del Código civil, que puede vislumbrarse en preceptos como el art. 1320 (que exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, la autorización judicial supletoria para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar durante las fases de normalidad matrimonial), los arts 90, 91 ó 96 (dictados en

atención a una posible crisis, que regulan el destino de la vivienda cuando media la separación conyugal) o los arts. 1406 y 1407 (que prevén el derecho de adjudicación preferente de ésta en favor del cónyuge superviviente cuando se liquida la extinta sociedad de gananciales por fallecimiento del otro).

Es común a todas estas normas el deseo de garantizar la adscripción del inmueble-residencia habitual de la familia a este mismo fin, incluso aunque su titularidad recayese exclusivamente sobre uno de los cónyuges. De esta forma, se exige que el titular recabe el consentimiento de su consorte para realizar cualquier acto de disposición sobre la vivienda (arts. 1320¹, 96.4²) y se prevé, asimismo, que en situaciones de crisis matrimonial el adjudicatario del uso pueda ser el que no ostentaba título alguno sobre aquélla, por haberle sido confiada la custodia de los hijos comunes o, a falta de éstos, por ser el suyo el interés más necesitado de protección (art. 96). Para los casos en que el matrimonio se disuelve por fallecimiento de uno de los cónyuges, el art. 1406 contempla un derecho de atribución preferente de la vivienda en favor del superviviente, que puede, no obstante, optar por que se le reconozca sobre ella un mero derecho real de uso o habitación (art. 1407).

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Aunque el Código civil no ofrece una definición en ninguno de los anteriores preceptos, parece que debe considerarse como tal aquella en la que el grupo familiar, o los cónyuges exclusivamente si no hubiera hijos, tiene instalada su residencia conjunta, permanente y habitual³ (de «residencia habitual» habla, por ejemplo, el mencionado art. 1407).

¹ Según esta norma, «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».

² Este precepto prevé la exigencia del consentimiento del no titular con posterioridad a la separación conyugal cuando aquél resultara adjudicatario del uso de la vivienda en el convenio regulador o en la sentencia judicial de separación, nulidad o divorcio.

³ Vid. SAP Bilbao 21 septiembre 1991 (RGD, núm. 573, 1992) que declara que la vivienda objeto del litigio no había perdido su carácter de vivienda habitual de la familia, aunque el esposo residiera en otra población, «precisamente porque todavía el centro de la vida familiar allí estaba situado, regresando el esposo los fines de semana...». La SAP Bilbao 3 febrero 1992 (RGD, núm. 573, 1992) define la vivienda familiar como el «lugar de ubicación o asentamiento de ésta con anterioridad a la ruptura del vínculo afectivo de los cónyuges, donde éstos han venido desarrollando su vida en común, en compañía de sus hijos, y con independencia de que tal bien sea privativo o ganancial». La SAP Palma de Mallorca 24 febrero 1992 (RGD, núms. 580-581, 1993) afirma que vivienda familiar «lo es, únicamente, la conyugal, es decir, aquella donde, de manera permanente y estable y como centro de su convivencia íntima, han venido habitando los esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis en el matrimonio». La SAP Ciudad Real 30 diciembre 1995 (RJ 1995/2306) señala que «el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquélla y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares

De acuerdo con esto, es lógica la postura doctrinal que excluye de esta noción las llamadas «segundas residencias»⁴, esto es, las que sólo ocasionalmente sirven a la finalidad de alojamiento de la familia, bien porque se trate de viviendas de temporada, bien porque sean ocupadas exclusivamente por uno o varios de sus miembros (por ejemplo, en el supuesto de que uno de los cónyuges deba desplazarse a otra ciudad por motivos profesionales o de que los hijos realicen sus estudios fuera de su lugar de origen). En el primer caso, es la falta de habitualidad en el uso lo que permite excluir la aplicación de los arts. 1320, 96 ó 1406 sobre vivienda familiar. En el segundo, por el contrario, es la circunstancia de que el disfrute no sea conjunto -aunque la permanencia pueda ser de hecho muy prolongada-, unido a la ausencia de un ánimo de que dicha vivienda constituya la residencia habitual (y no un mero alojamiento durante el tiempo en que se desempeñen los estudios o la profesión), lo que justifica que también deba excluirse este supuesto del ámbito de los anteriores preceptos. Dada la excepcionalidad de las medidas contempladas en ellos, en las que se limitan las facultades dispositivas del titular y su derecho de uso, parece correcto acoger esta interpretación más restrictiva sobre el concepto de vivienda familiar y entender que solamente concurre dicha condición en el inmueble que el grupo familiar *en su conjunto* destina preferentemente -tanto en lo que respecta al tiempo como a su voluntad de permanencia- a la finalidad de alojamiento.

III. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

A. Las medidas provisionales previas y posteriores a la demanda de nulidad, separación o divorcio

a) Consideraciones generales

Cuando una situación de crisis conduce al planteamiento de una demanda de separación, nulidad o divorcio, inmediatamente se hace imprescindible poner en claro toda una

de uno de los cónyuges». Por último, la SAP Palma de Mallorca 19 enero 1998 (RGD, núm. 648, 1998) la define como «aquella que constituye la residencia normal de la familia, donde de manera estable y permanente han venido habitando los esposos y los hijos hasta el momento de producirse la crisis del matrimonio, cualquiera que sea el título jurídico en virtud del cual la tengan a su disposición». En contra de una interpretación restrictiva del requisito de la habitualidad o permanencia, la SAP Pamplona 27 noviembre 1993 (RGD, núm. 615, 1995) consideró vivienda familiar la adquirida con posterioridad a la crisis matrimonial en sustitución de la antigua, ya que de otro modo se pondría en peligro la función asistencial del art. 96.

⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Notas sobre la vivienda habitual de la familia». RCDI, 1982, p. 1607; DE COSSÍO MARTÍNEZ, Las medidas en los casos de crisis matrimonial. Madrid, 1997, p. 42. Vid., en el mismo sentido, SAP Barcelona 13 septiembre 1995 (RGD, núms. 616-617, 1996). Contra, LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Tercera edición. Barcelona, 1989, p. 319; HERRERO GARCÍA, «Comentario del art. 1320 CC», en Comentario del Código Civil. Tomo II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993, p. 589, que entienden que puede haber varias residencias habituales, y califican como tales las que ocupan el cónyuge desplazado a otra ciudad por razones profesionales o los hijos durante el tiempo en que cursan sus estudios.

serie de aspectos asociados al nuevo *status* de separación física de los cónyuges. Piénsese, por ejemplo, en la incidencia que tendrá esta nueva situación, incluso antes de que recaiga un pronunciamiento judicial estimatorio, en temas como la guarda o custodia de los hijos menores durante el tiempo en que dura el procedimiento, la contribución a las cargas familiares, la administración de los bienes comunes o, en último término, el uso que ha de hacerse de la vivienda familiar en tanto se decide lo correspondiente en la sentencia definitiva.

La anterior LEC distinguía entre las medidas provisionalísimas, solicitadas a instancia de parte antes de entablar la demanda de nulidad, separación o divorcio, y las medidas provisionales, que se adoptaban en defecto de las anteriores después de haber sido admitida dicha demanda. La nueva LEC 1/2000 ha suprimido la terminología anterior mas no la distinción entre ambas clases de medidas, que es acogida también por el Código civil en sus arts. 103 y 104. Así, aunque respecto de las que pueden adoptarse con anterioridad al inicio del procedimiento este último precepto reenvía a los criterios sentados por el artículo precedente en relación con las provisionales, son varias las diferencias existentes entre ambas. En primer lugar, las medidas previas a la demanda sólo se dictan a instancia de parte interesada y caducan a los treinta días de su aprobación si finalmente aquélla no se hubiera presentado⁵. Por su parte, las medidas provisionales, que son adoptadas por el Juez tras el inicio del procedimiento incluso aunque no hubiera mediado petición de parte, subsisten durante toda su tramitación hasta que son sustituidas en la sentencia de separación o disolución matrimonial por las llamadas medidas definitivas (arts. 96 CC, 773.5 LEC 1/2000).

b) El acuerdo conyugal

En la adopción de las medidas provisionales, deberá tenerse en cuenta en primer lugar el acuerdo al que las partes hayan podido llegar sobre cada uno de los extremos mencionados en el art. 103 CC, entre los que se encuentra también el uso de la vivienda familiar⁶ (arts. 103 CC, 773.1 LEC 1/2000)⁷. Sólo en defecto de pacto, cuando éste no hubiera sido aprobado por el Juez o se hubieran obviado en él alguno de los pronunciamientos que exige el citado art. 103, corresponderá a la autoridad judicial que entiende del procedimiento determinar, entre otras cosas, cuál de los cónyuges ostentará la custodia de los hijos menores o qué uso habrá de hacerse del -hasta ese momento- hogar familiar durante la tramitación de aquél. A diferencia de lo que sucede con el acuerdo conyugal, el Juez no tiene plena discrecionalidad para resolver estas cuestiones, sino que habrá de atenerse a los criterios legales contenidos en este precepto.

⁵ Vid. arts. 104 CC y 771.5 LEC 1/2000.

⁶ Si se hubieran adoptado medidas con anterioridad a la demanda, estas actuaciones se unirán a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, aunque también cabe que el tribunal complete o modifique tales medidas si lo estima procedente (vid. art. 772 LEC 1/2000).

⁷ La autoridad judicial deberá verificar que el acuerdo no es dañoso para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (arg. art. 90 CC).

c) *El criterio legal del art. 103 CC: el interés familiar más necesitado de protección*

En relación con la vivienda familiar, el art. 103 señala que la autoridad judicial determinará «teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección» cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la misma.

Desde las posturas doctrinales que mantienen que el interés de la familia es un interés supraindividual, que no coincide con la suma de los intereses particulares de sus distintos miembros, se ha criticado el dictado de esta norma. No puede hablarse -se aduce- de diversos intereses familiares -unos más necesitados de protección que otros-, sino de un interés único y común a todos los integrantes del grupo⁸. Por el contrario, para quienes se muestran reacios a la existencia de un interés supraindividual, el precepto no hace más que confirmar esta opinión, otorgando preferencia -por la vía de la adjudicación del uso de la vivienda durante el tiempo en que dura el procedimiento- a uno de los miembros (cónyuges) de la familia⁹.

No se advierte en el art. 103 las circunstancias que determinan esa mayor necesidad de protección que legitima el uso exclusivo, aunque por analogía con lo dispuesto en el art. 96 para las medidas definitivas se ha señalado que aquella concurrirá normalmente en el cónyuge a quien se confía la guarda o custodia de los hijos menores o con el que conviven los hijos mayores del matrimonio¹⁰. No debe olvidarse, sin embargo, que la ausencia de esta específica mención dentro del art. 103 siempre permitirá un margen más amplio a la discrecionalidad judicial en punto a valorar el perjuicio que para cada cónyuge acarrearía la privación de la vivienda en fase de medidas provisionales, ya que pudiera suceder que en algún supuesto concreto el interés más necesitado de protección fuera precisamente el de quien no tiene la custodia o la compañía de los hijos.

Otra duda interpretativa plantea el art. 103 cuando señala que la autoridad judicial determinará cuál de los cónyuges ha de *continuar* en el uso de la vivienda familiar, lo que parece implicar que el beneficiario debe permanecer en la misma hasta el momento en que se adoptan las medidas provisionales. En contra de esta interpretación literal, sin embargo, la doctrina ha entendido que también podrá adjudicarse el goce de la vivienda al que la hubiera abandonado para presentar la demanda de separación, nulidad o divorcio¹¹, siempre,

⁸ ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Barcelona, 1992, p. 193.

⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del art. 103 C.c.» en *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Segunda edición. Madrid, 1993, p. 419.

¹⁰ Como ha observado la doctrina, el art. 96 exige como único requisito que el cónyuge adjudicatario conviva con los hijos, sin especificar si éstos son únicamente los menores de edad o si también puede incluirse dentro del ámbito de la norma a los mayores. Vid., infra, B. b) *La adjudicación judicial de la vivienda familiar*.

¹¹ Vid. entre otros, ESPIAU ESPIAU, op. cit., p. 191. No obstante, como advierte ELGORRIAGA, cuando el marido abandona el hogar y alquila un piso, automáticamente se considera que su interés está menos necesita-

naturalmente, que su necesidad asistencial fuera superior a la de su consorte. En cualquier caso, lo que parece claro es que se prescinde en este ámbito de la posible culpabilidad de los cónyuges en la causa separación o disolución matrimonial, así como de la circunstancia de que sólo uno de ellos pueda ser el titular exclusivo del alojamiento familiar o de los derechos que facultan para su uso.

B. Las medidas definitivas de la sentencia de nulidad, separación o divorcio

a) El convenio regulador

Cuando se trata de fijar definitivamente los efectos de la nulidad, separación o divorcio, el acuerdo de los cónyuges constituye también la primera fuente de regulación.

Al convenio regulador se refiere el art. 90, en el que se establece un contenido mínimo, imprescindible para obtener la aprobación del Juez que entiende del procedimiento. En determinados supuestos, además, la ley exige que la demanda se acompañe obligatoriamente de una propuesta de convenio como requisito para su admisión a trámite, lo cual sucede cuando la separación o el divorcio son solicitados por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro (arts. 81 y 86 CC, 777.2 LEC 1/2000). Fuera de estos casos, la presentación del convenio es meramente facultativa para las partes, lo que explica que el art. 96 prevéa la necesidad de un pronunciamiento judicial expreso sobre las medidas definitivas «en defecto de acuerdo».

De la misma manera que veíamos en relación con las medidas provisionales del art. 103, el convenio regulador está sometido a la aprobación del Juez, que deberá valorar en cada caso si aquél resulta dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90, *in fine*). Así, por ejemplo, la SAP de Castellón de 20 de abril de 1998¹² rechazó un acuerdo en el que se adjudicaba el uso de la vivienda familiar a la mujer por habersele concedido la custodia de la hija del matrimonio, y en el que se preveía asimismo que tal derecho quedaría extinguido si la adjudicataria contraía un nuevo matrimonio o convivía maritalmente con una persona del sexo masculino. La AP entendió que este convenio era dañoso para la hija desde el momento en que podía acarrear la privación de la vivienda y, por ello, sacar a la joven del entorno (de personas y lugar) donde había venido residiendo toda su vida.

El hecho de que el convenio requiera la autorización judicial, así como la circunstancia de que la adjudicación de la vivienda que en él se contiene constituya un título suficiente

do de protección que el de su esposa, que ha continuado en el uso de la vivienda familiar en compañía de sus hijos (vid. ELGORRIAGA DE BONIS, Régimen jurídico de la vivienda familiar. Pamplona, 1995, p. 498).

¹² RGD, núm. 651, 1998.

para el uso que elimina la situación de precario¹³, justifica que no sea posible la modificación de estas medidas convencionales a iniciativa de uno de los cónyuges (*vid.* en este sentido SAP Madrid de 3 noviembre 1992¹⁴). Sólo mediando un nuevo pronunciamiento judicial o el acuerdo de ambos (siempre que de él no se derivase un perjuicio para los hijos), cabrá sustituirlas por otras nuevas, tal y como se deduce de los arts. 90 y 91 CC y 775 LEC 1/2000¹⁵.

b) Adjudicación judicial de la vivienda familiar

En defecto de convenio conyugal, será el Juez quien deba pronunciarse sobre el uso de la vivienda aplicando para ello los criterios del art. 96, entre los cuales no se menciona la culpabilidad de los cónyuges en la causa de separación o disolución matrimonial¹⁶ (*v.* SAP La Coruña de 20 mayo 1995¹⁷), ni tampoco el hecho de que sólo uno de ellos pueda ostentar la titularidad del inmueble en el que la familia instaló su residencia habitual (*v.* SAP Alicante de 17 febrero 1998¹⁸). Tampoco, en último término, se tienen en cuenta en este precepto las medidas provisionales adoptadas durante la tramitación del procedimiento, que pueden ser modificadas en la sentencia de separación, nulidad o divorcio (art. 106), no sólo porque las circunstancias que las motivaron pueden haber variado, sino también porque su finalidad era la de regir el destino de la vivienda y demás aspectos mencionados en el art. 103 únicamente durante el tiempo en que durase aquél (*v.* SAP Palma de Mallorca de 16 julio 1991¹⁹).

El art. 96 dispone que el uso -se entiende que exclusivo²⁰- del inmueble que constituye el hogar de la familia corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Si algunos quedasen en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente según su arbitrio. Por último, si no hubiera hijos, el precepto prevé que el uso de la

¹³ Vid. STS 18 octubre 1994 (RJ 1994/7722).

¹⁴ RGD, núm. 583, 1993.

¹⁵ Vid. *Infra* Epígrafe c) Modificación de las medidas.

¹⁶ Vid., entre otros, VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Comentario del art. 103 CC», cit., p. 419; contra, GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 96 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo II. Edersa. Madrid, 1978, p. 413.

¹⁷ RGD, núms. 625-626, 1996.

¹⁸ RGD, núm. 648, 1998. La AP revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que había atribuido la vivienda al titular a pesar de que la custodia del hijo menor había sido confiada a la mujer.

¹⁹ RGD, núms. 568-569, 1992.

²⁰ La SAP Madrid 1 julio 1991 (RGD, núms. 574-575, 1992) señala que no puede imponerse el uso común. Por su parte, la SAP Valencia 28 junio 1991 (RGD, núm. 564, 1991) revoca la sentencia de la instancia en la que, habiéndose adjudicado el uso de la vivienda a la mujer, se permitía no obstante que el marido dispusiera de una habitación dentro de la casa que le servía como almacén del bar que tenía instalado en los bajos del inmueble. La AP consideró que esta decisión vulneraba el derecho de intimidad de la mujer y sus hijos, que estaban constantemente expuestos a la observación del marido.

vivienda pueda atribuirse al cónyuge no titular cuyo interés resulte el más necesitado de protección.

El fundamento del primer criterio radica sin duda en la presunción legal de que los intereses de los hijos son casi siempre los más necesitados de protección. Ahora bien, como han señalado diversas resoluciones de las Audiencias, esta presunción admite prueba en contrario (v. SSAP Córdoba de 5 octubre 1994²¹ y Zaragoza de 23 marzo 1996²²). En ausencia de la misma, el goce de la vivienda se adjudicará a aquéllos «y al cónyuge en cuya compañía queden», lo que ha hecho plantearse a nuestros autores si en estos casos la titularidad de la facultad de uso es plural o corresponde exclusivamente al cónyuge con el que conviven los hijos. En apoyo de esta segunda interpretación, puede argüirse que el art. 96.4 requiere únicamente el consentimiento de ambos cónyuges -y no el de los hijos comunes- para llevar a cabo cualquier acto de disposición sobre la vivienda tras la sentencia de separación, nulidad o divorcio²³.

Se ha planteado también dentro de la doctrina si la norma del art. 96 se dirige únicamente a proteger los intereses de los hijos menores de edad o de si puede hacerse extensiva igualmente a los mayores que no hubiesen alcanzado todavía la plena independencia económica. Su tenor literal nada aclara al respecto, aunque en favor de esta última opinión se argumenta que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1), dentro de la cual se observa muy a menudo que los hijos no están en disposición de procurarse por sí mismos la subsistencia aun después de haber cumplido los dieciocho años. Por otro lado, se ha sostenido que el fundamento de la privación de uso del art. 96 en favor del cónyuge no titular (con el que conviven los hijos) estriba en el deber que tiene el otro progenitor de contribuir a las cargas del matrimonio²⁴ prestando a sus hijos un derecho de alimentos que no se extingue con la sola

²¹ RGD, núms. 613-614, 1995.

²² RGD, núm. 627, 1996.

²³ RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar*. Madrid, 1987, p. 114; ELGORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 484; contra, GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 414, que entiende que los hijos también deben prestar su consentimiento si pueden hacerlo legalmente y, si no, habrán de prestarlo los padres en su lugar (salvo si hubiera conflicto de intereses, en cuyo caso deberá nombrarse defensor judicial). Vid. SAP Burgos 5 septiembre 1992 (RGD, núms. 592-593, 1994), que sostiene que los titulares son los cónyuges; contra, SAP Bilbao 3 febrero 1992 (RGD, núm. 573, 1992), que entiende que son tanto los cónyuges como los hijos que se quedan en su compañía.

²⁴ Contra, SAP Palma de Mallorca 23 noviembre 1992 (RGD, núm. 594, 1994) que declara que el fundamento de la norma es exclusivamente el ofrecer un marco estable para los hijos con la finalidad de reducir los perjuicios psicológicos y afectivos derivados de la crisis matrimonial de sus padres. La aplicación del art. 96 procede incluso cuando no hay necesidad en los beneficiados por el uso que, hipotéticamente, pueden disponer de suficientes medios de fortuna como para no requerir la prestación de alimentos. El supuesto de hecho de esta sentencia era la atribución de la propiedad de la vivienda a la esposa en un supuesto de separación, siendo además ella quien retenía la custodia de los hijos. Surgidas desavenencias entre éstos y su madre, el marido solicita y obtiene,

llegada de éstos a la mayoría de edad²⁵ (*arg.* art. 142 CC, *vid.* SAP Palma de Mallorca 16 julio 1991²⁶, SAP Bilbao 3 febrero 1992²⁷, SAP Barcelona 29 noviembre 1993²⁸). Por todas estas razones, parece más correcta la tesis que mantiene que la norma debe aplicarse también a los hijos mayores y que, por el mismo motivo, sostiene que el límite temporal de este derecho de uso no debe situarse en el momento de la extinción de la patria potestad, sino en el de la obtención por aquéllos de una plena autonomía de medios o de recursos económicos con los que subvenir a sus necesidades, aun cuando continuasen residiendo con el padre o madre adjudicatario de la vivienda (*vid.*, en este sentido, SAP Palma de Mallorca 16 julio 1991²⁹, SAP Bilbao 3 febrero 1992³⁰; *contra*, SSAP Palma de Mallorca 28 febrero 1991³¹ y 7 marzo 1994³², que consideran que el derecho de uso finaliza con la extinción de la patria potestad).

Para el supuesto de que la custodia de algunos hijos hubiera sido confiada a uno de los cónyuges y la de los restantes al otro progenitor, el art. 96 establece que el Juez resolverá lo procedente. La discrecionalidad en la adopción de esta medida parece absoluta en estos casos³³, aunque cierta doctrina se ha mostrado partidaria de sustituir este criterio por la atribución del uso de la vivienda a su titular, habida cuenta de que también éste tiene encomendada la guarda de algunos de los hijos³⁴.

con la conformidad de su esposa, la custodia del hijo menor. No se estima la oportunidad del cambio de atribución de la vivienda en favor del marido en cuanto que el hijo estaba a punto de cumplir los dieciocho años, de modo que «se excluye que la pérdida del uso de la vivienda familiar pueda a estas alturas... ocasionarle trastorno psicológico relevante o, al menos suficientemente grave como para compensar el desalojo por parte de doña D. de su propia vivienda».

²⁵ HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil». Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia Castaño. Salamanca, 1984, p. 323; ROCA TRÍAS, «Comentario del art. 96 CC» en Comentario del Código Civil. Tomo I. Ministerio de Justicia. Segunda edición. Madrid, 1993, p. 399; ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, p. 209; COSSÍO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 41; ELGORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pp. 478-479; *contra*, GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 96 CC», *cit.*, p. 410.

²⁶ RGD, núms. 568-569, 1992.

²⁷ RGD, núm. 573, 1992.

²⁸ RGD, núm. 594, 1994. Este mismo fundamento ha servido, por otro lado, para defender la aplicación analógica del precepto a las uniones *more uxorio* [*vid.* STS 16 diciembre 1996 -RJ 1996/9020-, SSAP Barcelona 27 mayo 1991, 16 septiembre 1992 -RGD, núm. 571, 1992; RGD, núm. 583, 1993-].

²⁹ RGD, núms. 568-569, 1992.

³⁰ RGD, núm. 573, 1992.

³¹ RGD, núms. 580-581, 1993.

³² RGD, núm. 615, 1995.

³³ *Vid.* en este mismo sentido SAP Valencia 11 julio 1992 (RGD, núms. 580-581, 1993), que reconoce la discrecionalidad del Juez de instancia, cuyo criterio no es revisable en apelación. *Contra*, ELGORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, pp. 488-489, que considera que el criterio decisorio habrá de ser nuevamente el interés familiar más necesitado de protección.

³⁴ RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 115.

No habiendo hijos comunes podrá acordarse que el uso de la vivienda corresponda al cónyuge no titular durante el tiempo que prudencialmente se fije, si el suyo fuera el interés más necesitado de protección³⁵. Se trata de una medida excepcional -como se deduce de la limitación temporal a la que se somete, así como del carácter facultativo que para el Juez tiene su adopción³⁶-, lo cual no es de extrañar ya que implica desposeer al titular del uso de la vivienda imponiéndole la exigencia de contar con el consentimiento de su consorte para los actos de disposición. No resulta fácil hallar el fundamento o *ratio* de esta atribución. Si en relación con el criterio de la custodia o guarda de los hijos era el derecho de alimentos lo que permitía justificar la adjudicación del uso en favor del cónyuge guardador, aquí se ha recurrido tanto a los deberes de socorro y contribución a las cargas del matrimonio (predicables sólo para los casos de separación conyugal, en los que sigue vigente el vínculo matrimonial) como a la pensión compensatoria de los arts. 97 y 98³⁷ (v. SAP Oviedo 6 febrero 1990³⁸, SAP Barcelona 7 octubre 1993³⁹, SAP Teruel 13 enero 1995⁴⁰). Precisamente por ello, resulta mucho más difícil en este caso sostener la aplicación analógica de la norma a las uniones *more uxorio* (*contra*, SAP Barcelona 3 febrero 1997⁴¹, que la ha admitido expresamente).

Según el art. 96, parece que el criterio supletorio del interés más necesitado de protección sólo entra en juego cuando no haya hijos comunes. No obstante, de acuerdo con los fines de protección y satisfacción de los deberes asistenciales que persigue el precepto es fácil colegir que también será aplicable cuando, aun habiéndolos, éstos hubieran alcanzado ya la autonomía o independencia económica. Venciendo incluso la presunción legal que contempla el propio art. 96, se ha admitido en ciertos casos que el interés más necesitado

³⁵ Se ha considerado como interés más necesitado de protección: el del marido enfermo en un supuesto en que la mujer vivía en la casa de un hijo casado (SAP La Coruña 17 octubre 1994, RGD, núms. 611-612, 1995); el de la mujer que carecía de medios económicos para procurarse otra vivienda distinta, mientras su marido poseía unos ingresos fijos de suficiente importancia como para permitirle subvenir sus necesidades de alojamiento (SAP La Coruña 20 mayo 1995, RGD núms. 625-626, 1996); el de la mujer en un caso en que el marido se había trasladado a otra ciudad por razones de trabajo (SAP Valladolid 22 diciembre 1995, RGD, núms. 628-629, 1997). En cambio, no se aprecia como interés más necesitado de protección el del cónyuge no titular: cuando éste había abandonado voluntariamente el domicilio familiar en Palma de Mallorca para instalarse en Madrid (SAP Palma de Mallorca 28 febrero 1991, RGD, núms. 580-581, 1993).

³⁶ v. SSAP Palma de Mallorca 28 febrero y 10 diciembre 1991 (RGD, núms. 580-581, 1993), y 7 marzo 1994 (RGD, núm. 615, 1995).

³⁷ HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones...», cit., p. 323; RAMS ALBESA, op. cit., p. 116; ROCA TRIAS, op. cit., p. 399; ELGORRIAGA DE BONIS, op. cit., pp. 478-479.

³⁸ RGD, núm. 559, 1991.

³⁹ RGD, núm. 594, 1994.

⁴⁰ RGD, núm. 618, 1996.

⁴¹ RGD, núm. 639, 1997.

de protección, que hace aconsejable la adjudicación del uso de la vivienda, pueda ser el del cónyuge que no convive con los hijos. Éste es precisamente el supuesto que se planteó en la SAP de Zaragoza de 23 de marzo de 1996⁴², en la que se atribuyó el uso de la vivienda al marido a pesar de que era la mujer quien había obtenido la custodia del hijo de catorce años, porque se consideró que el interés de aquél -titular del inmueble y que padecía una enfermedad mental que había motivado su incapacitación- era el más necesitado de protección.

Como se ha señalado con anterioridad, la adjudicación del uso de la vivienda al cónyuge no titular se hace por tiempo determinado, exigiéndolo así -a diferencia de lo que sucedía con el criterio anterior, en el que la limitación temporal resultaba de la finalización del deber asistencial frente a los hijos- el propio art. 96, que señala que podrá acordarse tal uso «por el tiempo que prudencialmente se fije»⁴³.

En relación con este punto, existe cierta confusión dentro de las resoluciones de las Audiencias, dado que algunas parecen referir tal limitación temporal exclusivamente a los casos en que la vivienda fuera privativa del cónyuge no adjudicatario, concediendo en cambio el uso indefinido cuando la vivienda tenía un carácter ganancial o pertenecía a ambos en régimen de comunidad proindiviso (v. SAP Palma de Mallorca 18 diciembre 1989⁴⁴, SAP Bilbao 7 junio 1990⁴⁵, SAP Palma de Mallorca 28 febrero 1991⁴⁶, SAP Palma de Mallorca 7 marzo 1994⁴⁷). En el extremo contrario, otras veces se ha considerado que el límite temporal venía impuesto por la propia disolución del régimen económico (v. SAP Sevilla 16 noviembre 1992⁴⁸, SAP Alicante 19 julio 1993⁴⁹) o por la liquidación de la sociedad de gananciales (v. SAP Oviedo 13 noviembre 1990⁵⁰, SAP Teruel 13 enero 1995⁵¹). Existe incluso alguna sentencia que ha declarado que en el supuesto de vivienda ganancial el Juez ni siquiera tiene la obligación de pronunciarse sobre la adjudicación del uso, sino que son los

⁴² RGD, núm. 627, 1996.

⁴³ Sobre la necesidad de fijar un plazo en estos supuestos, v. SAP Alicante 19 julio 1993 (RGD, núm. 596, 1994), SAP La Coruña 17 octubre 1994 (RGD, núms. 611-612, 1995). La finalización del derecho de uso no viene impuesta por el inicio por el cónyuge adjudicatario de una relación de convivencia marital con otra persona. Así lo han señalado, entre otras, la SAP Valladolid 22 diciembre 1995 (RGD, núms. 628-629, 1995) y SAP Barcelona 3 febrero 1997 (RGD, núm. 639, 1997), en las cuales se afirma que no es posible la aplicación analógica a estos supuestos del art. 101.

⁴⁴ RGD, núms. 556-557, 1991.

⁴⁵ RGD, núm. 558, 1991.

⁴⁶ RGD, núms. 580-581, 1993.

⁴⁷ RGD, núm. 615, 1995.

⁴⁸ RGD, núms. 589-590, 1993.

⁴⁹ RGD, núm. 596, 1994.

⁵⁰ RGD, núm. 559, 1991.

⁵¹ RGD, núm. 618, 1996.

cónyuges los que deben decidir esta cuestión en la partición de su haber común (v. SAP Madrid 12 febrero 1992⁵²; *contra*, SAP Guadalajara 2 abril 1996⁵³, que señala que sí hay deber de pronunciarse, aunque en la liquidación pueda acordarse cosa distinta).

En mi opinión, ninguna de estas tres soluciones jurisprudenciales resulta acertada. Para empezar, el art. 96 no especifica ni establece distinción alguna entre las viviendas privativas o comunes. La finalidad que persigue la adjudicación judicial del uso en este precepto es claramente asistencial y a ella deberá subordinarse dicha medida cualquiera que sea la titularidad -común o privativa- que se ostente sobre la vivienda, pues es evidente que en ambos casos el cónyuge al que se excluye del uso sufrirá por este motivo una privación en sus facultades como (co) titular. La limitación temporal debe estar siempre presente sin que ello suponga necesariamente que en el caso de viviendas gananciales haya de situarse este momento en la liquidación del régimen matrimonial. Será, creo, la cesación de la necesidad asistencial cubierta por la norma -sea de los hijos o del cónyuge adjudicatario si es el interés más necesitado de protección- la que en su caso determinará la finalización del derecho de uso⁵⁴. Si el adjudicatario de la titularidad del inmueble en la liquidación de la sociedad de gananciales resultara ser el cónyuge no usuario de la vivienda, éste deberá soportar dicha limitación en su facultad de goce, así como requerir el consentimiento de su consorte para cualquier acto de disposición que pretenda llevar a cabo.

De otro lado, tampoco estimo correcto que, como han entendido algunas resoluciones de las Audiencias, pueda la autoridad judicial abstenerse de un pronunciamiento en este sentido en favor de lo que los cónyuges puedan acordar en la liquidación de su sociedad. Cualquiera de las medidas -y el uso de la vivienda familiar no es una excepción- que se adoptan en un supuesto de separación conyugal -separación judicial, nulidad o divorcio- requieren de la aprobación judicial. Así, en el caso de un convenio regulador, el art. 90 la exige con el fin de comprobar si lo pactado por los cónyuges puede resultar dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de ellos. Admitir que la decisión sobre el uso de la vivienda pueda ser asumida por los cónyuges de común acuerdo en la liquidación implicaría, a mi juicio, burlar la finalidad de los arts. 90 y 96⁵⁵.

⁵² RGD, núms. 574-575, 1992.

⁵³ RGD, núms. 625-626, 1996.

⁵⁴ Otra cosa es que la autoridad judicial haya fijado un plazo de duración para el uso de la vivienda familiar, cuya finalización coincida con la extinción del régimen económico-matrimonial.

⁵⁵ Con anterioridad a la LEC 1/2000, se discutió si en los procesos de separación o disolución matrimonial la autoridad judicial tenía la obligación de pronunciarse sobre el uso de la vivienda. Actualmente la cuestión no admite duda a la vista de lo dispuesto en los arts. 771, 773 ó 774 LEC. Este último precepto señala en este sentido que «en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

c) Modificación de las medidas

Se discute dentro de la doctrina si las medidas sobre adjudicación de la vivienda familiar adoptadas en los procesos de separación, nulidad o divorcio pueden ser modificadas *a posteriori* a través del simple acuerdo entre las partes o si, por el contrario, es preciso un nuevo pronunciamiento judicial como parecen exigir los arts. 90 y 91 CC y 775 LEC 1/2000.

Para un primer grupo de opiniones, las mismas razones que justifican la intervención del Juez durante el trámite de su adopción imponen también la necesidad de instar su modificación o revocación ante el tribunal correspondiente, pues de otro modo podría vulnerarse la finalidad de protección de los intereses de los cónyuges e hijos que persiguen los arts. 90 y 96 cuando exigen la aprobación judicial. Como argumento en favor de esta tesis, se alude además a lo dispuesto en los citados arts. 90 y 91 CC y 775 LEC 1/2000, que prevén la necesidad de un nuevo pronunciamiento dirigido a este fin cuando, con posterioridad a la sentencia de separación o disolución matrimonial, se hubiesen alterado sustancialmente las circunstancias que motivaron la adjudicación del uso de la vivienda (*vid.*, entre otros, ROCA TRÍAS⁵⁶, GARCÍA CANTERO⁵⁷). Según otras opiniones, en cambio, una vez finalizado el procedimiento, los cónyuges poseen plena libertad para modificar o incluso dejar sin efecto las medidas adoptadas en relación con aquélla, dado que el propio art. 96 les permite llevar a cabo su enajenación de común acuerdo con posterioridad a la sentencia sin requerir la autorización judicial (CLEMENTE MEORO⁵⁸).

A mi entender, debe admitirse un cierto margen a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la modificación de las medidas judiciales adoptadas en torno al uso de la vivienda común, que posibilitaría incluso una renuncia a este derecho siempre que de ella no se derivase un perjuicio para tercero (*vgr.*, los hijos que conviven con el cónyuge renunciante)⁵⁹.

La misma facultad y los mismos límites entiendo que deberían predicarse también para los actos de disposición consentidos por ambos cónyuges, aunque a mi juicio la exigencia del doble consentimiento en el art. 96 no constituye necesariamente -en contra de lo opinado por CLEMENTE MEORO⁶⁰- un argumento en pro de esta tesis, ya que la finalidad de este precepto es muy distinta.

⁵⁶ «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 401.

⁵⁷ «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 410.

⁵⁸ Derecho de Familia. Tercera edición. Valencia, 1997, p. 182.

⁵⁹ Admite la renuncia la SAP Barcelona de 20 de abril 1998 (RGD, núm. 651, 1998), en un supuesto en que la mujer había resultado adjudicataria del uso de la vivienda por tener atribuida la custodia de los hijos del matrimonio, habiéndose mudado posteriormente a otra ciudad por motivos laborales.

⁶⁰ *op. cit.*, p. 182.

Sostiene, en efecto, este autor que la modificación de las medidas sobre el uso de la vivienda común puede llevarse a cabo a través de un acuerdo entre los cónyuges, como lo confirma el hecho de que el propio art. 96 les permita enajenarla tras la sentencia de separación o disolución matrimonial sin exigirles la intervención judicial más que en los casos en que el cónyuge no titular-adjudicatario del uso se negase a dar su consentimiento. En definitiva, se alega que puesto que la disposición de la vivienda implica la renuncia al derecho de uso en beneficio del tercero, también debería ser posible cualquier otra modificación de estas medidas (*vgr.*, una renuncia en favor del otro cónyuge, la fijación de un límite temporal diferente para el derecho de uso, etc) sin necesidad de un nuevo pronunciamiento judicial.

Frente a este razonamiento, puede señalarse, sin embargo, que el art. 96 no prevé -como ha entendido la mayoría de la doctrina⁶¹- la *codisposición* de la vivienda por parte de ambos cónyuges. Es el propietario el único que transmite sus derechos sobre la misma (excluida la facultad de goce durante el tiempo fijado por el Juez), correspondiendo al otro un mero consentimiento de control o asentimiento que no le convierte en parte del negocio de disposición. Dicho de otro modo, el adjudicatario no enajena sus derechos (de goce) sobre la vivienda cuando da su aprobación al acto que lleva a cabo su consorte en los términos que prevé el art. 96. Lo que constituye el objeto de este negocio son los derechos del titular del inmueble, pues, aunque el art. 96 se refiere a la disposición de la *vivienda*, en realidad esta norma debe interpretarse de conformidad con el art. 1320, del cual resulta que lo dispuesto son únicamente sus *derechos* sobre la vivienda habitual (el propio art. 96, párrafo cuarto, refuerza esta conclusión cuando alude al cónyuge *no titular* y a la necesidad de que éste preste su consentimiento al acto de enajenación). En definitiva, el precepto no consagra la renuncia o disposición de la facultad de goce por parte del adjudicatario de la vivienda (aunque sin duda cabe realizarla cuando de ella no se derive un perjuicio para terceros). Puede ser que también él disponga de su derecho real en beneficio del adquirente, pero no es este consentimiento dispositivo lo que se contempla en el art. 96, sino la mera aprobación o conformidad al negocio de transmisión llevado a cabo por su consorte, lo cual significa a mi entender que el tercero la adquirirá con esa carga.

La naturaleza real del derecho de goce sobre la vivienda -*vid.* epígrafe siguiente- impide que el mero asentimiento que presta su titular por mandato del art. 96 conlleve la disposición del mismo en beneficio del adquirente. La finalidad de esta exigencia contenida en los arts. 1320 y 96 es muy diferente, a saber, proporcionar al cónyuge no propietario un mecanismo de defensa a través del cual poder instar la ineficacia de los actos de disposición llevados a cabo por su consorte sin su conformidad o aprobación. Durante la etapa de normalidad matrimonial, el art. 1320 (interpretado coordinadamente con el art. 1322) permite al cónyuge cuyo consentimiento se omitió entablar una acción de anulabilidad dirigida a dejar sin efectos la

⁶¹ *vid.* ROCA TRÍAS, «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 401.

enajenación. Tras la separación conyugal, el adjudicatario de la vivienda ostenta una posición más sólida como titular de un derecho real de goce sobre la misma, mas, a pesar de ello, posee igualmente la opción de anular el acto de transmisión.

En síntesis, estimo que es posible que los cónyuges dispongan de común acuerdo de sus respectivos derechos sobre la vivienda familiar tras la finalización del procedimiento (aunque no con base en lo dispuesto en el art. 96), y también que el titular del derecho de uso renuncie a él en beneficio de su consorte o de un tercero, siempre que en ambos casos no se derive de ello un perjuicio para los hijos del matrimonio. Esta modificación, así como cualquier otra que los cónyuges puedan decidir de común acuerdo, podrá realizarse al margen de la intervención judicial.

En cambio, si ausente tal acuerdo hubiesen variado tras la sentencia las circunstancias que motivaron la adjudicación de la vivienda (común o privativa) a uno de los cónyuges (si es privativa, en favor del no titular), siempre tendrá el otro la posibilidad de acudir al tribunal para que modifique o declare extinguidas las medidas adoptadas en relación con el uso de la misma (arts. 90 y 91 CC y 775 LEC 1/2000)⁶². Entre estas circunstancias que se modifican *a posteriori* cabe mencionar, en relación con el supuesto en que la atribución del uso se hubiera realizado en función de la convivencia mantenida con los hijos, la emancipación de éstos⁶³ o el fallecimiento del cónyuge adjudicatario del uso. Si la vivienda se atribuye al no titular por ser el interés más necesitado de protección, podrá instarse la modificación o extinción judicial de este goce por el transcurso del plazo fijado por el Juez⁶⁴, por la convivencia marital o nuevo matrimonio del beneficiario del uso⁶⁵ o por una mejoría en la situación económica de éste.

⁶² La SAP Girona 4 febrero 2000 (RJ 2000/163) señala que para privar al adjudicatario del uso «habrá de alegarse y probarse una modificación de las circunstancias que conviertan en innecesario el uso asignado, pues lo contrario afectaría al principio de seguridad jurídica al conseguir... la ineficacia de un pronunciamiento judicial cuya modificación tiene previsto otro cauce».

⁶³ Como ha reconocido algún autor, en este caso el pronunciamiento judicial podrá determinar si procede una nueva atribución en favor de ese mismo cónyuge por ser el suyo el interés más necesitado de protección. Vid. GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 410.

⁶⁴ La extinción entiendo que no es automática dada la finalidad de la norma (protección del cónyuge menos favorecido al que la separación puede dejar en la calle), del mismo modo que tampoco lo es la pensión compensatoria. Vid. nota anterior. Transcurrido el plazo que prudencialmente se hubiera fijado, el Juez deberá valorar si se ha extinguido esa necesidad.

⁶⁵ GARCÍA CANTERO, op. cit., p. 410. También RAMS ALBESA, op. cit., pp. 117-118, considera que es aplicable al caso lo dispuesto en el art. 101 que menciona como causas de extinción de la pensión compensatoria el contraer el acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona. A juicio de este autor, cuando la adjudicación de la vivienda tiene lugar en aplicación del párrafo tercero del art. 96, el derecho de uso tiene un carácter meramente personal y se extingue por las causas mencionadas en el art. 101. Contra, SAP Valladolid 22 diciembre 1995 (RGD, núms. 628-629, 1997), SAP Barcelona 3 febrero 1997 (RGD, núm. 639, 1997).

IV. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO ATRIBUIDO AL CÓNYUGE ADJUDICATARIO POR CONVENIO REGULADOR O SENTENCIA JUDICIAL

A. Discusión doctrinal sobre la naturaleza del derecho judicial de uso

Se trata de un tema más polémico a nivel doctrinal que jurisprudencial, dado que los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión coinciden en caracterizar al derecho de uso como una carga de carácter real, susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad y, por tanto, oponible frente a los terceros que pudieran haber adquirido algún derecho sobre la vivienda con posterioridad a la sentencia de separación, nulidad o divorcio⁶⁶.

Más discusión ha existido, en cambio, entre nuestros autores a la hora de determinar la naturaleza de este derecho de uso, pues junto a quienes mantienen que se trata de una carga real, hay otros que opinan que no constituye una nueva facultad surgida de la sentencia de separación, nulidad o divorcio, sino la mera prolongación del goce que el cónyuge no titular tenía ya atribuido sobre la vivienda durante las fases de normalidad matrimonial.

En esta polémica se encuentran muchas veces implicados argumentos de justicia material, que tratan de salvaguardar la posición del cónyuge adjudicatario del uso frente a las posibles maniobras fraudulentas de su consorte. También en ocasiones subyace en este planteamiento la disyuntiva entre respetar la titularidad del cónyuge sobre la vivienda o proteger los intereses de la familia (representada por su consorte e hijos), con olvido de que el propio legislador ha tomado partido claramente por lo segundo en preceptos como el art. 1320.

La discusión sobre la naturaleza real del derecho de uso suele plantearse normalmente en torno a los supuestos de viviendas familiares privativas de uno de los cónyuges o pertenecientes a ambos en régimen de comunidad ganancial o proindiviso. Al margen de estos casos quedan aquellos en los que la propiedad del inmueble en el que la familia tiene su residencia habitual pertenece a un tercero, teniendo el grupo un mero título legitimador del uso -normalmente, un derecho arrendaticio- o hallándose en una situación de precario por haber sido cedido su goce sin contraprestación. Las cuestiones planteadas en relación con cada uno de ellos son muy diferentes. En concreto, respecto del arrendamiento, se ha discutido si la adjudicación judicial de la vivienda al cónyuge no titular podía considerarse una cesión arrendaticia que, no habiendo sido consentida por el arrendador, pudiera dar lugar al ejercicio de una acción de desahucio. Respecto del precario, se ha planteado también si podía ejercitarse esta misma acción o si, por el contrario, el destino a vivienda familiar podía considerarse un uso específico del art. 1750 que impidiera reclamar al dueño su restitución *en cualquier momento*.

⁶⁶ Vid. epígrafe siguiente.

B. El cónyuge titular no adjudicatario ostenta un derecho de propiedad sobre la vivienda

Como se ha comentado en los epígrafes anteriores y se deduce de preceptos como los arts. 103, 90 ó 91 CC, el cónyuge no propietario de la vivienda familiar puede resultar sin embargo adjudicatario del uso en la sentencia de separación o disolución matrimonial, bien porque así lo hubieran decidido ambos cónyuges de común acuerdo en su convenio regulador, bien porque aquél hubiera obtenido la custodia de los hijos (o, simplemente, si son mayores, porque convivieran con él) o fuera el interés más necesitado de protección a juicio del tribunal que hubiera entendido del procedimiento.

Durante el tiempo en que dura esta medida, el titular se encuentra privado de su facultad de goce, mas no de la posibilidad de llevar a cabo actos dispositivos sobre la vivienda, para los cuales deberá contar no obstante con el consentimiento de su consorte (art. 96, párrafo cuarto). En lo que se refiere a este último requisito, el régimen normativo sancionador de su omisión no ha variado respecto de la situación de normalidad matrimonial. Tanto el art. 1322 como el art. 96 exigen el consentimiento del no titular o, en su defecto, la autorización judicial supletoria. Y también en ambos casos la doctrina ha interpretado que no se trata de una verdadera codisposición sino de un mero asentimiento o consentimiento de control cuya no concurrencia permite instar la ineficacia del acto transmisivo mediante el ejercicio de la oportuna acción de anulabilidad⁶⁷.

Sobre la naturaleza de este derecho de uso (sea de origen convencional o consecuencia de la adjudicación judicial), la doctrina se ha decantado alternativamente por la tesis del derecho real y la del derecho personal de goce como prolongación de la facultad que el no titular tenía ya reconocida sobre la vivienda con anterioridad a la crisis matrimonial, y que le permitía oponerse a cualquier acto de disposición que su consorte pretendiera llevar a cabo.

La primera sostiene que el derecho de uso tiene una naturaleza real que hace posible su inscripción en el Registro de la Propiedad⁶⁸, pero que exige como presupuesto necesario

⁶⁷ ROCA TRÍAS, «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 401; GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 415; contra, LACRUZ BERDEJO, op. cit., p. 321; CLEMENTE MEORO, op. cit., p. 171; ESPIAU ESPIAU, op. cit., pp. 239-240, que opinan que la ausencia del asentimiento exigido por el art. 96 no da lugar a la anulabilidad del acto sino a su inoponibilidad frente al cónyuge que no lo hubiera consentido. Ello significa que el adquirente deberá soportar el uso que éste tenga reconocido en el convenio regulador o en la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

⁶⁸ Estos autores defienden su plena inscripción en virtud de lo dispuesto en los arts. 2 LH y 7 RH. Vid. HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones...», cit., p. 326; O'CALLAGHAN MUÑOZ, «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». AC, 1986-I, p. 1331. Contra, SAP Barcelona 23 abril 1998 (RGD, núm. 651, 1998) que considera que se trata de un derecho personal oponible al terceros, cuyo acceso al Registro de la Propiedad «tiene perfecta sustentación legal en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria, y en el artículo 7 de su Reglamento, ya que dichos preceptos acogen la inscripción, no sólo de los títulos en los que se

que el cónyuge no adjudicatario ostente la propiedad de la vivienda, de la cual dependerá además la propia subsistencia de aquél. Para algunos de sus defensores se trata de un derecho de habitación⁶⁹, otros opinan que es un derecho de ocupación⁷⁰. Por último, hay autores que lo configuran como un derecho real de uso⁷¹.

En contra de esta postura está la de quienes sostienen que no puede hablarse de un derecho real derivado del convenio regulador -a menos que se haya constituido expresamente- o de la sentencia de separación o disolución conyugal⁷². Durante la vigencia del matrimonio -aducen- la adscripción del inmueble privativo de uno de los cónyuges al destino de vivienda familiar implica el surgimiento de un derecho en favor de su consorte a «seguir usando», que se garantiza exigiendo su consentimiento para todos los actos dispositivos sobre la misma (art. 1320). Sobrevenida la crisis matrimonial, no puede hablarse del surgimiento de un nuevo derecho en favor del cónyuge no titular y adjudicatario por vía judicial del uso de la vivienda, sino de la mera prolongación (durante un plazo prudencial) de la situación anterior. La única diferencia es que la coposesión de antaño se transforma ahora en una posesión exclusiva del cónyuge favorecido por la decisión judicial, que depende en todo caso de que su consorte siga conservando la titularidad de la vivienda, razón por la cual también en épocas de crisis se exige el asentimiento de aquél para cualquier acto de disposición sobre la misma (art. 96, párrafo cuarto).

En mi opinión, la primera es la tesis más acertada y compartida además por el Tribunal Supremo, que en numerosas ocasiones se ha pronunciado en favor de la naturaleza real del derecho de uso⁷³. Sin duda en esta corriente jurisprudencial ha influido el deseo de proteger al adjudicatario de la vivienda, asegurando la oponibilidad *erga omnes* de su situación

declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio u otro derecho real, sino también los de naturaleza análoga, así como «cualquier acto» -en la terminología legal-, que modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio».

⁶⁹ LÓPEZ LIZ, Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Barcelona, 1998, p. 269. GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 91 CC», cit., p. 411, opina que la sentencia judicial perfecciona un contrato forzoso y atípico cuya naturaleza y efectos se hallan estrechamente vinculados a los hechos que le han dado origen. Así, el Juez podrá decretar un especialísimo derecho de arrendamiento no sujeción al régimen especial arrendaticio o constituir un derecho real de habitación condicionado en su duración a las circunstancias expuestas.

⁷⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, op. cit., pp. 1331 y ss.

⁷¹ RAMS ALBESA, op. cit., p. 110.

⁷² ROCA TRÍAS, «Comentario del art. 96 CC», cit., p. 401; COSSÍO MARTÍNEZ, op. cit., p. 44; ESPIAU ESPIAU, op. cit., p. 226, sostiene que se trata de una mera legitimación posesoria.

⁷³ Vid., entre otras, STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992/10136), que califica el derecho de uso como «una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares»; STS 18 octubre 1994 (RJ 1994/7222), que afirma que se trata de un «derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último, del Código civil»; contra, STS 25 abril 1994 (RJ 1994/2945), que declara que «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges». También dentro de la llamada jurisprudencia menor califican al derecho de uso como una carga oponible a los terceros adjudicatarios de la vivienda tras el

posesoria. En este sentido, cabe observar cómo la mayoría de los pronunciamientos favorables a la naturaleza real vienen motivados por el ejercicio a instancias del cónyuge cotitular (no beneficiario del uso) de una *actio communi dividundo*, que suele admitirse bajo el presupuesto o condición inexcusable de que la facultad de goce de su consorte resulta en todo caso oponible frente a los adquirentes de la vivienda en pública subasta.

El derecho de uso sobre la vivienda familiar, ya provenga de un convenio regulador o de la sentencia judicial que pone fin al procedimiento, es un derecho real de carácter atípico, con una duración temporal limitada, indisponible por su titular en beneficio de terceros e irrenunciable en los supuestos en que la vivienda se entrega al cónyuge que convive con los hijos (*arg. art. 6.2*), salvo que esta renuncia no les perjudique (*vgr.*, porque la vivienda es sustituida por otra). Como derecho real que es, tiene acceso al Registro de la Propiedad en virtud de lo dispuesto en los arts. 2 LH y 7 RH, siendo esta constancia registral requisito de oponibilidad frente a los terceros de buena fe.

Como argumentos en favor de su naturaleza real puede apuntarse, en primer lugar, el de su contenido, en cuanto que faculta a su titular para ejercer un poder directo e inmediato sobre una cosa (inmueble) con eficacia *erga omnes*⁷⁴. Ciertamente es esta visión más tradicional de

ejercicio de una *actio communi dividundo* por el cónyuge no beneficiario del uso, entre otras, la SAP Barcelona 12 mayo 1993 (RGD, núm. 588, 1993) o la SAP Barcelona 29 noviembre 1993 (RGD, núm. 594, 1994). El Auto de la AP de Badajoz 7 junio 1996 (RGD, núm. 624, 1996) lo califica como un derecho real limitado, en cuanto atribuye el señorío inmediato e independiente sobre el inmueble, con facultades de aprovechamiento y protegido frente a todos. Por último, la SAP Girona 4 febrero 2000 (RJ 2000/163) estima que se trata de un derecho de ocupación. Contra, SAP Burgos 28 mayo 1992 (RGD, núms. 592-593, 1994), que señala que es un «derecho personal derivado del derecho de familia, que si guarda alguna semejanza con los derechos reales de usufructo, uso y habitación tiene con éstos profundas y radicales diferencias...»; SAP Barcelona 1 octubre 1992 (RGD, núm. 583, 1993), que lo califica como un derecho que despliega su eficacia directa únicamente entre los miembros del grupo familiar, sin repercusión inmediata frente a terceros y que tiene un carácter temporal; SAP Sevilla 16 noviembre 1992 (RGD, núms. 589-590, 1993), que entiende que se trata de un derecho no equiparable en forma absoluta a un derecho real de usufructo, uso o habitación, pues no depende de la autonomía de la voluntad y cede cuando se produce la disolución y liquidación del régimen económico-matrimonial. En una posición ecléctica, la SAP Barcelona 23 abril 1998 (RGD, núm. 651, 1998) lo califica como un derecho personal que, siendo oponible a terceros, constituye una verdadera carga que pesa sobre el inmueble, con independencia de quienes sean los titulares de la finca. En el mismo sentido, cfr. Auto de la AP de Barcelona de 23 abril 1998 (RGD, núm. 651, 1998), que estima que «no se trata de un derecho real, porque también cabe predicarlo respecto de la vivienda arrendada u ocupada en régimen de precario, pero que cabe ser configurado como un derecho personal, oponible a terceros, que constituye una verdadera carga que pesa sobre el inmueble, con independencia de quienes sean los titulares de la finca que, en cualquier caso, dispondrán de sus plenos derechos para ejercitar las acciones que les competan».

⁷⁴ Éste es el argumento que utiliza la AP de Badajoz en su Auto de 7 de junio de 1996 (RGD, núm. 624, 1996), donde se afirma que el derecho de uso es «un derecho que reúne los caracteres y requisitos de los derechos reales limitados, en cuanto atribuye el señorío inmediato e independiente sobre el inmueble, con facultades de aprovechamiento y protegido frente a todos; derecho que nace de la resolución judicial adjudicataria del uso del hogar familiar y que implica una carga que ha de subsistir en tanto no se produzca su extinción, teniendo acceso a la inscripción registral con fundamento en los artículos 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento, en relación con la disposición adicional 9ª, párrafo segundo, de la Ley 30/1981, de 7 de julio».

los derechos reales aparece frecuentemente desmentida por la realidad legislativa, pues, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, su mantenimiento obliga a señalar importantes excepciones en los casos en que se da una oponibilidad *erga omnes* sin poder directo o inmediato sobre la cosa (opción de compra, art. 14 RH) o a la inversa, casos en que se da un poder directo e inmediato del titular sobre la cosa que no son oponibles *erga omnes* (*vgr.*, arrendamiento sometido al Código civil)⁷⁵. A pesar de ello, la mayoría de la doctrina se inclina por seguir conservando este criterio de distinción, de acuerdo con el cual los derechos reales permiten una influencia directa e inmediata sobre la cosa sin intervención de otra persona, mientras que los de crédito permanecen en el ámbito de la vinculación entre dos o más sujetos sin dar acceso directo a los bienes⁷⁶.

Como segundo argumento, puede aludirse al interés protegido por este derecho de uso, que no es otro que el de asegurar la posición del adjudicatario de la vivienda (y la de sus hijos) en la sentencia de separación o disolución matrimonial, lo que justificaría el reforzamiento de su situación posesoria mediante el reconocimiento de un derecho sobre aquélla de naturaleza distinta al mero *ius possidendi* que ostentaba -como cónyuge del titular- durante la convivencia. Antes de la separación conyugal, se presume que el interés de los distintos miembros de la familia es común, a pesar de lo cual se exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar cualquier acto de disposición sobre la vivienda ganancial o privativa. Sobrevenida la crisis, quiebra indudablemente esta presunción y se convierte en una prioridad garantizar la oponibilidad *erga omnes* de la adjudicación judicial de la vivienda en favor del cónyuge no propietario, lo cual se logra otorgando al convenio regulador o a la sentencia que pone fin al procedimiento la condición de cauces de constitución de un derecho real sobre la misma. De esta manera, cualquier maniobra fraudulenta de los derechos del adjudicatario del uso que el cónyuge propietario de la vivienda pretendiera llevar a cabo -*vgr.*, enajenación sin contar con el consentimiento de su consorte-, podrá quedar neutralizada mediante la oponibilidad de la situación jurídico-real de aquél frente a los posibles adquirentes.

En contra de la tesis de la naturaleza real del derecho de uso cabría alegar también algunos argumentos. En primer lugar, que si bien es cierto que tras la sentencia judicial se exige el consentimiento de ambos cónyuges para realizar cualquier acto de disposición sobre la vivienda, la sanción de anulabilidad que procede cuando se omite el del adjudicatario del uso no es, en absoluto, la que correspondería a una transmisión realizada sin el consentimiento del titular de un derecho real sobre cosa ajena. De otro lado, cabría también argumentar que esta misma acción de anulabilidad, dirigida a dejar sin efectos el negocio dispositivo, protege ya suficientemente los intereses del no propietario como para tener que

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Sexta edición. Madrid, 1997, pp. 36-37.

⁷⁶ LACRUZ, SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO y RAMS, Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Primero. Madrid, 2000, p. 3.

sostener asimismo la eficacia real de su derecho de goce. Así, no tendría sentido permitirle instar la ineficacia de la enajenación si su derecho resulta ya oponible frente al tercero que lo conociera⁷⁷.

Pues bien, frente a las objeciones anteriores cabe señalar lo siguiente. El consentimiento que a la disposición de la vivienda presta el adjudicatario del uso en los términos del art. 96 no es un consentimiento que se otorgue como titular de un derecho real, sino que, al igual que en las fases de normalidad matrimonial, se trata de un mero asentimiento de control. Quien dispone es el propietario de la vivienda y el objeto dispuesto son sus derechos sobre la misma. Un segundo argumento procede de la sanción de anulabilidad que se aplicaría a estos actos de disposición cuando se hubiera omitido el consentimiento del adjudicatario del uso. En efecto, si este consentimiento se prestara como titular de un derecho real, su ausencia no determinaría la ineficacia del acto transmisivo en sí, sino la mera oponibilidad del derecho real al adquirente.

En cuanto a la utilidad que tendría la acción de anulabilidad si el derecho de uso posee ya una eficacia jurídico-real, podría argumentarse que aquélla siempre constituiría un recurso subsidiario para los casos en que este derecho no hubiera tenido acceso al Registro de la Propiedad y no fuera, por tanto, oponible frente a los terceros de buena fe. No obstante, tal razonamiento no es admisible desde el momento en que, análogamente a lo previsto en el párrafo segundo del art. 1320, se ha sostenido que esta acción no perjudica al adquirente que desconociera el carácter familiar de la vivienda y su adjudicación temporal al *ex* cónyuge del disponente⁷⁸.

Sí refuerza, en cambio, la compatibilidad entre la naturaleza real del derecho de uso y el posible ejercicio de una acción de anulabilidad el hecho constatado de que, a pesar de que el uso sea oponible al adquirente, el cónyuge adjudicatario puede seguir prefiriendo que

⁷⁷ Éste es el argumento que maneja la SAP Barcelona 1 octubre 1992 (RGD, núm. 583, 1993) cuando señala que la adjudicación judicial del uso «no engendra en favor del cónyuge no titular y de los hijos que con él convivan ningún derecho de naturaleza real, siquiera en el caso de que fuera de esta índole el que ostentara sobre el inmueble el otro esposo, sino que tal atribución despliega su eficacia directa únicamente entre los miembros del grupo familiar, sin repercusión inmediata frente a terceros, y tiene carácter temporal ya que sólo subsiste en tanto no se extinga el derecho que le sirve de soporte, y ello en base a que la Ley no caracteriza de manera expresa la concesión del uso de la vivienda donde habitó el matrimonio como tal derecho real y prueba de ello es que frente al cónyuge titular arbitra un sistema de protección de la medida -la limitación de las facultades dispositivas- que resultaría innecesario si lo fuese, y no reconoce al cónyuge a quien se confirió el tan repetido derecho de uso otro medio de atacar los actos de enajenación verificados por el otro sin su consentimiento y sin la autorización judicial supletoria, que el de instar la anulación de tales actos, conforme es de entender por aplicación analógica de lo que establece el artículo 1322 del Código civil».

⁷⁸ Vid. *Infra* V.5.

la propiedad la conserve su *ex cónyuge*⁷⁹. El supuesto al que me refiero es el siguiente: la vivienda se atribuyó al cónyuge no titular en atención al hecho de que los hijos iban a convivir con él tras la separación, nulidad o divorcio. Una vez emancipados éstos, el adjudicatario pretende una prórroga en el uso por ser el suyo el interés más necesitado de protección, prórroga que sólo podría hacerse valer frente al propietario de la vivienda si éste continuara siendo su *ex cónyuge*⁸⁰.

La utilidad de la acción de anulabilidad parece evidente en este caso que demuestra, a mi modo de ver, que la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso no es recurso suficiente para que la norma del art. 96 despliegue toda su virtualidad protectora de los intereses de la familia.

C. El cónyuge titular no adjudicatario es el arrendatario de la vivienda

Cuando el título que permite el goce de la vivienda por el grupo familiar es meramente arrendaticio, la atribución judicial del uso de la misma en favor del cónyuge que no suscribió el contrato es posible de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96.

Tradicionalmente se planteó la necesidad de coordinar esta medida adoptada en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio con las disposiciones especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Así, durante la vigencia de la LAU 1964, fueron habituales dos posturas dentro de la doctrina y jurisprudencia. De un lado, la de quienes entendían que la adjudicación de la vivienda en favor del cónyuge que no ostentaba la titularidad arrendaticia constituía un supuesto de cesión contractual, que hacía imprescindible el cumplimiento de los requisitos de los arts. 24 y ss LAU, so pena de incurrir en una causa de resolución (art. 114.5 LAU)⁸¹. Y, por otro, la de quienes sostenían que no existía tal cesión por no tener el cónyuge no firmante la condición de tercero respecto de la relación arrendaticia, bien porque se estimaba que el arrendamiento de un inmueble para vivienda familiar se entendía en todo caso concertado en «interés o representación de la familia»⁸², bien porque se consideraba que dicha titularidad arrendaticia tenía un carácter ganancial⁸³.

⁷⁹ Los defensores de la tesis contraria sostienen que se requiere su consentimiento porque la subsistencia de la legitimación posesoria del cónyuge adjudicatario del uso requiere que su *ex cónyuge* conserve sus derechos sobre la cosa.

⁸⁰ Admite esta posibilidad la SAP Barcelona 3 febrero 1997 (RGD, núm. 639, 1997).

⁸¹ Sigue esta postura la SAP Barcelona 3 noviembre 1993 (RGD, núm. 595, 1994); contra, SAP Santa Cruz de Tenerife 9 marzo 1993 (RGD, núm. 595, 1994).

⁸² La STC 135/86, de 31 de octubre declaró que aunque el contrato de arrendamiento de vivienda sea suscrito por uno de los cónyuges, éste no ostenta «la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión». En el mismo sentido, la SAP Barcelona 19 junio 1991 (RGD, núm. 571, 1992), que alega como argumento en contra de la cesión que la adjudicación del uso en favor de uno de los cónyuges se produce en todo caso por decisión judicial, no voluntariamente.

⁸³ SAP Oviedo 13 noviembre 1990 (RGD, núm. 559, 1991).

La cuestión aparece resuelta actualmente en el art. 15 LAU, que prevé expresamente la posibilidad de que el cónyuge no arrendatario continúe en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida en virtud de lo dispuesto en los arts. 90 y 96, siempre que lo comunique en plazo oportuno al arrendador.

A pesar de ello, sigue existiendo polémica en torno a la interpretación de esta norma, pues, junto a quienes opinan que contempla la mera atribución del uso sin modificación de los elementos subjetivos del contrato (CARRASCO PERERA⁸⁴), hay otros que entienden que se produce una auténtica cesión arrendaticia (ELGORRIAGA⁸⁵).

D. La vivienda se ostenta en precario

El hecho frecuente de que la vivienda sea utilizada por la familia merced a la liberalidad o benevolencia del propietario (corrientemente, los progenitores de uno los cónyuges) no ha constituido tradicionalmente un obstáculo para la adjudicación judicial de aquélla (incluso en favor del otro cónyuge) de acuerdo con los criterios de los arts. 96 y 103.

Esta circunstancia no ha venido acompañada, sin embargo, del reconocimiento en favor del beneficiario de un título legitimador distinto del que el grupo familiar en su conjunto viniera ostentando sobre la vivienda con anterioridad a la separación, nulidad o divorcio. Dicho de otra manera, la tesis de la naturaleza real de la facultad exclusiva de uso en la crisis matrimonial no se ha planteado nunca dentro de la doctrina en relación con estos supuestos, ya que en buena lógica se sostiene que la sentencia judicial que pone fin al procedimiento no puede constituir forzosamente un derecho real en perjuicio del propietario de la vivienda, ni transmutar el título de ocupación que anteriormente se ostentara sobre ella⁸⁶.

En lo que no existe unanimidad -ni doctrinal ni jurisprudencial- es respecto de la calificación como precario de estas situaciones en las que los progenitores de uno de los cónyuges ceden el uso de un inmueble a su hijo sin contraprestación, con objeto de que éste instale en él su vivienda familiar. En concreto, la duda se ha planteado en torno a si esta específica finalidad podía considerarse un *uso* determinado de los que, de conformidad con el

⁸⁴ CARRASCO PERERA, «Comentario del art. 15 LAU», en Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Aranzadi. Pamplona, 1995, p. 339.

⁸⁵ op. cit., p. 532.

⁸⁶ vid. STS 31 diciembre 1994 (RJ 1994/10330), SAP Santander 5 noviembre 1990 (RGD, núm. 567, 1991), SAP Barcelona 24 junio 1991 (RGD, núm. 571, 1992), SAP Santa Cruz de Tenerife de 27 mayo 1992 (RGD, núm. 582, 1993), SAP Barcelona de 1 octubre 1992 (RGD, núm. 583, 1993), SAP Santa Cruz de Tenerife 5 mayo 1993 (RGD, núm. 595, 1994), SAP Madrid 2 noviembre 1993 (RGD, núm. 595, 1994), SAP Madrid 17 enero 1994 (RGD, núm. 596, 1994), SAP Córdoba 27 junio 1997 (RGD, núm. 568, 1998), SAP Barcelona 23 abril 1998 (RGD, núm. 561, 1998); SAP La Rioja 17 enero 2000 (RJ 2000/607).

art. 1750, descartan la situación de precario en beneficio del comodato, con la consecuencia de que el dueño sólo podría reclamar la cosa si tuviera urgente necesidad de ella.

En favor de la tesis de que se trata de un precario cabe argumentar que el uso específico al que se refiere el art. 1750 no es, como ha entendido también la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993⁸⁷, la normal utilización de la cosa según sus características sino una aplicación o servicio determinado⁸⁸. A ello debe añadirse también que la alusión al *uso* en este precepto se hace como criterio de delimitación temporal del contrato de comodato en defecto de un pacto sobre su duración, que no es que se convierta en indefinida cuando se cede para vivienda familiar, pero sí puede llegar a prolongarse durante bastante tiempo, sobre todo teniendo en cuenta que el matrimonio, después de emancipados los hijos, sigue constituyendo un núcleo familiar.

V. LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DISPOSITIVAS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

A. Actos realizados por el cónyuge titular-no adjudicatario de la vivienda. El art. 96 CC, in fine

Cuando no coinciden el cónyuge titular de la vivienda y el que resulta adjudicatario del uso según los criterios del art. 96, debe aplicarse la regla contenida en este último precepto, que exige el consentimiento de ambos o, en su caso, la autorización judicial supletoria para todos los actos dispositivos que sobre aquélla pretendan llevarse a cabo con posterioridad a la sentencia de separación, nulidad o divorcio.

El dictado de esta norma es muy similar a la del art. 1320, que regula la disposición de la vivienda durante las fases de normalidad matrimonial, con la excepción del párrafo segundo de este precepto que no aparece contemplado en el art. 96. En ambos casos nos

⁸⁷ RGD, núm. 595, 1994. Contra, STS 2 diciembre 1992 (RJ 1992/10250) que declara que «aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda».

⁸⁸ Señala esta sentencia que «a estos efectos es importante diferenciar entre el concreto «uso» de la cosa para el cual se presta o el «destino» específico o «finalidad» de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que se son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el «uso» al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.) como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de duración para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad...». Vid., en el mismo sentido, SAP Madrid 17 enero 1994 (RGD, núm. 596, 1994); contra, SAP Barcelona 12 marzo 1991 (RGD, núm. 567, 1991), SAP Barcelona 16 septiembre 1993 (RGD, núms. 592-593, 1994), SAP Santa Cruz de Tenerife 14 de octubre 1993 (RGD, núm. 595, 1994).

hallamos frente a un mero asentimiento de control. No hay codisposición sino que el cónyuge no propietario se limita a dar su aprobación al acto transmisivo, siendo la omisión de tal asentimiento presupuesto necesario para el ejercicio de la acción de anulabilidad. Ahora bien, en el marco del art. 96 no se contempla expresamente la posibilidad de que el adquirente de la vivienda pueda quedar al resguardo de la ineficacia del acto transmisivo instada por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió, si desconocía el carácter familiar de aquélla.

El párrafo segundo del art. 1320 ha sido tradicionalmente objeto de numerosas críticas, al entenderse que contradecía la norma del párrafo primero cuando impedía que la acción de anulabilidad del acto de enajenación pudiera dirigirse contra el adquirente que de buena fe hubiera confiado en la declaración del disponente. En efecto, para que tenga lugar esta consecuencia el propio precepto parece exigir que el disponente hubiera manifestado expresamente en el momento de contratar que la vivienda enajenada no tenía tal carácter, si bien la doctrina ha señalado que tampoco podría brindarse esta protección al adquirente cuando existiesen otros indicios de cognoscibilidad objetivos que hicieran inexcusable su desconocimiento de este hecho (*vgr.*, examen previo de la vivienda, consulta de los datos registrales)⁸⁹.

La norma del párrafo segundo, que no coincide con las disposiciones de la LH⁹⁰, tiene como finalidad la protección de la apariencia y la seguridad del tráfico en un supuesto en que el transmitente no carece de facultades dispositivas sobre el objeto enajenado, pero ha de contar con la aprobación de su consorte -que no necesariamente ha de intervenir en el acto transmisivo- sencillamente porque ese inmueble -propiedad privativa de aquél- se destinó a vivienda familiar. La apariencia protegida en este caso no es exactamente una apariencia de titularidad (pues en realidad el disponente es el titular de la vivienda), sino de plena y libre disponibilidad sin tacha de invalidez o ineficacia alguna para el acto de transmisión⁹¹.

La exigencia de que medie una «manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda» como requisito para que surja la *species facti* protegible de plena y libre disponibilidad viene motivada por el carácter mutable de esa afectación familiar, que haría muy difícil la protección del tercero⁹². Aunque la doctrina ha terminado por incrementar el nivel de diligencia exigible al adquirente⁹³, la norma parece contar con que esa

⁸⁹ GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia». ADC, 1982, p. 1137. Vid., en el mismo sentido, HERRERO GARCÍA, «Comentario del art. 1320 CC», en Comentario del Código Civil, cit., p. 592.

⁹⁰ El sujeto protegido en el art. 1320 no es un tercero hipotecario, sino el primer adquirente del bien, que es parte del negocio anulable.

⁹¹ GORDILLO CAÑAS, op. cit., p. 1134.

⁹² HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones...», cit., p. 326.

⁹³ Vid. nota 89.

destinación a alojamiento familiar es resistente a la publicidad registral por su carácter fáctico y, por ello, se exige una manifestación expresa del disponente asegurando que la vivienda privativa no se afectó a tal fin⁹⁴.

Pues bien, estas razones no concurren en el supuesto de adjudicación judicial de la vivienda al cónyuge no titular en la sentencia de separación o disolución matrimonial, dado que en este caso tanto la propia atribución como la cesación del uso temporal son objeto de la publicidad registral. Ello explica que, como ha señalado HERRERO GARCÍA, el párrafo segundo del art. 1320 no se haya incorporado al tenor literal del art. 96. No es preciso exigir tal manifestación porque en este ámbito será posible enervar el ejercicio de la acción de anulabilidad cuando, no habiendo tenido acceso al Registro de la Propiedad la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular, el tercero no hubiera podido conocerla⁹⁵.

El tema de si el derecho de uso es o no susceptible de ser publicado en el Registro ha pesado tradicionalmente en la discusión acerca de su naturaleza. En numerosas ocasiones se ha indicado que en el fondo de la defensa de su carácter real subyacía, en realidad, el deseo de procurar su constancia registral *ex arts. 2 LH y 7 RH*, otorgándose así una posición más sólida al cónyuge adjudicatario frente a las enajenaciones inconsentidas que su consorte pretendiera llevar a cabo, sin obligarle a instar la ineficacia del acto⁹⁶.

A pesar de ello, también desde las posturas más partidarias de su naturaleza personal se ha señalado que existen otras vías de oponibilidad al tercero como es la anotación preventiva de la demanda o la inscripción de la sentencia de nulidad, separación o divorcio donde se adjuque (como medida provisional o definitiva) el uso de la vivienda al cónyuge no titular⁹⁷.

En todos estos supuestos de constancia registral (sea por la vía de la inscripción del derecho mismo o de la anotación de la demanda) el tercero no podrá alegar ignorancia ni escudarse en la condición de propietario de su disponente para paralizar el ejercicio de la acción de anulabilidad entablada por su *ex cónyuge*⁹⁸.

⁹⁴ GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, p. 1134.

⁹⁵ «Algunas consideraciones...», *cit.*, p. 326.

⁹⁶ HERRERO GARCÍA, «Algunas consideraciones...», *cit.*, p. 326; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 1334. Contra, SAP Barcelona 23 abril 1998 (RGD, núm. 651, 1998).

⁹⁷ COSSÍO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 43; ESPIAU ESPIAU, *op. cit.*, p. 255, aunque este autor entiende que la omisión del párrafo segundo en el marco del art. 96 significa que el legislador ha querido dar prevalencia a los intereses del cónyuge poseedor frente al tercero de buena fe.

⁹⁸ Aunque algún autor ha negado eficacia registral a la anotación preventiva de la demanda de nulidad, separación o divorcio (vid. DE COSSÍO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 44), en realidad la doctrina hipotecarista defiende la importancia de este tipo de asientos para enervar el juego de la fe pública registral. Vid. ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*. Tomo IV. Octava edición, 1997, p. 287.

B. Actos realizados por el cónyuge cotitular-no adjudicatario de la vivienda

Pese a lo sostenido por algún autor y lo que se desprende de ciertas resoluciones de las Audiencias, la necesidad de requerir el consentimiento del cónyuge adjudicatario se plantea también en los supuestos en que la vivienda es de titularidad común, en régimen de comunidad proindiviso o por formar parte de la masa ganancial de ambos cónyuges.

La cuestión se ha discutido en relación con el posible ejercicio por el cónyuge cotitular no beneficiario del uso de una *actio communi dividundo*, que ha solido admitirse por la jurisprudencia⁹⁹ -incluso con la oposición de su consorte- con base en los siguientes argumentos.

En primer lugar, se considera que nuestro ordenamiento es contrario a la indivisión como lo demuestra la fijación de un plazo máximo de duración para estas comunidades, así como la posibilidad de que los titulares puedan poner fin a esta situación en cualquier momento mediante el ejercicio de la correspondiente acción¹⁰⁰. Esta necesidad de salir de la indivisión se plantea además de manera más acuciante en los supuestos de adjudicación judicial de la vivienda, dado que -se dice- en estos casos la facultad de uso del cónyuge beneficiario no está sometida a una limitación temporal¹⁰¹.

Suele también argumentarse que el art. 96 no constituye un impedimento para la *actio communi dividundo* en cuanto que no se trata de un acto dispositivo sino meramente especificativo de los derechos que el titular posee sobre la vivienda común, bien a través de su venta en pública subasta, bien mediante su plena adjudicación a uno de los cónyuges previo abono al otro de su parte¹⁰².

En último término, en algunas ocasiones se ha señalado que en los casos de cotitularidad (ganancial o proindiviso) de la vivienda familiar no se aplica la regla del art. 96 que

⁹⁹ Vid. nota 73.

¹⁰⁰ Vid. SSTS 2 diciembre 1992 (RJ 1992/10250), 14 julio 1994 (RJ 1994/6439), 18 octubre 1994 (RJ 1994/7722), 16 diciembre 1995 (RJ 1995/9144), 3 mayo 1999 (RJ 1999/3428), que subordinan el ejercicio de dicha acción a que se respete el derecho de uso del cotitular. Dentro de la jurisprudencia menor, vid. SSAP Barcelona 29 octubre 1990 (RGD, núm. 560, 1991), 12 mayo y 29 noviembre 1993 (RGD, núm. 588, 1993; núm. 594, 1994); SAP Almería 29 junio 1994 (RJ 1994/1090); SAP Palma de Mallorca 2 marzo 1995 (RGD, núms. 628-629, 1997); SAP Girona 4 febrero 2000 (RJ 2000/163).

¹⁰¹ SAP Palma de Mallorca 28 febrero 1991 (RGD, núms. 580-581, 1993).

¹⁰² Vid. un supuesto similar en la STS 21 mayo 1990 (RJ 1990/3827) en la que se considera que la partición de la herencia entre los coherederos tiene una naturaleza especificativa o determinativa de los derechos, que no exige la aplicación del art. 1320. Vid. Comentario de CABANILLAS SÁNCHEZ en CCJC, núm. 23, 1990, p. 674. Mantiene también el carácter meramente especificativo de la división de la comunidad HERRERO GARCÍA, en su «Comentario de la STS de 22 de diciembre de 1992», CCJC, núm. 31, 1992, p. 120.

exige el consentimiento de ambos cónyuges, dado que este precepto se refiere de modo exclusivo a la disposición de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular¹⁰³.

En mi opinión, ninguno de los tres argumentos parece de recibo para evitar la aplicación de la norma del art. 96, *in fine*, a las viviendas de titularidad común. Los cónyuges deben consentir de común acuerdo la acción de división, y el tercero adquirirá la vivienda con la carga de la ocupación en los casos en que el cónyuge no titular se hubiera limitado a dar su aprobación al acto sin disponer a su vez de su derecho de uso (aunque nada impide, como se comentó con anterioridad, que lo haga, siempre que no perjudique a sus hijos).

Así, en contra del primer argumento, debe recordarse nuevamente que el Código civil no da margen para deducir la ausencia de temporalidad en el uso que la sentencia judicial reconoce en favor de uno de los cónyuges titulares, dado que el título que lo legitima no es su propia condición de cotitular (que le impediría un uso excluyente, *ex art.* 398) sino la sentencia de separación o disolución matrimonial. La finalidad de esta atribución es puramente asistencial. Sólo la satisfacción de esta necesidad justificaría que el otro cónyuge quedara privado del uso en beneficio de su consorte. Por esta razón, entiendo que la misma limitación temporal exigible en los casos en que el beneficiario es un no titular, debe predicarse también para estos otros supuestos de copropiedad sobre la vivienda familiar. De otro lado, debe tenerse en cuenta que aunque es legítimo del derecho de todo cotitular a salir de la comunidad, tal derecho habrá de subordinarse a la protección de la familia, como lo demuestran las numerosas ocasiones en que el legislador antepone los intereses de ésta a los del propietario de la vivienda en otros preceptos del Código civil.

Respecto del carácter meramente especificativo de la *actio communi dividundo*, el argumento no es válido si con ello se pretende evitar la aplicación del art. 96 *in fine*. Aunque se considere que la acción de división produce como único resultado que la cuota de propiedad quede determinada en metálico (o concretada en la adjudicación de la cosa común a uno de los cotitulares previo abono a los otros de su parte), lo cierto es que en muchos casos implicará la propia disposición de la vivienda en beneficio de terceros, que es precisamente lo que trata de evitar aquel precepto. La *actio communi dividundo* es especificativa de los derechos de los copropietarios, pero dispositiva en muchos casos de la vivienda. Por esta razón, estimo que para instarla el cónyuge no beneficiario del uso requerirá el consentimiento de su

¹⁰³Vid. STS 22 diciembre 1988 (RJ 1988/6852). Dentro de las resoluciones de las Audiencias, vid. SAP Barcelona 29 octubre 1990 (RGD, núm. 560, 1991), SAP Palma de Mallorca 28 febrero 1991 (RGD, núms. 580-581, 1993), SAP Castellón 25 enero 1992 (RGD, núm. 576, 1992), SAP Palma de Mallorca 7 marzo 1994 (RGD, núm. 615, 1995). Contra, STS 3 enero 1990 (RJ 1990/31), en la que se afirma que la liquidación de la sociedad de gananciales contradice la decisión inicial de los cónyuges de atribuir el uso de la vivienda común a la mujer e hijos, así como el espíritu y finalidad que presiden la normativa legal que gobierna la materia.

consorte, al margen de que el derecho de goce de éste resulte también oponible al adquirente merced a su naturaleza real¹⁰⁴.

En último término, algunas resoluciones de las Audiencias han defendido la no aplicación del párrafo cuarto del art. 96 a los supuestos de viviendas comunes. Esta exclusión carece de todo sentido pues no es admitida en ningún momento por el precepto¹⁰⁵.

¹⁰⁴.Vid. jurisprudencia citada en nota anterior.

¹⁰⁵.Vid también RAMS ALBESA, «Comentario de la STS de 22 de septiembre de 1988», en CCJC, núm. 18, 1988, p. 842; HERRERO GARCÍA, «Comentario de la STS de 22 de diciembre de 1992», núm. 31, 1993, p. 120; BENAVENTE MOREDA, «Comentario de la STS de 20 de mayo de 1993», en CCJC, núm. 33, 1993, p. 820.