

# LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL

PONENTE:

**D. Francisco Javier Forcada Miranda**  
Magistrado

COPONENTES:

**D<sup>a</sup>. Belén Madrazo Meléndez**  
Registradora de la Propiedad

**D. Joaquín Guerrero Peyrona**  
Abogado

MODERADOR:

**D. Francisco Javier Hernández Puértolas**  
Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

## LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL

por

Francisco Javier FORCADA MIRANDA (Ponente)  
Belén MADRAZO MELÉNDEZ y Joaquín GUERRERO PEYRONA (Coponentes)

### Intervención de Javier FORCADA MIRANDA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CASA ARAGONESA Y VIVIENDA FAMILIAR. III. LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA. IV. PLANTEAMIENTO ESTADÍSTICO. V. LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Concepto 2. La protección de la vivienda familiar. Análisis del art. 8 de la Ley 2/2003. 2.1. Antecedentes legislativos. 2.2. Tramitación parlamentaria. 2.3. Análisis del precepto. Las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. 2.4. Derecho interregional. VI. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL. 1. Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. 1.1. Naturaleza jurídica del uso. 1.2. Derecho de uso y actio communi dividundo. 1.3. Criterios orientadores de atribución. 1.4. Formas de atribución. 1.5. Actos de disposición sobre la vivienda familiar en situaciones de crisis. 2. Vivienda familiar en arrendamiento. 3. Vivienda familiar y cesión gratuita a alguno de los cónyuges. 4. Problemas prácticos en la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en los supuestos de ruptura. 4.1. Derecho de uso y ejecución hipotecaria. 4.2. No atribución del derecho de uso a ninguna de las partes o a ambas partes. 4.3. Duración del derecho de uso. 4.4. Necesario ejercicio del derecho de uso. 4.5. Valoración del derecho de uso. 4.6. Derecho de uso y acceso al registro. 4.7. Uso y gastos de la vivienda familiar. 4.8. Compatibilidad entre derecho de uso y liquidación del régimen económico matrimonial. 4.9. Valoración de viviendas de protección oficial en los procesos liquidatorios. 4.10. Criterios para la adjudicación de la vivienda familiar en los procesos liquidatorios. 4.11. Reparto de bienes y proporcionalidad en la adjudicación. 4.12. Derecho de uso y separación de hecho. VII. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Introducción. 2. Normativa Autonómica. 3. Criterios jurisprudenciales. 4. Acción de desahucio. 5. Anotación preventiva de la demanda. 6. Vivienda familiar arrendada. VIII. RESEÑA DE NOVEDADES LEGISLATIVAS.

## I. INTRODUCCIÓN

Las primeras líneas de esta ponencia, deben ser de agradecimiento por la invitación a participar en este evento, hacia el Justicia de Aragón y restantes instituciones que participan en la organización del FORO DE DERECHO ARAGONÉS, encuentros que se iniciaron en su primera edición en el año 1991 y que nos vuelven a reunir en esta su decimo-cuarta edición.

En estas primeras líneas, reseñar que esta ponencia es un trabajo colectivo que ha tenido muy en cuenta el tratamiento que a la vivienda familiar se ha dado en anteriores encuentros del FORO DE DERECHO ARAGONÉS. Los autores de esta ponencia, hemos tenido presente los trabajos realizados sobre la vivienda familiar en Aragón en anteriores ediciones del Foro. Se debe citar así, la ponencia *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, de Sánchez-Rubio García, A. y otros, que se vertió en los IV Encuentros del Foro que tuvieron lugar en el año 1994 y la ponencia *Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho*, que se pronunció en la 12ª edición del Foro en el año 2002, sin olvidar que en la decimotercera edición del año 2003 se trataron diversos aspectos del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

Se ha pretendido dar una visión eminentemente práctica de la materia, sin olvidar los análisis doctrinales, la jurisprudencia y los aspectos registrales, aportando al operador jurídico, material de trabajo actualizado y ordenado, algo que puede justificar la inexistencia de un apartado final de conclusiones, que se reservan, en su obtención, a cada lector.

## II. CASA ARAGONESA Y VIVIENDA FAMILIAR

El Derecho Civil Aragonés es seña de identidad<sup>1</sup>, y una parte esencial de nuestra historia. Por ello, hablar de la vivienda familiar en Aragón implica una referencia obligatoria a la Casa Aragonesa y con ella, a la sede física de la familia y a su posible pervivencia actual. El objeto fundamental de este epígrafe, casi introductorio, lo es el poner de relieve que nos encontramos en una situación económica, familiar y sociológica, totalmente distinta a la que propició el desarrollo de la Casa aragonesa e instituciones consuetudinarias ligadas a la misma.

La Casa Aragonesa<sup>2</sup>, se ha configurado tradicionalmente como una unidad patrimonial y familiar de orígenes consuetudinarios a cuyo mantenimiento y desarrollo han res-

---

(1) Se dice por la Comisión Aragonesa de Derecho civil en la Ponencia General elaborada en octubre de 1996, que: «El Derecho civil es parte esencial de la identidad histórica de Aragón» y el actual Justicia de Aragón, en su ponencia «El Derecho Aragonés como seña de identidad», pronunciada en el I Congreso de las Comunidades Aragonesas del Exterior, ya recalca, citando a Joaquín Costa, que *una de las señas de identidad más importantes de Aragón es el Derecho*.

(2) Es conocida la definición de Casa Aragonesa dada en la obra *La Casa en el Derecho Aragonés*, de Luis Martín Ballester y Costea: «...la unidad familiar y patrimonial formada por el conjunto de individuos que viven bajo la jefatura de un señor, generalmente el padre, en un espacio delimitado por una unidad económica de explotación y cultivo, aunque no sea continua territorialmente, sustentándose de unos mismos bienes, que han sido recibidos por tradición de generaciones anteriores con las que el jefe estaba generalmente unido por vínculos directos de sangre...». Otras definición la encontramos en LARRAGA MARTÍNEZ, Sergio y NAVARRO MAURÉS, María Teresa, *Dejar y Marchar. Testimonios sobre la Casa Aragonesa a finales del siglo XX*, Ed. El Justicia de Aragón, pág. 15, donde se dice: «...El sistema de la Casa tradicional venía definido como la agrupación de los familiares (matrimonio director, padres, hijos, tiones, etc.) en torno a un tipo de organización autárquica, que tiene a trabajar para la Casa, conviviendo en el mismo sitio, y con una serie de roles establecidos (entre éstos, y con especial importancia, la figura del heredero único, tendente a agrupar en una única mano todas las posesiones de la familia, a cambio de ciertas obligaciones de mantenimiento a favor de los hermanos no favorecidos)...».

pondido tradicionalmente diversas instituciones familiares consuetudinarias que actualmente se recogen en los arts. 19 y 20 de la Ley 2/2003<sup>3</sup>, instituciones ligadas, en cierta medida, al mantenimiento de la Casa como forma de evitar la dispersión de los bienes y de la familia. No parece dudoso afirmar que la Casa Aragonesa ligada a una economía autárquica de subsistencia, prácticamente ha desaparecido, pero si bien la pervivencia de la Casa aragonesa en la actualidad es prácticamente testimonial, no deben olvidarse los valores tradicionales en los que se ha asentado y las instituciones que perviven con una finalidad de mantenimiento de los bienes familiares frente a su posible dispersión. La Casa Aragonesa, en los dos últimos siglos, ha marcado la vida de las gentes de muchas comarcas aragonesas con valores tan enraizados como el respeto a los mayores y la obediencia a una jerarquía claramente establecida. La convivencia en un mismo hogar de diversos núcleos familiares, normalmente el de los señores, amo y dueña, con el hijo heredero y su mujer y sus hijos respectivos, con hermanos del heredero normalmente solteros y que trabajan para la casa, ha encerrado valores no sólo de conservación del patrimonio familiar sino de ayuda mutua y puesta en común. La agrupación de bienes en una sola mano no generaba tradicionalmente un derecho para el heredero sino más bien un conjunto de cargas relativas a mantener unida la casa, cuidar y atender a sus miembros (padres, tiones) y ordenar la convivencia, siendo evidente que el jefe de familia no podía perjudicar nunca los eventuales derechos de los miembros de la comunidad y que era una clara obligación para el jefe de la casa su mantenimiento. El paso moderno de la tradicional Casa Aragonesa ligada a entornos autárquicos de aislamiento y a recursos agrícolas y ganaderos, a nuevas concepciones de empresa familiar aragonesa ligadas a los nuevos tiempos y a economías productivas modernas en entornos alejados del aislamiento geográfico, social y económico y a nuevos valores sociales, obliga a reconsiderar la existencia de nuevos entornos familiares y de valores nunca antes imaginados en los que la casa física, o con minúsculas, tiene una importancia vital. No sólo se da una clara preferencia de los jóvenes matrimonios a llevar una vida independiente en entornos urbanos sino que existe una muy rica variedad de entornos familiares actuales con predominio del urbano sobre el rural y del matrimonial sobre el extramatrimonial, existiendo familias monoparentales, extensas, uniones de hecho del mismo y de distinto sexo, etc., y un gran aumento de las situaciones de crisis familiar. Poco tiene que ver la sociedad actual con entornos tradicionales salvo en la tremenda importancia que la vivienda familiar sigue teniendo como lugar de convivencia y más en situaciones de crisis. La casa física es hoy ese bien prevalente de la familia, tan difícil de gestionar en situaciones de ruptura, casa que, como espacio físico, conforma el domicilio familiar (art. 2 de la Ley 2/2003) y la vivienda familiar (art. 8 de la Ley 2/2003). Se puede orientar el concepto de domicilio como espacio físico en el art. 2 citado, que ya evita remisiones al art. 70 del Código Civil y la vivienda familiar como objeto digno de protección en el art. 8. Todo ello implica una vivienda familiar que es algo más que un mero lugar donde vivir y que tiene un papel clave en la gestión de las situaciones de crisis familiar.

### III. LA IMPORTANCIA DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA

Nunca como en este momento de gran aumento estadístico de las situaciones de ruptura de todo tipo de familias y, precisamente por la peculiar situación de las economías

---

(3) Muy interesante es la S.T.S.J. de Aragón de 5 de julio de 1995, al analizar un supuesto de comunidad familiar atípica bajo la vigencia del art. 34 de la Compilación de Aragón de 1967.

familiares españolas, ha tenido una importancia tan desmesurada el destino que deba darse a la vivienda familiar en una situación de crisis. Existe un claro predominio, en este momento, con independencia del tipo de familia que se elija para desarrollar la vida en común, de una situación económica familiar donde el bien más importante lo es la vivienda familiar, casi siempre ligada a una importante carga hipotecaria que lastra la propia economía de la familia. Una familia que, en situaciones de normalidad, necesita de dos sueldos para subsistir, encuentra un problema de difícil de solución, cuando tras la ruptura matrimonial, menguan los recursos y se necesitan dos viviendas para ubicar a los miembros de la familia, una la familiar donde quedara uno de los miembros de la pareja y otra la que necesitará el miembro de la familia que deba abandonar el domicilio familiar. La importancia de la vivienda familiar es crucial a muchos niveles, tales como el psicológico, el económico, el afectivo y el social, y la decisión de su compra y de su ubicación y destino, es una de las actividades más importantes que se llevan a cabo en cualquier entorno familiar<sup>4</sup>.

A nivel psicológico puede decirse que, en toda situación de ruptura, hay muchos factores estresantes que inciden de forma directa en el comportamiento personal, tales como la vulneración de la sensación de seguridad, los supuestos de cohabitación y nuevas nupcias, los conflictos crónicos entre progenitores, etc., debiendo destacarse, por su importancia, la existencia de una clara inestabilidad residencial y los problemas económicos como dos factores estresantes claves, directamente ligados a la vivienda familiar. De hecho es evidente que el desplazamiento o alejamiento residencial tras el divorcio, la nulidad o la separación, puede interferir sustancialmente los contactos y relaciones de los niños con el progenitor que no se desplaza. A la vez, la reubicación del padre o de la madre en otra residencia fuera del núcleo familiar, puede ser una barrera importante para la continuidad de las relaciones paterno filiales o materno filiales, en su caso, ya que una visita requiere mayor tiempo y gastos, aspectos éstos, que pueden erosionar la calidad de las relaciones, especialmente con niños muy pequeños, y ello, aun dando por supuesto, que en temas de visitas, es más importante la calidad que la cantidad de los contactos. A nivel económico, es evidente que una situación económica como la actual, que propicia la existencia de hipotecas baratas y alquileres caros (en donde el mercado inmobiliario de alquiler está muy devaluado), lleva a que cada familia considere como una necesidad prioritaria la compra de la vivienda que ha de ser el domicilio familiar. Para ello la familia destina a la compra del domicilio familiar gran parte de sus recursos con asunción de cargas hipotecarias a muy largo plazo que les permitan así acceder a viviendas cuyos precios siguen disparándose año tras año, pero con la consecuencia de gravar la economía familiar de forma tan tremenda, que no será capaz de afrontar cualquier mínimo revés económico como el que puede implicar para un núcleo familiar una situación de ruptura. Será difícil pagar una hipoteca cuando la ruptura divida en dos la economía familiar (si existe la suerte de que ambos miembros de la familia trabajaban), cuando además ambas economías separadas deberán afrontar cada una de ellas el coste de una vivienda distinta, de un lado la familiar con la carga hipotecaria por el miembro familiar que queda en su disfrute y de otro el lugar de residencia del cónyuge que ha sido desplazado de la vivienda familiar. Lo indicado, implica recalcar que la vivienda familiar suele ser el bien patrimonial más importante de cualquier núcleo familiar, sea del tipo que sea, máxime una vez que ya ha sido pagada. A nivel afectivo, la importancia de la vivienda familiar es clave, pues determina condicionantes

---

(4) En Aragón, el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar, por virtud del art. 4 de la Ley 2/2003, norma imperativa similar al art. 45.1 de la misma norma en sede de consorcio conyugal y aplicable incluso a un régimen de separación de bienes, corresponde a ambos cónyuges, lo que incluye decisiones sobre terminación y cambio de domicilio familiar.

tan importantes como la estabilidad y el bienestar psicológico, siendo el espacio físico el determinante de la capacidad para tener uno o más hijos, uno u otro nivel de vida y de gasto y ahorro y de relación social. Precisamente, a nivel social, la vivienda familiar condiciona desde la elección del colegio de los hijos, al entorno medioambiental y a la calidad de la vida en función del barrio en el que se ubica la vivienda, lo que condiciona incluso la relación en una clase social o en otra. Además, en las situaciones de crisis familiar, la vivienda es quizás el elemento más importante del conflicto y, por ejemplo, punto clave en la negociación de los convenios reguladores. No se olvide que es, en las situaciones de crisis familiar, donde con mayor virulencia afloran los problemas de violencia de género, muchas veces ligados a la previsión de disponibilidad o no del que había sido el domicilio familiar.

#### IV. PLANTEAMIENTO ESTADÍSTICO

En la página Web del Instituto Aragonés de Estadística<sup>5</sup>, con referencia a su vez a los datos estadísticos suministrados por el Consejo General del Poder Judicial<sup>6</sup> y el Instituto Nacional de Estadística<sup>7</sup>, podemos encontrar las estadísticas judiciales que nos permiten analizar la evolución en Aragón y en España, de forma comparativa, de los procesos judiciales matrimoniales desde 1989 a 2002, al margen de determinadas variables de interés que realiza el Instituto Nacional de Estadística. En los siguientes gráficos que aporta el Instituto Aragonés de Estadística, se observa la evolución indicada.

2	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
3 Nullidades	1	1	-	3	2	2	8	6	7	1	6	7	5	6
4 Separaciones	864	923	906	956	1.029	1.079	1.162	1.211	1.206	1.203	1.457	1.536	1.602	1.755
5 Hecho acuerdo	519	607	556	611	688	689	744	791	817	831	1.050	1.092	1.184	1.347
6 Contenciosas	345	316	350	344	341	390	418	420	389	452	467	444	418	408
7 Divorcios	601	554	625	684	723	716	789	760	758	850	848	995	881	1.034
8 Consensuados	250	227	284	284	332	331	340	361	367	426	480	498	528	647
9 No consensuados	351	327	341	400	391	385	449	399	391	424	368	497	353	387
10 Eficacia civil, separación disolución o nulidad canónica	44	33	38	40	45	48	40	39	48	62	30	48	51	60
11 Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial, 2003.														

(5) [http://portal.aragob.es/servlet/page?\\_pageid=2885,591&\\_dad=portal30&\\_schema=PORTAL30&cuerpo.est=ITPG\\_EHE\\_IAEST](http://portal.aragob.es/servlet/page?_pageid=2885,591&_dad=portal30&_schema=PORTAL30&cuerpo.est=ITPG_EHE_IAEST), localizado en Camino de las Torres, núm. 47-49, 50071 ZARAGOZA, teléfono (34) 976-486011; fax (34) 976-486013; E-MAIL: [estadis@aragob.es](mailto:estadis@aragob.es)

(6) <http://www.poderjudicial.es>

(7) <http://www.ine.es>

**1 Evolución de los procesos matrimoniales según causa de la sentencia. España. Años 1989 a 2002.**

2	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
3 Nulidades	83	75	79	76	78	93	99	99	122	112	129	140	145	219
4 Separaciones	34.672	36.272	38.758	40.188	43.491	47.546	47.852	49.749	53.065	55.283	57.581	61.997	63.129	70.494
5 Mutuo acuerdo	15.980	17.124	19.415	19.681	21.535	23.368	24.555	26.349	29.482	31.682	34.368	37.967	41.910	47.296
6 Contenciosas	18.692	19.148	20.343	20.527	21.956	24.178	23.297	23.400	23.583	23.541	23.213	24.030	21.219	23.198
7 Divorcios	23.063	23.191	27.224	26.783	28.854	31.522	32.908	31.588	33.073	35.096	35.641	38.880	36.111	40.348
8 Consensuados	9.935	10.017	11.882	12.099	12.796	13.814	14.451	14.490	15.983	17.408	18.408	19.999	20.811	23.543
9 No consensuados	13.128	13.174	15.332	14.684	16.058	17.708	17.657	17.098	17.090	17.688	17.233	18.881	15.300	16.805
10 Eficacia civil, separación disolución o nulidad canónica	553	446	414	419	420	440	370	415	557	583	491	512	582	503
11 Fuente: Memoria del Consejo General del Poder Judicial, 2003.														



Del mismo modo y con ocasión de la presentación por el Gobierno de España el 17 de septiembre de 2004 del anteproyecto de reforma de la Ley del divorcio, fueron numerosas las noticias de prensa<sup>8</sup> que aportaron sustanciales datos estadísticos al señalar que más de trescientos matrimonios se rompen cada día en España, un tercio más que hace cinco años y casi el doble que hace diez años, y que durante 2003, se produjeron cada día en nuestro país 575 matrimonios y 347 separaciones o divorcios, cuando en 1998 la proporción era una ruptura y dos enlaces. Así, existen 126.000 parejas separadas o divorciadas al año cuando en 1998 no llegaban a las 94.000 y cuando hace diez años se rompían 198 matrimonios al día, frente a los más de 345 que se rompen cada día en la actualidad. Lo clave, sin duda, de las estadísticas es que los cambios más drásticos datan de los últimos cinco años. A nivel judicial se constata que entre los años 1994 y 1998 aumentaron en 14.000 el número de separaciones y divorcios, siendo ese incremento de casi 30.000 entre 1999 y 2003, hasta llegar a las 126.742 resoluciones judiciales dictadas en el año 2003, resolviéndose en dicho año 2003, 53.700 separaciones de mutuo acuerdo y 25.723 contenciosas, junto a 28.172 divorcios consensuados y 19.147 contenciosos, registrándose además 191 nulidades matrimoniales. Es muy curioso observar igualmente que hasta 1995 eran más numerosas las separaciones contenciosas que las consensuadas y que hasta 1999 eran más numerosos los divorcios contenciosos que los consensuados. En concreto en el año 2003 las separaciones de mutuo acuerdo en número de 53.700 doblan a las contenciosas en número de 25.723. No debe dejar de señalarse, en todo caso, que el aumento de rupturas todavía se mantiene en España por debajo de las tasas de la Unión Europea, y así los datos del INE revelan que la tasa bruta de divorcios en España en 2002 era de un 0,9 por mil, la mitad de la existente en la Unión Europea de 15 miembros, teniendo Bélgica y Dinamarca las tasas más elevadas, con 3 y 2,8, por mil, respectivamente, mientras que Italia, con 0,7, registraba el menor número de divorcios por mil habitantes. Los cambios sociales se reflejan igualmente en el hecho de que actualmente las familias monoparentales en España ya llegan al millón, tantas como parejas con tres o más hijos. En cuanto a matrimonios en España estamos también en una situación de crisis. Frente a los 260.974 matrimonios de 1976 y frente a los 218.121 matrimonios de 1991, estamos actualmente en el entorno de cinco matrimonios al año por cada mil habitantes, lo que supone un retroceso desde el año 2000 y con un crecimiento nulo. Hace cuatro años, por cada separación o divorcio se contraían dos matrimonios en España y actualmente cada día, por cada seis matrimonios se producen cuatro separaciones o divorcios. Existe, pues, un auge imparable de los procesos de separación y de divorcio unido a un crecimiento casi nulo de los matrimonios: un uno por ciento entre 2001 y 2003, de 208.057 a 210.155. Igualmente los factores sociales analizados por el INE arrojan el dato incontestable de que cada vez más, los matrimonios se rompen a partir de los 20 años de vida en común, frente a la creencia tradicional de que ello sucedía a los 7 u 8 años de matrimonio.

En el Boletín de Derecho de Familia n° 35, de junio de 2004, que a su vez cita como fuente los datos del Instituto de Política Familiar, se asevera que la cifra de separaciones y divorcios aumentó en 2003 un 6% respecto del año anterior, y un 18% respecto al año 2001. Se destaca que 121.968 rupturas matrimoniales se produjeron en 2003, una cada 4,3 minutos, según datos del citado Instituto.

Por lo que hace referencia a las uniones extramatrimoniales, tema de suma actualidad, una ojeada al barómetro de junio de 2004, estudio n° 2.568, del Centro de Investigaciones Sociológicas<sup>9</sup>, aporta datos reveladores de un alto grado de tolerancia y admisión

(8) *El Mundo*, edición de 14 y 16 de septiembre de 2004 y *ABC*, edición de 14 de septiembre de 2004, citando fuentes del Instituto Nacional de Estadística.

(9) Accesible en <http://www.cis.es>.



social de este tipo de situaciones. Así, el 40,8% de los encuestados afirma que ve muy positivo el aumento de las parejas que viven juntos sin estar casados, el 38,7% se muestra bastante a favor de que se regule legalmente la convivencia de las parejas no casadas y el 74,8% considera que la Ley de Parejas de hecho debe de reconocerles los mismos derechos y obligaciones que tiene los matrimonios. El 67,7% de los encuestados considera que a las parejas homosexuales estables se les debe reconocer los mismos derechos y obligaciones que a las heterosexuales y el 66,2% está a favor de que las parejas homosexuales tengan derecho a contraer matrimonio. En tema de adopción sólo el 21,9% de los encuestados se muestra muy de acuerdo con que las parejas homosexuales puedan adoptar niños, estando en desacuerdo el 27,4% de los encuestados.

Siguiendo con la aportación de datos estadísticos, merece la pena recalcar los que se contienen en la Estadística Registral Inmobiliaria referida al segundo trimestre del año 2004. En el periodo de julio de 2003 a junio de 2004, el precio medio de la vivienda ha subido un 18,18%, muy por encima de la evolución del IPC con un incremento del 3,64%, habiendo sido a la vez muy distinta la evolución del coste salarial con un incremento del 3,15%. Ello implica una evidente reducción del grado de accesibilidad a la vivienda por parte del ciudadano español. En el segundo trimestre de 2004, el precio medio de la vivienda en Aragón se sitúa en 1.356,48 € por metros cuadrado y en España en 1.482,34 € por metro cuadrado, habiendo sido Aragón una de las Comunidades que más ha incrementado sus precios en el primer semestre de 2004 con una tasa de variación del 8,39%. La Estadística Registral Inmobiliaria referida al segundo trimestre del año 2004 ofrece datos muy interesantes. Así se observa en la misma que el importe medio del crédito hipotecario contratado por euro de compraventa fue en el ámbito nacional del 83,34% y en Aragón del 84,01%, lo que significa que el volumen del crédito hipotecario constituye más del 80% del precio pagado por la vivienda. En la misma línea es destacable que el porcentaje de la cuota hipotecaria media respecto al coste salarial mensual medio para el segundo trimestre de 2004 fue del 41,67% a nivel nacional y del 39,11% a nivel de Aragón. La duración media de los créditos hipotecarios contratados para la finalidad de vivienda en el segundo trimestre de 2004 lo fue en Aragón de 23,58 años y en España de 23,92 años (287 meses).

Aparte de todo lo indicado es evidente que existen, por exigencias de la vida actual, vidas matrimoniales muy particulares, como la de aquellos matrimonios de fines de semana, que por trabajar en diferentes ciudades los miembros de la pareja, solo coinciden los fines de semana, sin olvidar que la vida en grandes ciudades hace que la relación matrimonial de convivencia dure pocos minutos a lo largo del día, ya que ambos miembros de la pareja trabajan fuera de casa y solo es por la noche cuando coinciden para cenar, a lo sumo, y proceder a descansar tras agotadoras jornadas laborales en las que se incluyen largos desplazamientos de casa al trabajo y viceversa. Ello genera, tras procesos vacacionales largos, el llamado efecto sobredosis de convivencia, que motiva el aumento de rupturas o situaciones de crisis tras tales periodos de forzada convivencia vacacional, frente al ritmo cotidiano de vida.

## V. LA VIVIENDA FAMILIAR

### 1. Concepto

Si hablamos de vivienda familiar como objeto de protección, no sólo deberemos hacer referencias al marco constitucional español, arts. 32 y 39 básicamente, sino también al europeo. En el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa,

Diario Oficial nº C 169 de 18 de julio de 2003, el artículo II-7, Respeto de la vida privada y familiar, se señala que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones; y el artículo II-9, contempla el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, señalando que se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Tampoco se puede olvidar la vigencia del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, que ha sido interpretado por el Tribunal europeo de Derechos Humanos de forma tal que no se limita tal artículo a la familia de derecho vinculada en exclusiva al matrimonio sino que se amplía a la vida familiar de hecho existiendo entre sus miembros vínculos estables y relaciones reales.

Muchas son las posibles definiciones de vivienda familiar<sup>10</sup>, en la que converge una tutela doble constitucional, la del art. 47 y la del art. 39, de los que se deriva una necesaria limitación legal de los actos dispositivos y de administración que la afectan en aras al interés primordial de la familia. La STS de 31 de diciembre de 1994, RJ 1994/10330<sup>11</sup>, nos

(10) Zanon Masdeu en *El divorcio en España*, Barcelona 1981, pág. 342, habla de que por vivienda familiar se entiende la vivienda conyugal que existe y se mantiene, aunque ambos cónyuges no vivan en ella permanentemente, por lo que ante una separación de hecho seguirá siendo vivienda familiar el primitivo hogar conyugal. Por su parte Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga en «Efectos de la extinción de la pareja de hecho: La vivienda familiar», publicada en *Cuadernos de Derecho Judicial de 1997*, nº XX describe un concepto de vivienda familiar con cita de numerosas resoluciones judiciales, indicando que: «...Si definimos la vivienda de una persona, subrayando sus aspectos excluyentes, como el núcleo, ámbito, reducto o espacio acotado que la misma reserva para desarrollar sus actividades domésticas y sustraerse a las relaciones personales y sociales no deseadas, sustituyendo persona por familia, tendremos el concepto de vivienda familiar. Haciendo hincapié en los elementos positivos, la definiremos como el recinto o espacio comprendido dentro de ciertos límites, que constituye el centro de la vida de una familia, con carácter habitual, con vocación de permanencia e intencionada. La vivienda habitualmente se encuentra en una edificación o en parte de ella, sea urbana o rústica, pero también puede hallarse en cualquier otro recinto, dedicado a la finalidad citada y con las exclusiones mencionadas, v.g. una embarcación, casa flotante o unidad transportable por tierra o por aire. Cuando de determinación legal se trata, comprende en su destino aquellos elementos que están dirigidos al cumplimiento de sus objetivos. Por ejemplo: generalmente se incluyen en la atribución de su uso, cuando es discutida, los garajes, plazas de aparcamiento, buhardillas o trasteros; así como el derecho a la utilización de zonas de recreo, jardines, piscinas, gimnasios o instalaciones deportivas, que pertenecen al mismo inmueble o están comprendidos en la Comunidad, grupo o conjunto de viviendas, en las que está situada la vivienda en cuestión...». No lo es el garaje no integrado en la vivienda para la sentencia de la Audiencia Provincial Valladolid de 28-2-2000 ni para la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de enero de 2000, ni el cuarto trastero no ligado a la vivienda, ni las segundas residencias o apartamentos de verano según la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13-9-1995 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 18-7-1996. En esta materia, se puede destacar algún supuesto curioso, como el de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de junio de 2003 nº 374 que no atribuye al esposo el uso del garaje de la vivienda que fue familiar con la finalidad de no comprometer la paz familiar. En tema de segundas residencias o apartamentos de verano no siempre son coincidentes las soluciones adoptadas. Así, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de junio de 2003 atribuye a ambos esposos indistintamente el uso del apartamento de verano, mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de marzo de 2003, en caso similar, considera que no existe fundamento legal alguno que determine un necesario pronunciamiento sobre vivienda, que no es la familiar como el apartamento estival, por lo que a falta de acuerdo, suprime el uso compartido y deja a las partes en libertad para liquidarlo a su conveniencia.

(11) Señala la citada resolución, que: «...Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual "para disponer de los derechos sobre 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". El citado artículo habla de "disponer de los derechos sobre la vivienda", por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, 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.

da un concepto de vivienda familiar señalando que: «...Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario...». Interesante también es la definición de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996<sup>12</sup>. A nivel de la jurisprudencia del T.J.C.E., siempre se utiliza un concepto de residencia o domicilio ligado a datos fácticos necesitados de la concurrencia de los elementos de la estabilidad y de la fijación del centro de intereses. El concepto de residencia habitual en el marco de la Conferencia de La Haya siempre se ha entendido como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio<sup>13</sup>.

Son muy variadas las expresiones utilizadas por Jurisprudencia, tribunales, legislación y Dirección General de los Registros y Notariado para referirse a la vivienda familiar: hogar, hogar familiar, hogar conyugal, residencia habitual, vivienda conyugal, vivienda habitual, domicilio habitual, domicilio común, vivienda familiar, vivienda habitual de la familia..., es esta última la expresión utilizada por el legislador aragonés en su artículo 8.

En la Ley 2/2003 nos encontramos de un lado con la regulación del domicilio en el art. 2 y con la protección de la vivienda familiar en el art. 8, ambos preceptos de naturaleza imperativa y que parecen referidos al lugar físico o de desarrollo de la convivencia impuesta por el art. 1.2 de la Ley 2/2003, de un lado y al objeto de la protección legal, de otro. El art. 2 limita la libertad de pacto que se ampararía en el art. 3 y lógicamente desplaza la aplicación en Aragón del art. 70 del Código Civil. El art. 2 citado integra una presunción legal acerca de la situación del domicilio familiar que hace posible la coexistencia de domicilios profesionales y familiares en distintos lugares.

En el plano jurídico, no cabe duda que en las crisis matrimoniales podemos referirnos a la subsistencia de la vivienda familiar. En ellas, este concepto, se mantiene en toda su extensión, y es precisamente su carácter familiar lo que permite la atribución del uso a uno solo de los cónyuges. La vivienda seguirá siendo familiar a pesar de la crisis que afecte al matrimonio; igual que cuando la crisis no existía, la circunstancia de que su ocupación haya sido confiada a uno solo de los cónyuges, con o sin hijos, o incluso a una persona soltera si el matrimonio fue declarado nulo o a una persona divorciada o separada, no le hace perder tal naturaleza, que subsistirá mientras perdure la atribución que de ella se ha hecho o en tanto no se produzca la desfamiliarización del bien, por un cambio radical en las circunstancias que determinaron su atribución.

---

*En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del artículo 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del artículo 96 en el que contienen normas para la atribución de la vivienda atendiendo al interés más digno de protección y se conceden facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo...».*

(12) Esta sentencia considera que 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...».

(13) Interesante lo es también el análisis de las Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, como la de 27 de septiembre de 1978 o la de 16 de octubre de 1981.

## 2. La protección de la vivienda familiar. Análisis del art. 8 de la ley 2/2003

### 2.1. Antecedentes legislativos

Los encontramos en el art. 51 de la Compilación Aragonesa<sup>14</sup>, desde la reforma de 1985, dedicado a la gestión de los bienes privativos de los cónyuges casados en régimen de consorciales o legal aragonés, precepto ubicado en la secc. 4ª del tratado del régimen matrimonial legal dedicada a la gestión de la comunidad, pese a lo cual era precepto no aplicable solo a la gestión de los privativos cuando el régimen económico matrimonial era el de la sociedad conyugal tácita, sino que era aplicable a las relaciones entre cónyuges en todos los casos de existencia de bienes propios o privativos de los mismos. Sobre los precedentes del art. 51 de la Compilación, señala la doctrina que<sup>15</sup> aunque no existe en Aragón un precedente específico de esta norma, y el texto compilado de 1967 no contenía precepto alguno que dispensase cobertura al derecho que nos ocupa, sería injusto olvidar que alguno de los anteriores proyectos la conseguían de forma indirecta. Así, el art. 13 del denominado Apéndice Primero al CC general, o Proyecto de Código civil de Aragón, de 1899 establecía que: «*los bienes sitios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, no podrán ser enajenados, gravados ni hipotecados por acto inter vivos, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges*», principio que recogió el primer Anteproyecto de compilación redactado por el Seminario en 1961, al requerir su art. 115 acuerdo en la enajenación de los inmuebles comunes y asentimiento del otro en la de los propios, régimen, a su vez, incluido en el anteproyecto de julio de 1962, al que se añadió la posibilidad de suplir el asentimiento con la decisión del consejo de parientes aprobada judicialmente. Lo cierto es que el art. 51 de la Compilación Aragonesa, en la redacción que le da la reforma de 1985, es un precepto muy similar al art. 1320<sup>16</sup> del Código Civil, y ambos son fruto, sin duda, de la progresión a lo largo del siglo XX de la obtención de derechos para la mujer en todos los campos, incluido el político y el laboral. La plena equiparación de derechos entre marido y mujer y la especial protección de la familia que efectúa la Constitución de 1978, no podía dejar de tener reflejo en las normas civiles reguladoras de la gestión de la economía familiar a todos los niveles, si bien en Aragón, el instituto de la viudedad ha servido históricamente y sirve como medida en cierto modo protectora del entorno familiar, vivienda y mobiliario, en las situaciones de normalidad de la vida matrimonial. Al mismo tiempo, si se habla de gestión de bienes privativos, nunca puede olvidarse que la misma está, en cierto modo, preordenada a favor del consorcio, debiendo realizarse diligentemente, pues al consorcio corresponden los rendimientos de la gestión, participando también de determinados gastos que genera la explotación de los bienes privativos. Haciendo un somero aná-

(14) Dentro de la secc. 4ª dedicada a la gestión de la Comunidad, del Capítulo III dedicado al Régimen Matrimonial Legal, se redactó conforme a la Ley 3/1985, de 21 de mayo, siendo la redacción del art. 51 la siguiente: «*Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes. Pero necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común*». Originariamente el art. 48 señalaba que el marido era el administrador de la Comunidad y el art. 49 que era el marido el que administraba los bienes privados de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración. El art. 51 en su redacción originaria, relativa a enajenaciones, decía que el cónyuge administrador, por sí solo, podía enajenar los bienes comunes si bien para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, necesitaba el consentimiento del otro cónyuge o en su defecto aprobación de la Junta de Parientes y en otro caso autorización judicial.

(15) SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. y otros, «Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 49-81.

(16) El art. 51, frente a la redacción del art. 1320 del Código Civil, no hace referencia alguna a la defensa de los adquirentes de buena fe, pero no implica que la solución en la disciplina de la Compilación deba ser diferente, donde no se encuentra a un tercero que pudiera ser de peor trato.

lisis de algunos aspectos del art. 51 de la Compilación, que como limitador de derechos parece que deba siempre merecer una interpretación restrictiva y no extensiva, debe indicarse como considera la doctrina poco pertinente en este artículo y en el contexto de la comunidad conyugal aragonesa, una referencia a los bienes muebles de amueblamiento, cuando éstos, en principio, son comunes a tenor de lo dispuesto en el art. 37-4º de la Compilación y la costumbre inveterada del Reino. En punto a qué se entienda por actos de disposición, la misma palabra parece aludir a actos que supongan pérdida de alguna facultad que limite los derechos sobre la vivienda o mobiliario ordinario de la misma, con lo que actuaciones que no mejoran una situación preexistente ni afectan a la disponibilidad de vivienda que se trata de proteger, no parece deban ser tenidas en cuenta, caso por ejemplo de renuncia a ejercitar un derecho de adquisición preferente del inmueble destinado a vivienda familiar que por ejemplo se ocupe en arrendamiento<sup>17</sup>. En principio la palabra disposición no es solo sinónimo de enajenación a estos efectos, ya que debe comprender también actos que no alterando el dominio, sí afectan a la disponibilidad sobre la vivienda familiar, caso de venta del dominio con reserva de arrendamiento por ejemplo, aunque lo expuesto parece que no sería aplicable a venta con reserva de usufructo que sea plenamente compatible con la continuidad del propio uso de la vivienda. Debe así incluir el término disposición (acto dispositivo al que se refiere el art. 51 de la Compilación), a las enajenaciones onerosas y gratuitas afectantes a la propiedad, a la creación de derechos reales limitadores del uso afectantes a la disponibilidad real del domicilio familiar y que la limiten o cercenen (caso del usufructo, el uso y la habitación<sup>18</sup>), y debe afectar también a los derechos de garantía real inmobiliaria, sin olvidar la renuncia al derecho de arrendamiento<sup>19</sup>. Respecto al acto de constitución de hipoteca, no parece dudoso que tal acto dispositivo, que en sí lleva implícita una hipotética futura ejecución forzosa que antes no hubiera existido en modo alguno, no puede quedar fuera del manto protector que al cónyuge no disponente le otorga el art. 51 de la Compilación. Junto a los actos dispositivos, el art. 51 de la Compilación Aragonesa, se refiere también a los actos que impliquen sustracción al uso común de la vivienda habitual o del mobiliario ordinario de la misma, peculiaridad ésta no recogida en el art. 1320 del Código Civil y que debe comprender cualquier actuación que produzca el efecto de sustraer al uso común la vivienda familiar o su mobiliario, ya por ejemplo renunciando a la prórroga forzosa de un arriendo o a una situación de precario.

Finalmente, y en cuanto a la naturaleza jurídica que tenga el consentimiento del cónyuge no disponente, se señaló en el trabajo *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, en Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que: «...la intervención del cónyuge no titular es del tipo denominado asentimiento dado que, mediante ella, ni dispone de un derecho propio —que únicamente transmite o renuncia su titular— ni completa la capacidad del disponente —que es plenamente capaz— sino que cumple la función de aprobar o autorizar un acto o negocio dispositivo celebrado por el otro cónyuge, relativo a unos derechos que sólo a él pertenecen».

(17) El art. 25 de la Ley 29/1994, de 29 de noviembre de Arrendamientos Urbanos regula el Derecho de adquisición preferente del arrendatario en caso de venta de la vivienda arrendada, ejerciendo ya el derecho de tanteo, ya el de retracto y posibilitando el número 8 de dicho precepto: «El pacto por el cual el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto será válido en contratos de duración pactada superior a cinco años».

(18) Estima Rams Albesa que la constitución de un derecho de habitación a favor de tercero, aunque por su extensión pueda compatibilizarse con la continuidad del uso familiar de la vivienda afectada, deberá sujetarse al régimen del art. 51, a causa de la alteración que origina en la intimidad del hogar

(19) Para este supuesto, encontramos previsión específica en el art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, relativo al Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario.

Finalmente, resaltar críticas de la doctrina al hecho de permitir el art. 51 de la Compilación, el recurso a la autorización judicial en este campo y no haber dado entrada a la Junta de Parientes, que parece ser hubiera sido lo lógico, habiéndose reproducido posteriormente la discusión en la tramitación parlamentaria que tuvo el art. 8 de la Ley 2/2003.

## 2.2. Tramitación parlamentaria

Respecto a la tramitación parlamentaria de la norma<sup>20</sup>, en el Proyecto de Ley publicado en el BOCA. n° 237 de 11 de junio de 2002, se incluía un art. 8 del siguiente tenor literal: «Artículo 8.— *Vivienda familiar.* 1. Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad. 2. Los actos de disposición realizados sin el debido consentimiento o autorización podrán ser anulados por el otro cónyuge durante cuatro años contados desde que los conoció o debió conocer. 3. No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe, cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar...». En la tramitación parlamentaria del proyecto se mantuvo el tenor literal de la parte del preámbulo referente a la vivienda que después sería texto definitivo y respecto al art. 8, se presentaron enmiendas parciales publicadas en el B.O.C.A. n° 258 de 27 de septiembre de 2002, que fueron la 17 y la 18 por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA). La enmienda 17 pretendía añadir a continuación de «o, en su defecto, autorización judicial» la expresión «o de la Junta de Parientes de éste» con la motivación de que sin perjuicio de la revisión y actualización de la Junta de Parientes que deberá afrontarse en el futuro, era conveniente otorgar a esta institución una mayor participación en los asuntos familiares. La enmienda n° 18 daba al apartado 2 la siguiente redacción: «2. Cada cónyuge o sus herederos estarán legitimados para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización en el plazo de cuatro años desde que los conoció o pudo razonablemente conocer, y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.»; y ello con la motivación de que era conveniente otorgar expresamente la legitimación activa para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición a los herederos del cónyuge premuerto, así como fijar el *dies a quo* para el ejercicio de la acción, proponiéndose que el plazo comenzase en el momento en que el cónyuge conoció el acto dispositivo o pudo razonablemente conocerlo (en lugar del momento en que lo debió conocer que establece el texto del Proyecto) y, en todo caso, a fin de arbitrar una mayor seguridad jurídica, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal. Tras ello, en el Informe emitido por la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, publicado en el BOCA núm. 237, de 11 de junio de 2003 se indica respecto a art. 8 que la enmienda núm. 17, del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, se retira y que la enmienda núm. 18, del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, se aprueba por unanimidad, quedando redactado el art. 8 en el dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley en la forma que ya sería su redacción definitiva tras el debate y votación del dictamen indicado los días 6 y 7 de febrero<sup>21</sup>.

(20) Accesible en la Web de las Cortes de Aragón <http://www.cortesaragon.es>

(21) Artículo 8.— *Vivienda familiar.*

1. Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.

### 2.3. *Análisis del precepto. Las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*

Llevar a cabo un análisis detallado del art. 8 de la nueva Ley 2/2003, aparte de no ser el objeto directo de esta ponencia, sería materia merecedora de una ponencia en exclusiva. Por ello, se opta por aportar unas breves notas o precisiones de detalle a continuación y por describir, más adelante, el contenido de las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que debatieron la correspondiente ponencia. De este modo, aporta este trabajo dos elementos de estudio y análisis de sumo interés para el operador jurídico, de un lado el contenido de las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y, de otro lado, la tramitación parlamentaria del artículo 8, antes reflejada.

En cuanto a las breves notas de detalle antes anunciadas, indicar que la Compilación del Derecho Civil de Aragón, fue aprobada por la Ley 15/1967 de 8 de abril, texto que, con modificaciones, se adoptó e integró en el Ordenamiento jurídico aragonés con la Ley 3/1985 de 21 de mayo. La Compilación dedicaba 66 artículos a la regulación de la economía del matrimonio, agrupados en tres títulos sucesivos (IV, V y VI) del libro Primero: «Derecho de la persona y de la familia». Los Títulos IV, V y VI (artículos 23 a 88), del Libro Primero de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, así como los artículos 7 (cuyas previsiones se encuentran ahora, con técnica distinta, en el art. 60, en la letra e, del apartado 1 del artículo 98 y en el apartado 2 del artículo 101 de esta Ley) y 22 (que quedó sin contenido con la entrada en vigor de la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999), han sido derogados y sustituidos por la Ley 2/2003 de 12 de febrero, que cuenta con 120 artículos, 4 disposiciones transitorias, una derogatoria y tres finales, y que entró en vigor el 23 de abril de 2003<sup>22</sup>. En materia de vivienda familiar, el preámbulo de la Ley 2/2003 indica textualmente que: «... Respecto de la vivienda familiar, la norma atiende a aspectos hasta ahora no regulados, como la extinción del derecho de viudedad, proporcionando una regulación completa tan sencilla como permite la complejidad del importante supuesto que regula, sin olvidar la situación de los terceros adquirentes de buena fe...». Respecto al art. 8 cabe destacar, sucintamente, su carácter de norma general imperativa ex. art. 3.2 Ley 2/2003 que pone trabas al principio de libertad de regulación de los cónyuges del art. 3 de la Compilación. Evi-

2. Cada cónyuge o sus herederos estarán legitimados para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización en el plazo de cuatro años desde que los conoció o pudo razonablemente conocer, y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.

3. No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe, cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar.

(22) Se debe destacar como las disposiciones transitorias parten del principio de aplicación inmediata de todas las normas de la Ley, como parece exigir la índole misma de las modificaciones introducidas, a la vez que señalan que los hechos, actos o negocios relativos a los variados asuntos a que la Ley se refiere sólo se registrarán por ella cuando se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor. Del preámbulo de la citada norma se destaca como la misma desarrolla y pone al día las relaciones patrimoniales de la familia, dando una nueva formulación legal a las normas que regulan dichas relaciones más que suponer una reforma de la Compilación. Esta Ley es la segunda que continúa en la tarea de permitir la renovación del Cuerpo de Derecho Civil de Aragón, siguiendo las directrices de política legislativa en materia de Derecho civil en la Comunidad Autónoma de Aragón emanadas de la Ponencia General de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón», Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, de octubre de 1996. No se rompe de forma sustancial con el pasado ya que la mayor parte de las normas compiladas quedan incorporadas a la Ley 2/2003 que así asume la experiencia histórica de siglos, pero en un marco más sistemático, de fácil interpretación y que evita las dudas sobre la pertinencia de acudir al CC para dar respuesta a cada caso. Señala el preámbulo que se mantiene la supletoriedad del CC pero con importantes matices, pues la Ley 2/2003 introduce normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al CC era más claramente perturbador. La Ley 2/2003 constituye un sistema de principios siempre preferentes a los enunciados del CC, de acuerdo al art. 1 de la CA, señala el carácter imperativo de algunos preceptos básicos en el art. 3.2 indicando que las normas de los arts. 1, 2, 4 a 8 y 12 son imperativas y crea una regulación plena y autosuficiente de tal forma que ya no va a necesitar del Derecho supletorio, habiendo acogido e integrado en su regulación precisamente algunas normas del propio derecho supletorio.

dentemente, la norma aclara ya su limitación a actos de disposición «voluntaria» (expresión que no aparecía en el art. 51 de la Compilación), con exclusión de los casos de enajenación o ejecución forzosa<sup>23</sup>, y atiende a la novedosa regulación de la extinción del derecho de viudedad, completando los supuestos de disposición de bienes inmuebles con extinción del derecho expectante regulados en el art. 98 de la Ley 2/2003. El precepto complementa, en lo esencial, una protección de la vivienda familiar que se impone a la forma de gestión del consorcio por encima de las previsiones de los arts. 48 a 60 de la Ley 2/2003, naturalmente, cuando la vivienda o el mobiliario son de uno solo de los cónyuges en todo o en parte. Siempre, por ejemplo, prevalecerá la prohibición del art. 8 sobre las facultades de disposición que el art. 50 otorga sobre bienes muebles comunes referidos a la vivienda familiar o a su mobiliario. En cuanto al consentimiento, se podrá otorgar antes, de forma coetánea o después de realizarse el acto dispositivo, y tanto de forma expresa como tácita. La sanción, en caso de incumplimiento, se prevé en el párrafo segundo del artículo 8, y lo es la anulabilidad del acto. La previsión final de protección del tercero adquirente se debe poner en relación con la previsión del art. 91 del Reglamento Hipotecario, siendo claro que la inscripción no impide la anulación del acto dispositivo si se demuestra que el adquirente lo era de mala fe.

En lo referente al contenido de las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil afectantes al art. 8, se procede a transcribir, no de forma literal, su contenido, a la espera de que puedan quizás llegar a publicarse, y ello, con la única finalidad de aportar al operador jurídico el conocimiento del debate que, en su origen, llevaría al texto final del art. 8. En tales actas, consta que la inicial propuesta de redacción del art. 8 fue la siguiente: «Artículo 8. Vivienda familiar. 1. — Para la disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, que podrá también declarar extinguido el derecho expectante de viudedad. 2. — Los actos de disposición realizados sin el debido consentimiento o autorización podrán ser anulados por el otro cónyuge durante cuatro años contados desde que los conoció o debió conocer. 3. — No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe que desconocían y no estaban obligados a conocer el destino familiar del bien, cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar». En relación a tal precepto, se señaló en las actas que la redacción inicial partió del texto del art. 51 de la Compilación con algunos añadidos entre los que destaca, como más sustancial, la referencia final a que la autorización judicial podrá también declarar extinguido el derecho expectante de viudedad. Se llamó la atención sobre el «podrá» de la frase final, que permite que el Juez autorice el acto de disposición sin declarar extinguido el derecho expectante y se sugirió como preferible el automatismo: *concedida la autorización judicial la enajenación debe conllevar en todo caso la extinción del expectante*. Se dijo igualmente que carecía de sentido que obtenida la autorización judicial para disponer pudiera quedar a salvo el derecho expectante tras la enajenación. Igualmente se defendió la idea de que no parecía malo que se tuviera que plantear al Juez la cuestión del expectante y que éste pudiera decidir en un sentido o en otro, recordándose en la discusión que la conservación del expectante no impide jurídicamente enajenar o gravar el bien afecto. Se debatió la cuestión y se argumentó que la conservación del expectante sí impedía en la práctica la enajenación pues nadie adquiere en tales condiciones; por otra parte, se opinó que, si el consentimiento voluntario del otro conlleva la extinción

(23) La norma no impide el embargo de la vivienda familiar por lo acreedores de uno de los cónyuges, y así se infiere del art. 144.5 del R. H.; y permite actos de disposición compatibles con la pervivencia del derecho de uso que la familia tiene sobre la vivienda, como una transmisión solo de la nuda propiedad, u otra que imponga la carga del respeto del uso de la vivienda por la familia.



del expectante, también debe tener la misma consecuencia la autorización judicial supletoria y se trajo a colación lo aprobado en el art. 10.2 del título de la viudedad. Se dijo que, esta norma está pensada para los casos más dudosos y permite entender que en toda enajenación válida de bienes privativos en que concurran ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante, salvo reserva expresa; pudiendo ser uno de estos casos el de la enajenación de la vivienda familiar privativa cuando el otro cónyuge está presente, no se opone, y no renuncia ni se reserva expresamente el derecho expectante de viudedad. Hubo acuerdo en establecer el automatismo y se sugirió poner punto detrás de autorización judicial y añadir que «*en ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad*». Así se aprobó el apartado primero. Respecto al apartado 2 referido a la anulabilidad de los actos de disposición realizados sin el debido consentimiento o autorización se suscitó la cuestión de si al decir que tales actos podrán ser anulados «por el otro cónyuge» se está prejuzgando que la anulación no requiere resolución judicial. Hubo acuerdo en que la norma no pretende juzgar nada y que, por tanto, la anulación será como tenga que ser. Se recordó que en la doctrina hay distintas concepciones sobre la anulabilidad y que una de las tesis sostiene que la anulabilidad puede ser hecha valer extrajudicialmente, como expresamente se admite en algunos países del common law, y que, en su caso, la sentencia tiene naturaleza meramente declarativa. En la hipótesis de que fuera posible una anulación no judicial, se debatió sobre los requisitos que serían precisos para poderla inscribir. Se aludió también a los problemas fiscales añadidos que tendría la anulación sin resolución judicial. Se comentaron así mismo los problemas procesales del ejercicio judicial. Quedó claro que no se pretendía introducir ninguna innovación en materia de anulabilidad y se propuso como alternativa de redacción decir «*a instancia de otro cónyuge*» en lugar de «*por el otro cónyuge*», pero se prefirió mantener el texto de la ponencia. Respecto al apartado 3 se sugirió la preferencia de suprimir que la buena fe requiere que el adquirente desconociera o no estuviera obligado a conocer el destino familiar del bien, pensando que para apreciar la buena fe bastaría con que, habiendo manifestado el disponente que el bien no constituye vivienda o mobiliario familiar, el adquirente así lo creyera. Se dijo que en la fórmula de la ponencia parece que se exige algo más que el mero desconocimiento del carácter familiar del bien, se requiere que no haya obligación de conocer su destino familiar. Se explicó que es algo que está en algunas teorizaciones sobre la buena fe, pero que podría quitarse. No obstante, como es una formulación que se repite en el artículo 13, se decidió aprobar el apartado 3 pero dejando entre corchetes ese inciso para repensarlo al abordar aquél precepto. Con lo cual el artículo 8 quedó inicialmente redactado así: «*Artículo 8. Vivienda familiar. 1.– Para la disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad. 2.– Los actos de disposición realizados sin el debido consentimiento o autorización podrán ser anulados por el otro cónyuge durante cuatro años contados desde que los conoció o debió conocer. 3.– No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe [que desconocían y no estaban obligados a conocer el destino familiar del bien], cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar*». Igualmente y respecto a las actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil afectantes al art. 8, que se están relatando, se lee allí, en lo que parece ser un repaso final del precepto, que para el artículo 8 se formularon dos sugerencias. En primer lugar, se propuso que el apartado 1 comenzase con «*para realizar actos de disposición voluntaria...*», para que quedase más claro que entre esos actos está también la hipoteca. La mayoría de la Comisión no creyó que hubiera realmente diferencias con el texto aprobado hasta entonces, pero se estimó que si ha habido Registradores que han manifestado dudas, tampoco pasaba nada por acoger esa redacción y así se aprobó,

con lo que quedó así: 1. — *Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad*». En el apartado 3, se propuso añadir, al final lo siguiente: «*salvo que ese carácter conste en algún Registro Público*». Se explicó que la propuesta parte de la reforma de 1998 del artículo 144 del Reglamento Hipotecario sobre la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre la vivienda conyugal, así como de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1998, donde se prevé la posibilidad de que el carácter conyugal de la vivienda conste en el propio Registro de la Propiedad; si se dice «algún Registro Público» es porque el precepto también comprende el mobiliario ordinario de la misma y a estos efectos puede tener relevancia el Registro de Bienes Muebles. Sin embargo, se manifestó también opinión contraria a esta modificación. Hubo en el debate mayoría partidaria de mantener el texto aprobado hasta entonces, ya que no es objeto del Registro de la Propiedad publicar el carácter familiar de una vivienda y la referencia a otros Registros podría llevar a exigir, por ejemplo, el certificado de empadronamiento. Finalmente, señalar que los arts. 13 y 14 de la ponencia acabaron siendo el art. 16 de la Ley, habiéndose aludido al art. 13 en la discusión del art. 8.

#### 2.4. Derecho interregional

Al margen del Derecho Civil Aragonés, en diferentes derechos civiles, forales o especiales, encontramos medidas que tienden a proteger la vivienda familiar de forma similar a las previsiones del art. 1320.1 del Código Civil introducido con la reforma de 13 de mayo de 1981. Aragón, Cataluña y Navarra tiene regulaciones propias y detalladas y en el País Vasco no parece asumible, en este punto, supletoriedad alguna del Código civil. El Derecho gallego contiene una clara remisión al sistema de gananciales común y Baleares tiene una problemática muy particular como se va a ver.

La regulación más detallada, casi agotadoramente casuística, la tenemos en Cataluña. La Ley 9/1998, de 15 de julio<sup>24</sup>, que aprueba el Código de Familia de Cataluña, señala en su art. 9: «...*Artículo 9. Disposición de la vivienda familiar. 1. Con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial de aplicación, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, gravamen o, en general, de disposición de su derecho en la vivienda familiar o en los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Dicho consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgarse con carácter general. En defecto de consentimiento, el juez o jueza puede autorizar el acto, dado el interés de la familia o si concurre otra causa justa. 2. El acto efectuado sin el consentimiento o autorización que prevé el apartado 1 es anulable, a instancias del otro cónyuge o de sus hijos menores, si conviven en la vivienda, dentro del plazo de cuatro años desde que tengan conocimiento del mismo o desde su inscripción en el Registro de la Propiedad. 3. No procede la anulación cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso, si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda familiar, aunque sea manifestación inexacta. Sin embargo, el cónyuge que ha dispuesto del mismo responde de los perjuicios que haya podido causar, de acuerdo con la legislación aplicable. 4. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, no se precisa el consentimiento del otro cónyuge ni la autorización judicial para disponer libremente de lo que había sido vivienda familiar, salvo en caso de que el cónyuge no titular o los hijos tengan derecho al uso de la citada vivienda, a menos que la disposición se haga respetando este derecho...*». Debe destacarse en dicha regulación, la previsión de una norma

(24) BOE 198/1998, de 19 de agosto.

similar al art. 96.4 del Código Civil, con la peculiaridad, como más adelante se verá al hablar de uniones de hecho, de que en la Ley Catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, no se contiene la misma previsión para supuestos de ruptura al regular la disposición de la vivienda común para uniones heterosexuales en el art. 11 y para uniones homosexuales en el art. 28.

En Navarra la regulación es similar a la de art. 1320 del CC.,. La Ley 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho civil de Navarra redacta la Ley 55 de la siguiente forma: «... *Vivienda y ajuar.* — *Se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial para disponer inter vivos o sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda habitual del matrimonio o sobre el mobiliario ordinario de la misma, aunque pertenezcan a uno solo con carácter privativo. La manifestación errónea o falsa del cónyuge titular, respecto a no ser vivienda habitual, no perjudicará a terceros de buena fe...*».

La Ley 3/1992 de 1 de julio, del Derecho civil Foral del País Vasco, no contiene una norma especial de protección de la vivienda familiar pero mantiene en el art. 99 la previsión relativa al hecho de que «...*En la comunicación foral, los actos de disposición de bienes requerirán del consentimiento de ambos cónyuges. Si uno de los cónyuges se negara a otorgarlo, podrá el Juez autorizar la disposición si lo considera de interés para la familia. No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá, por sí solo, disponer del dinero o valores mobiliarios de los que sea titular*»; con lo que se mantiene la exigencia foral del consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición en comunicación foral de bienes.

En Galicia, y al margen de las previsiones que contenga la Ley 3/1997 de 9 de junio, de Protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia., la Ley 4/1995, de 24 mayo 1995. Derecho Civil de Galicia, no incluye medidas de protección de la vivienda familiar pero su artículo 112 señala que: «*El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será el de la sociedad de gananciales*», y su art. 3 dispone que: «...*Se aplicarán el Código Civil y las demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego. No serán de aplicación los usos y costumbres cuando fuesen contrarios a leyes imperativas*».

El caso más peculiar es el de Baleares. La Ley 8/1990, de 28 de junio, que modifica la Compilación del Derecho Civil Especial Balear<sup>25</sup>, si bien en su exposición de motivos expresa que, «*dando un paso más en la línea de progresividad mostrada por nuestras tradiciones jurídicas en esta materia, se han introducido en la normativa proyectada una serie de modificaciones inspiradas en la mayor protección de la familia y que, en definitiva, no son más que una consecuencia del principio fundamental de la obligación de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio...*»; no incorpora medida similar alguna al art. 1320 del Código Civil. Lo cierto es que su anteproyecto sí que contenía un precepto similar al art. 1320 del Código Civil pero al final no prospero la introducción de tal norma al interpretarse que sería la misma no adecuada al tradicional sistema de separación de bienes balear. Con ello ahora y señalando el art. 3 de la Compilación que «*el régimen conyugal será el convenido en capitulaciones, formalizadas en escritura pública, antes o durante el matrimonio, y, a falta de ellas, el de separación de bienes. 2. En dicho régimen cada cónyuge está facultado para realizar cualesquiera actos o negocios de dominio, administración, disfrute y disposición de sus bienes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente*»; es notorio que el cónyuge titular de la vivienda podrá disponer de ella sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge si su régimen

(25) Es el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 septiembre 1990, el que aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil.

matrimonial es el legal de separación de bienes. De hecho, si bien la sentencia de 4 de febrero de 1998 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sí declaró aplicable en Baleares el art. 1320 del Código Civil, la citada resolución fue revocada por la sentencia del Tribunal superior de Justicia de Baleares de 3 de septiembre de 1998 que descartó la aplicación en Baleares del art. 1320 del Código Civil, por ser norma extraña al Derecho balear e inaplicable en tanto de lege ferenda no se incorpore al mismo.

## VI. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE RUPTURA MATRIMONIAL

### 1. Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial

#### 1.1. Naturaleza jurídica del uso

En los casos de atribución del uso del domicilio familiar del art. 96 del Código Civil en las situaciones de crisis, se plantea el problema de la naturaleza del uso resultante de la aplicación del art. 96 del Código Civil, tema sobre el que la controversia doctrinal y jurisprudencial no ha parecido tener fin<sup>26</sup>. Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 que *«hoy en día, ..., no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad cuya extensión y límites viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario Registral»*. Igualmente, parece segura la doctrina del TS que se refleja en sus sentencias de 27 de diciembre de 1999 y 28 de marzo de 2003, que cita a la anterior, resultando configurarse tal derecho de uso como oponible a terceros, accesible al Registro de la Propiedad y constitutivo de carga que pesa sobre el inmueble, que no se extingue en caso de enajenación por ejercicio de la actio communi dividundo<sup>27</sup>.

Resultan abundantes las disposiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al carácter o no de derecho real del uso, pero, en definitiva, tal y como declara la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 25 de octubre de 1999: *«Sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación*

(26) Ese Derecho de uso se configura con los caracteres de los derechos reales aunque con una naturaleza «sui generis», ya que no es una carga que pese sobre el inmueble (STS 23 de diciembre 1993) ni que en sí mismo tenga naturaleza de derecho real (SAT 29 abril 1994), siendo en consecuencia, un derecho de naturaleza especial (SAT 11 diciembre 1992) oponible a terceros y accesible al Registro de la Propiedad. Un derecho limitado en cuanto a su contenido y duración (STS 20 de abril de 1993), puesto que esta afectado de temporalidad (STS 8 octubre de 1984). Es un derecho personal (artículo s 90 y 96 CC) que no permite arrendar o ceder el uso total (sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 18 de septiembre de 1991, sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 24 octubre 1996). Un derecho que se atribuye al cónyuge de forma que si fallece se extingue tal derecho (sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 8 noviembre 1999). Se trata de un derecho que debe ser ejercitado, y el no uso representa cambio de circunstancias que justifica el cese del derecho (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 enero 1990) al no existir interés protegible. Se trata de un derecho que puede ser inscrito tanto como medida cautelar (artículo 103.2ª CC) como por inscripción de la Sentencia que lo atribuye (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 octubre 1999), oponible a terceros pero que no puede ir en fraude o perjuicio de acreedores que lo eran antes de que se constituyera el derecho de uso —de ahí la conveniencia de su inscripción registral— ni puede limitar los derechos de otros titulares que no son parte en el proceso matrimonial.

(27) Algo que, desde luego, suele impedir no sólo encontrar licitadores extraños a las partes sino un justo precio en la subasta por la carga añadida del uso y la incertidumbre de su duración, que sólo puede cuestionarse por la anómala vía de dar entrada en el proceso de familia a tercero adjudicatario que pretenda atacar la vigencia de tal uso.

a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos «erga omnes», por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido, por el artículo 34 de la L.H. (Ley Hipotecaria), que haría perder tal uso al cónyuge a quién se hubiera atribuido». Por otro lado, Blanco Urzaiz, sostiene que el problema a resolver estriba en «cuál es el mecanismo adecuado para la protección del derecho de uso y consolidar así la eficacia que respecto a terceros le otorga la jurisprudencia del T.S. y, por tanto, si el Registro de la Propiedad es instrumento adecuado para tal fin. No es la primera vez que el Registro de la Propiedad pública determinados derechos, por ejemplo, la opción o el derecho de arrendamiento, donde dicha institución se revela útil para la protección de los mismos, desde la intención de atribuir una eficacia erga omnes a pesar de que, en el campo de la doctrina, no está claro su carácter personal o real».

Es importante citar en este epígrafe la reciente Resolución de 20 de febrero de 2004 de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto califica este derecho como familiar. Dicha resolución se aparta de doctrina anterior que consideraba al derecho de uso, en estos casos, como un derecho real con clara eficacia erga omnes (Resolución de 1 de septiembre de 1998), y considera que el derecho de uso atribuido en los supuestos de crisis matrimonial, no tiene la naturaleza de los derechos reales, pues la distinción entre derechos obligacionales y reales es propia de los derechos patrimoniales y señala que de lo que aquí se trata es de un derecho de carácter familiar. Por ello, añade la indicada Resolución, no es exigible la fijación de un plazo máximo de duración del derecho de uso que, además, concluirá, en todo caso, con la vida de su titular, siendo, por otra parte, susceptible de revocación por la autoridad judicial.

## **1.2. Derecho de uso y actio communi dividundo**

Debe aquí recalcar que son compaginables y no contradictorios el derecho que otorga a todo propietario el art. 400 del Código Civil con el uso judicial del art. 96 del Código Civil. En este punto, señala la sentencia del T.S. de 27 de diciembre de 1999, en un supuesto en el que, en el divorcio se atribuyó a la esposa el uso del domicilio familiar, con constancia de que posteriormente se aprobó la liquidación de la sociedad de gananciales, atribuyéndose a cada uno de los ex cónyuges el 50% de la vivienda ejercitándose por el esposo la acción de división de la cosa común, que: «...aun cuando es cierto que la sentencia de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las sentencias de 22-12-1992, 20-3-1993, 14-7-1994 y 16-12-1995, con arreglo a las 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 (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó...». En esta línea, señala la sentencia del T.S. de 28 de marzo de 2003, en caso de atribución del uso a la esposa del domicilio familiar en el proceso de separación de vivienda familiar adquirida durante la vigencia del matrimonio en común y por mitades indivisas, instándose después el cese y división de la Comunidad, que: «... El mandato judicial atributivo del uso no puede dejarse de lado, ni tampoco actúa como prohibitivo de la cesación y división de la comunidad, y es la disposición de la vivienda la que resulta condicionada por el uso judicial, ya se considere el uso como derecho o carga real o dotado de proyección eficaz “erga omnes”, pues esta situación ha de mantenerse indemne en tanto subsis-

tan los presupuestos que determinaron su atribución, en este caso al cónyuge cotitular. La jurisprudencia de esta Sala así lo ha entendido (Sentencias de 22-9-1988, 11-12-1992, 20-5-1993, 16-12-1995 y 16-2-1998. Se ha de distinguir el supuesto contemplado en el número cuarto del artículo 96 del Código Civil, que refiere a vivienda ocupada por cónyuge no titular, del supuesto, que corresponde a este pleito, en el que la vivienda resulta de la propiedad común de los ex-cónyuges, al que ha de aplicarse el artículo 400 del Código Civil, pero respetando la ocupación judicial decretada y mantenida». En esta misma línea se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de abril de 2003, que en proceso de modificación de medidas, no cambia la atribución del uso del domicilio familiar, toda que vez que mantiene el derecho de uso frente al ejercicio de la acción de división de la cosa común, señalando que «la situación de que la acción de división fuera ejercitada por la propia demandada que convive con la hija común de 17 años, no es óbice para la aplicación de la aludida doctrina ni puede afirmarse que sea contraria su actuación a los principios de la buena fe ni se incide en un ejercicio abusivo del derecho»<sup>28</sup>. Sobre cuestión similar se vuelve a hablar en el apartado 4.8 referido a la compatibilidad entre el derecho de uso y la liquidación del régimen económico matrimonial.

Existen, en todo caso, resoluciones judiciales que, resolviendo casos muy particulares, llegan a soluciones diversas. Así, la sentencia del T.S. de 3 de mayo de 1999, nº 360/1999, cuando en un supuesto en el que en el convenio regulador, y sobre la vivienda familiar, se había acordado que seguiría perteneciendo pro indiviso a ambas partes aunque el uso se daba a la esposa, cuando en ejecución de sentencia de divorcio se insta la liquidación de la sociedad y se acordó por la Audiencia que se vendiera la finca en pública subasta, el T.S. asume que no cabe la venta en pública subasta de la vivienda familiar con admisión de licitadores extraños en atención al solo dato del uso atribuido a la esposa por convenio regulador. Parece que el T.S. asume que si en convenio se ha pactado que la vivienda siga en pro indiviso y con el uso adjudicado a la esposa, ello es pacto que prevalece sobre el art. 400 del Código Civil.

Por su especial trascendencia, hemos de referirnos ahora al ejercicio de la «actio comuni dividundo» en los supuestos de situaciones de proindivisión con extraños, bien se trate de proindivisión de uno o ambos cónyuges con otro u otros extraños. En situaciones de normalidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado sostiene que: «El art. 1320 se aplica sólo cuando el derecho que se transmite puede servir de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual, lo que no ocurre cuando en el proindiviso concurren extraños ajenos a la relación matrimonial» (Res. 10-11-1987 y 27-06-1994)<sup>29</sup>. En situación de crisis habremos

(28) Señala la indicada sentencia que: «...Dice el T.S. (S. 23-1-1998 TS 1ª 23-01-98) que el uso del domicilio familiar es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela e igualmente el T.S. ha declarado (S. 20-III-1993, S. 22-XII-1992 TS 1ª y 14-VII-1994 TS 1ª) que una cosa es el derecho contenido en el artículo 96 párrafo 1º CC y otra bien distinta la acción ejecutada al amparo del artículo 400 del Código Civil y que cualquiera que sea el efecto extensivo o permisivo que pueda darse a la «actio comuni dividundo» no puede olvidarse que ese derecho divisorio subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una normativa específica que a acontecido a resultas del proceso de separación (C IX. T IV, L1 artículo 90 y siguientes del Código Civil) sin que por ello se pueda afectar ni erosionar el mantenimiento del derecho así reconocido en la tutela de la situación familiar devenida tras la separación de los cónyuges, en dichas resoluciones el Tribunal Supremo ha mantenido el derecho al uso que recoge el artículo 96,1 del Código Civil siempre que se den dichos requisitos sin perjuicio de la acción de división de cosa común planteada, habiéndose adjudicado la vivienda (caso de la S de T.S. 14-VII-1994) a uno de los cónyuges. La situación de que la acción de división fuera ejercitada por la propia demandada que convive con la hija común de 17 años no es óbice para la aplicación de la aludida doctrina ni puede afirmarse que sea contraria su actuación a los principios de la buena fe ni se incide en un ejercicio abusivo del derecho (artículo 7 del Código Civil), por todo ello procede la confirmación de la Sentencia apelada sin que el inciso relativo a la adición en los hechos probados de la asistencia a la subasta de terceros tenga trascendencia alguna para la resolución del recurso (artículo 448 Ley de Enjuiciamiento Civil)».

(29) En los supuestos en que la acción de división de cosa común la pudiera tener un tercer copropietario del inmueble, se señaló en los IV encuentros del Foro («Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar en Aragón»,

de plantearnos si el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» ha podido quedar matizado por la especial protección del interés familiar, es decir, si el art. 400 del Código Civil podrá verse afectado por el párrafo 4º del art. 96, bien entendido que partimos siempre de un inmueble (vivienda familiar) no divisible físicamente (no siendo aplicable a una vivienda dividida horizontalmente ni a una finca sobre la que existiese un régimen de propiedad separada especial derivado por ejemplo por la constitución de un derecho de superficie) siendo indiferente que pertenezca en copropiedad a ambos exclusivamente, o bien con uno o varios extraños, o al cónyuge no beneficiario de la atribución del uso y a una o varias personas extrañas al matrimonio.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de la «*actio communi dividundo*», pero en líneas generales podemos considerarlo como un acto de disposición, ya que requiere la misma capacidad. Y como, en definitiva, dentro de los actos de disposición del art. 96 estarían todos aquellos que signifiquen disposición del «*ius utendi*», habrá que analizar si el ejercicio de la acción acarreará la extinción del uso. El C.C. dispone en el art. 405 que la extinción de la comunidad no determinara cambio alguno en el derecho de un tercero sobre la comunidad en perjuicio de éste, sino que subsistirá a pesar de la división. Es decir, que todo derecho de tercero permanecerá intacto frente a la división. Debemos pues estudiar si el uso concede al cónyuge beneficiario el carácter de tercero frente a la comunidad, y en consecuencia no le afectará la división, o si por el contrario sólo se le atribuye un derecho derivado de aquel que ostentaba el cónyuge titular y en consecuencia no gozará de derecho alguno y la división se ejercerá en su perjuicio.

Si seguimos las últimas corrientes que configuran el uso como un derecho personal derivado de aquél que tenía el cónyuge no beneficiario, y sin mayor extensión que éste, habrá que concluir que el cónyuge beneficiario no ostenta ningún derecho frente a la comunidad de la que el cónyuge titular forma parte, y ni se trata de tercero frente a la comunidad, por lo que el ejercicio de la acción de división provocaría la extinción de la atribución del uso.

No podemos olvidar la imposibilidad de que la sentencia matrimonial afecte a quienes no han sido ni podido ser parte procesal en un procedimiento de divorcio, separación o nulidad. El derecho concedido al cónyuge beneficiario no debería tener más alcance que el que ostenta frente a extraños el cónyuge no beneficiario. Por ello, en los casos en que se adjudique el uso sobre un bien cuya titularidad no sea matrimonial o sobre la que confluayan en todo o en parte extraños, los profesionales que intervienen en el procedimiento deberían aconsejarles bien la constitución de un derecho real típico de acuerdo con el condómino extraño a la relación matrimonial, o bien que se clarificara cual es la relación: precario, comodato, arrendamiento.... que une al condómino extraño con la ocupación de la vivienda por parte el matrimonio en crisis. En estos casos, el uso dependerá de cada uno de los derechos sobre los que se asienta, de modo que extinguido el precario, comodato, arrendamiento... el uso llegará a su fin sin perjuicio de poder solicitarse judicialmente la modificación del convenio regulador o de las medidas adoptadas por modificación de las circunstancias.

---

por D. Alfredo Sánchez-Rubio García, D. Gonzalo Gutiérrez Celma y D. Francisco Curiel Lorente), que éste era un supuesto en el que el derecho de uso nacido de un litigio matrimonial al que es ajeno, no puede gravar su cuota indivisa ni entorpecer el ejercicio de la *actio communi dividundo*, como entendió la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 16 de octubre de 1992, en la que el hermano del marido, copropietario de los cónyuges de la vivienda en cuestión, ejercita con éxito la acción de división de la cosa común, tras la crisis matrimonial y la adjudicación del uso de la vivienda a su cuñada, el cual, estima la Audiencia referida, no puede prevalecer frente a él. Toda *actio communi dividundo* integra un acto dispositivo y por ello, en estos casos, se debe analizar si el ejercicio de la acción, acarreará la extinción del uso.

Tratándose de copropiedad con condóminos extraños, estos no podrán resultar afectados por una sentencia matrimonial a la que son ajenos. En este caso, el ejercicio de la acción determinará la extinción de la atribución del uso. En estos casos, en situaciones de crisis, podríamos recurrir a la doctrina del «litis consorcio» pasivo necesario de ambos cónyuges para que al cónyuge beneficiario se le dé traslado de la demanda y siendo notificado, pueda garantizar su audiencia en un procedimiento que le afecta y facilitarle así el posterior ejercicio de acciones anulatorias o de modificación de medidas matrimoniales. También, permitirle alegar en el procedimiento de división posibles confabulaciones entre el cónyuge cotitular y los otros condueños. En los supuestos de copropiedad con extraños, si la acción fuese ejercitada por el extraño, al cónyuge beneficiario no condueño sólo le cabrá la acción a la que se refiere el art. 403... Es decir, la impugnación de la división hecha sin su concurso al no haberle sido notificada la interposición de la demanda. Lo cierto es que en estos casos no esta garantizada la continuidad del uso.

Apuntar, finalmente, un caso muy peculiar (por la solución final), resuelto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Zaragoza, de fecha 7 de abril de 2004, nº 93, en el sentido de no considerar posible la división, con venta en pública subasta, de la vivienda de protección oficial, por existir cantidades aplazadas pendientes de pago<sup>30</sup>.

### 1.3. Criterios orientadores de atribución

La atribución del derecho de uso tiene dos objetivos: En caso de haber hijos, el interés de los hijos y, en otro caso, el interés más necesitado de protección.

#### 1) Interés de los hijos

Para la atribución del derecho de uso se tiene en cuenta a los hijos menores pero no es a ellos a los que se confiere el derecho de uso (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 29 de julio 1998). En relación a la indicada protección de los hijos, la doctrina y jurisprudencia, mayoritariamente, mantienen que se refiere a los hijos comunes y que la legislación no tiene en consideración a los hijos no comunes aunque convivan en la vivienda familiar<sup>31</sup>. En el caso de crisis familiar, el criterio orientador para la atribución del derecho de uso debe ser (tema principal de la reforma de la Ley 30/1981) la protección integral de los hijos comunes. Éste debería ser voluntariamente el norte de los acuerdos entre los progenitores, pero en caso de desacuerdo, el artículo 96 del Código Civil zanja la diferencia y establece que el uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. El artículo 96 del Código Civil, en principio, parece que sustrae, en este supuesto, de la discrecionalidad del Juez la decisión (sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 13 de marzo 1995), aunque cabe que ese criterio tenga excepciones en casos muy especiales (vide S.A.T. de Bilbao de 24 de abril 1985) y que, como establece la Audiencia Territorial de Barcelona en su Sentencia de 10 de diciembre de 1985, si bien la parte más necesitada suele

(30) Allí se planteó una actio communi dividundo respecto a una vivienda de protección oficial de promoción pública. En el convenio de la separación se liquidó el haber consorcial y se atribuyó la mitad pro indiviso de la vivienda a cada cónyuge, siendo posteriormente la esposa, que no usa la vivienda aunque sí paga por mitad el precio aplazado de tal vivienda, la que insta la acción divisoria. La sentencia se plantea la incidencia que tiene en el ejercicio de la acción divisoria la prohibición legal de transmisión de la vivienda calificada cuando en el caso relatado se pactó un pago aplazado del precio de la vivienda en 25 anualidades y llega a la conclusión de que *aun siendo procedente en abstracto la extinción del condominio, no es posible la división en la única forma operativa que es la prevista en el art. 404 del Código Civil, venta en pública subasta, tal y como ha pedido la parte demandante, pues ello sólo puede tener lugar, en su caso, una vez se paguen las cantidades aplazadas.*

(31) Vide sentencia del T.S. 22 septiembre 1988 y 16 diciembre 1996, sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 5 de noviembre 1999 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 2 de febrero 1999.



situarse, por razón de la minoría de edad, en los hijos, el Juzgado debe actuar con la máxima discrecionalidad, en el sentido trascendente de lo «procedente», aun más allá de la posible premisa estrictamente normativa, basándose en la enorme desproporción de los medios y que de enmarcarse siempre en la figura de los hijos, podría conducir —y ello es de fácil imaginación—, a situaciones absurdas y excesivamente duras e improcedentes<sup>32</sup>. Como indica la Sentencia de Audiencia Provincial de Álava de 8 de marzo de 1999, la aplicación a ultranza de la norma por la que, a falta de acuerdo, la vivienda familiar debe ser destinada al uso del cónyuge en cuya compañía queden los hijos, debe ser matizada y circunscrita a la ineludible concurrencia de una necesidad perentoria e inmediata como presupuesto básico, de tal forma que, si tal necesidad no se da por estar cubierta de otra forma razonable y digna, que, además, permite respetar la intimidad y deseo de vida independiente, ineludiblemente decae la premisa básica asociada al efecto de la norma. Pueden existir otros intereses más necesitados de protección —salud, por ejemplo— en cuyo caso carece de fundamento la presunción del artículo 96 del Código Civil (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 23 marzo 1996). Una redacción tan escueta como la del artículo 96 del Código Civil, sirvió la polémica desde el principio, y mientras una corriente doctrinal y jurisprudencial sostenía que la atribución se refiere exclusivamente a los hijos menores, otra opinaba que se refiere a hijos «menores y mayores», y otra establecía que no se extingue el derecho de uso cuando los hijos llegan a la mayoría de edad en tanto subsista la obligación de alimentos (SAT Zaragoza 22 de abril 1988). Hay quien considera que la atribución del uso del domicilio familiar es una prestación de carácter alimentario (Rodríguez Chacón, García Rubio, sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 8 de noviembre de 1999) o del sostenimiento de los hijos sin distinguir entre mayores y menores de edad<sup>33</sup>. Para otros, el derecho de uso de la vivienda familiar esta referido, en el artículo 96 del Código Civil, a la protección del menor (especialmente protegido por la Convención sobre los Derechos del niño, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y por el artículo 39 de la Constitución Española), mediante el mantenimiento del entorno en el que ha vivido<sup>34</sup>, debiendo quedar reducido el ámbito del artículo 96.1 CC a los hijos menores<sup>35</sup>. En lo que no hay discusión posible, es en el hecho de que para enervar la presunción de necesidad de un hijo menor de edad, hace falta una prueba contundente, señalándose finalmente, respecto a hijos mayores de edad, que deberá tenerse siempre presente el contenido del art. 93 del Código Civil referido a alimentos, pues la concesión del derecho de uso no deja de ser una forma de contribución en especie, de importe muy elevado, para ayudar al mantenimiento de los hijos.

Tampoco hay que olvidar la posibilidad de acuerdo en estos supuestos y por ello, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 25 de marzo de 2002, nº 199,

---

(32) Vide S.A.T. Madrid 8 noviembre 1988, S.A.T. Barcelona 8 de mayo 1989 y sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 23 de marzo 1998.

(33) Vide S.A.T. Cáceres 16 de noviembre de 1988, SAP Burgos de 11 de abril de 2000, SAP Zaragoza de 7 de abril 2000, SAP Barcelona de 17 enero 2000, o Autores como Roca y Trías, Artigas Porta, etc.

(34) Vide S.A.T. Bilbao 17 de diciembre 1985, S.A.T. Castellón de la Plana 20 de abril 1998, sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 5 octubre 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 23 marzo 1999, sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 21 de enero de 2000 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3 febrero 1997.

(35) Vide Zanón Masdeu, Reina Bernáldez, Gitrama González, López-Muñiz Goñi, García Antero, Del Olmo Guarido, y Sentencias, entre otras muchas: SAT Bilbao 17 diciembre 1985, SAT Barcelona 14 de baril 1988, SAT Granada 14 de enero 1987, sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 28 octubre 1989, sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 21 diciembre 1992, sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 17 mayo 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 10 febrero 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 9 de marzo 1999, sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 17 febrero 2000 y se puede desprender del Auto 200/19904 del Tribunal Constitucional). Aunque se comprenda como menores a los incapacitados.

de la sección cuarta, recalca que el uso regulado en el art. 96 del Código Civil corresponde a los hijos, pero en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez.

Un caso peculiar es aquel en el que la custodia se otorga a terceros, normalmente los abuelos de una u otra parte, en cuyo caso se suele considerar que si los menores van a vivir al domicilio de los terceros custodios, se puede omitir el pronunciamiento sobre la vivienda familiar respecto a los esposos<sup>36</sup>, o bien, se aplica el art. 96.3 del Código Civil como si se tratara de un matrimonio sin hijos<sup>37</sup>, naturalmente todo ello en caso de que el tercero guardador no quiera o no necesite el uso de la vivienda familiar, en cuyo caso lo tendría.

## 2) *El interés del cónyuge más necesitado de protección*

No habiendo hijos, el tema se dirime mediante la decisión discrecional judicial, valorando los intereses a proteger y las circunstancias del caso. Si la vivienda es privativa, lo normal sería que, si no hay hijos, quedara a disposición del titular<sup>38</sup>, pero pueden existir circunstancias que justifiquen la excepción a esta regla (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 31 de marzo 2003) y, así, esa protección especial, a veces, se cifra en la diferencia de capacidad económica, especialmente por la diferencia de ingresos (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de marzo 2000) o por la diferencia de patrimonio<sup>39</sup>, o por el estado de salud (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1 septiembre 2000 y sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 28 de abril 2000) o por las aportaciones a la vivienda familiar (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 25 de octubre de 1989) o por lo que el Tribunal Supremo denomina, para la adjudicación temporal del uso del domicilio familiar (Sentencias de 16 de diciembre de 1996, o 10 de marzo de 1998), «derechos del conviviente más necesitado», algo que depende de circunstancias personales y socioeconómicas, existiendo situaciones de hecho a sopesar en cada caso concreto. Algún sector doctrinal ya indica que para corregir desequilibrios, existen sistemas de compensaciones y pensiones, sin tener que acudir a «arrebatar coactivamente al titular de la vivienda su facultad de usar dicho inmueble». Otras «circunstancias» a tener en cuenta para la concesión del derecho de uso pueden ser el trabajo desempeñado en la vivienda por uno de los cónyuges o el estado de salud (por ejemplo, un caso de ceguera estudiado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de septiembre de 1993). En general, en ausencia de hijos comunes o cuando sean independientes, la atribución a uno u otro de los cónyuges, no se puede prorrogar, salvo casos excepcionales, de forma indefinida, por cuanto el derecho de uno entraría en colisión con los legítimos derechos del otro, y si existiera asignación sin límite temporal, podría verse frustrado, en la práctica, el derecho a un reparto efectivo y no meramente nominal por cuotas ideales de los bienes comunes, y se transgredirían los derechos que, en cualquier otro caso, reconocen los arts. 392 y siguientes del CC, y en especial el instar la división de la cosa común, sancionado en el artículo 400 CC (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2001).

La evitación de problemas prácticos suele ser, también, un factor importante de la decisión. La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de enero de 2000, en caso

(36) Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 1993, de Valencia de 8 de abril de 1993 y de Santander de 18 de marzo de 1997.

(37) Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 15 de julio de 1986 y sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 24 de noviembre de 1992.

(38) Vide sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 12 febrero 1992, sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo 5 de enero 2001 y sentencia de la Audiencia Provincial de Álava 24 de enero 1996.

(39) Vide sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona 28 de junio 2000 y sentencia de la Audiencia Provincial de León 8 febrero 2000

donde se concedió el uso al esposo, no existiendo hijos en el matrimonio, al tratarse de inmueble que el esposo compró antes del matrimonio y siendo el esposo el que iba a pagar la hipoteca, declara que ello, *evitará problemas derivados de la eventual ocupación de la vivienda por personas que nunca hayan tenido relación familiar con su propietario.*

*Un supuesto también muy particular, es el de la vivienda ocupada por razón de cargo, profesión u oficio.*— Hay teorías y antecedentes jurisprudenciales que admiten la posibilidad de atribuir judicialmente su uso (sin perjuicio del derecho del titular, sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 1 septiembre 1999) al cónyuge del que ocupaba la vivienda por razón de trabajo e, incluso, hay alguna resolución que se pronuncia eliminando la facultad de desahuciar (sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel 14 mayo 1997). El criterio jurisprudencial mayoritario es el de que se puede hacer asignación del uso pero que ello no afecta al derecho del titular (que no es parte en el proceso matrimonial), puesto que el propietario no puede resultar perjudicado ya que no ha sido parte en el proceso matrimonial o se ha tratado de una cesión personalísima.

En cuanto a los límites temporales de la concesión del uso cuando no hay hijos menores ni dependientes, es materia que es objeto de análisis detallado en otro apartado más abajo indicado.

#### **1.4. Formas de atribución**

*Mutuo acuerdo.*— Entre los contenidos del Convenio regulador, que posibilita una separación de las llamadas «consensuales», se encuentra, según el artículo 90 del Código Civil, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. Existiendo hijos menores, interviene —y voces autorizadas solicitan mayor intensidad de participación— el Ministerio Fiscal, quien puede mostrar su conformidad o discrepancia para que, en definitiva, el Juez resuelva, bien aprobando el convenio (artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) bien denegándolo en resolución motivada —si considera que es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los consortes—, lo que exigirá nueva propuesta, para su aprobación, si procede. Es evidente, que el procedimiento de ratificación del convenio, impide, prácticamente, que el Juzgador pueda percatarse de los sutiles factores que a veces intervienen en la elaboración de un convenio y valorar si el acuerdo sometido a su aprobación perjudica realmente a uno de los consortes que lo ha firmado y, en la tierra del «Pacta Sunt Servanda», lo ratifica a su presencia. No es infrecuente que un conviviente se eche atrás de lo pactado y no lo ratifique. En tal caso no hay convenio ratificado y aunque el juzgador suele valorar el acuerdo al que se llegó (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 13 de marzo 1998), no le vincula (sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 11 de mayo 1998). Al igual que cada vez se establece con más claridad el momento en que termina el uso por llegada a la mayoría de edad de hijos o por dejar de estar los hijos bajo la dependencia económica o la compañía de los padres, etc., también son más frecuentes, cada vez, la cláusulas de adjudicación temporal del uso que, una vez aprobadas judicialmente, son obligatorias.

*Contenciosa.*— Cuando hay causa para la separación, divorcio o nulidad de matrimonio y no hay acuerdo entre los cónyuges para regular sus relaciones futuras, o no son aprobados los acuerdos recogidos en el convenio sometido a la aprobación judicial (artículos 91 y 96 del Código Civil), la situación de crisis se ha de resolver judicialmente, aunque no exista petición de parte. En estos procesos, se dan elementos de «ius cogens» que exigen un pronunciamiento del Juzgador, aunque ninguna parte lo haya solicitado (sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 2 abril 1996) por derivar y ser instrumento al servicio del derecho de familia (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1984 de 10

de diciembre y Auto de 28 de enero 1987). La intervención judicial para decidir sobre la vivienda familiar, bien en procedimiento de medidas provisionales de separación, reguladas en el artículo 771 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien a través del proceso ordinario, debe estar presidida por lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, que determina que «*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*». Y se añade «*Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente*». En suma, se diferencia nítidamente entre el supuesto de existencia de hijos (en este caso no se habla de hijo menores) y el caso de no existencia de hijos. Se trata de un precepto que alguna Sentencia lo ha considerado «disposición legal imperativa que no deja opción al Tribunal» (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 29 febrero 1992) aunque el Juzgador puede tener en cuenta circunstancias excepcionales que desvíen de los hijos el «interés más necesitado de protección» (sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 3 de septiembre 1993), como puede ser el ejercicio de la profesión (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 17 de noviembre de 1989), la salud, etc. No habiendo hijos —establece el artículo 96 del Código Civil— *podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponderá al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*. En suma, en aras del interés más necesitado de protección y por tiempo prudencial, sea cual sea el propietario, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar a un consorte u otro en función de los criterios antes ya indicados.

### **1.5. Actos de disposición sobre la vivienda familiar en situaciones de crisis**

Se trata de analizar de qué manera se verán afectadas las facultades dispositivas de los cónyuges sobre sus derechos en el hogar de la familia, cuando el uso ha sido confiado a uno solo, ya en fase de medidas provisionales, ya en fase de medidas definitivas.

A.— *En fase de medidas provisionales, sean éstas de carácter previo (artículo 104 Código Civil) o propiamente provisional (artículo 103.2 Código Civil), no hay duda en cuanto a que ninguno de los cónyuges puede disponer individualmente de los derechos que en ella le correspondan, hayan o no sido beneficiados con la atribución del uso. Así, mientras se sustancia el juicio de separación, nulidad o divorcio, o incluso antes de su inicio en fase de medidas previas, lo cierto es que el matrimonio continúa vigente y los cónyuges mantienen su carácter, por lo que no puede recurrirse todavía al artículo 96.4 del Código Civil, reservado únicamente para aquellos casos en que la situación de divorcio, separación o nulidad ya ha sido decretada y se ha asignado la ocupación definitiva de la vivienda a una de las partes. La norma a aplicar será la contenida en el artículo 8 de la Ley Aragonesa. Si el hogar es de naturaleza consorcial, la protección viene a acumularse a la que se deriva del régimen de comunidad. Por el contrario, si se trata de un bien privativo, y es asignado al cónyuge no titular, es evidente que no pueda disponer sin el asentimiento del otro cónyuge, pero... ¿qué ocurre si el bien es asignado precisamente a su titular? ¿Podrá disponer libremente? En principio, podría pensarse que coincidiendo titularidad dominical y uso nada obstaría a que éste dispusiese individualmente, pero no puede ser ésta la solución, ya que en la mencionada fase la medida de asignación del uso es meramente transitoria, y no estando disuelto el régimen matrimonial la vivienda sigue teniendo un potencial carácter familiar. Es por ello que resulta recomendable, en todo caso, y especialmente en derecho aragonés, la constancia registral de la demanda (art. 102,2º del Código Civil) que afecta a la crisis y del Auto de medidas que dispone provisionalmente la atribución del uso. Aunque en Aragón el Instituto del Expectante ejerce una especial protección, no podría dejar de ocurrir que tratándose de un bien privativo del cónyuge, tanto adquirido*

antes como después del matrimonio, cuyo uso se adjudicó al otro en fase de medidas preventivas, sin que las mismas se reflejasen registralmente, pudiera el cónyuge titular no beneficiario del uso comparecer en Notaría presentando demanda de separación de la que no resultase «el mantenimiento del expectante mientras el matrimonio subsistiese» (art. 94 Ley Aragonesa) y proceder por sí solo a la venta con la sola manifestación de que la misma no constituía vivienda familiar (art. 8.3 Ley Aragonesa). La consecuencia de ello sería que el adquirente a título oneroso y de buena fe quedaría protegido. Si no recurriese el titular a la argucia de presentar la demanda en la que no se contuviese salvedad en cuanto al expectante, siempre y por existencia de la viudedad, sería precisa la presencia del otro cónyuge, pero la sola comparecencia producirá por aplicación del art. 98.2 de la Ley Aragonesa la extinción del expectante. En la práctica notarial y registral un sector amplio plantea que si en estos casos la comparecencia del cónyuge del titular implica un asentimiento en cuanto a la venta y su renuncia tácita, ¿no podría por el solo hecho de comparecer implicar el consentimiento al que se refiere el art. 8 de la Ley? De la conjugación de ambos preceptos resultaría que la comparecencia de los cónyuges siempre extinguirá el derecho expectante, pero sería necesaria una manifestación expresa en torno al carácter familiar de la vivienda. Consecuencia de lo anterior, un sector profesional entiende que la comparecencia de ambos cónyuges implica no sólo extinción del derecho expectante sino también el consentimiento a la venta de la vivienda familiar. De cualquier modo, no parece posible que pudiera prosperar en los tribunales una demanda del ex cónyuge argumentando su desconocimiento sobre el carácter familiar de la vivienda. Quizá pudiéramos pensar en la doctrina mercantil que no admite demandas de impugnación de acuerdos sociales en aquellos casos en que habiendo comparecido el socio en la junta, no manifestó su oposición a los mismos.

B.— *En fase de medidas definitivas.* Aunque el artículo 96.4 del Código Civil parece referirse exclusivamente a un bien privativo, al hablar de su atribución al cónyuge no titular, lo cierto es que nada excluye que pueda tratarse de un bien que hasta la sentencia de nulidad, separación o divorcio goce de naturaleza consorcial. Lo que ocurre, es que el inciso 4 del artículo 96, parte de la base de que, habiéndose disuelto el régimen matrimonial, la masa de bienes debe haberse liquidado, por lo que necesariamente una de las partes detentará la propiedad exclusiva de la vivienda. Sin embargo, la realidad demuestra que es posible que, a pesar de la disolución del matrimonio y el régimen económico, no se haya producido la liquidación de la masa partible, con lo que la vivienda permanecerá en cotitularidad jurídica, pasando a ser un bien íntegramente de la comunidad postmatrimonial. Lo cual, como es evidente, no impide su asignación en uso a alguno de los esposos, resultando incuestionable que no podrá disponerse de la vivienda familiar así asignada, si no es con el consentimiento de ambas partes o en virtud de autorización judicial en su caso. Se requerirá el acuerdo de todos los titulares y, dándose esa unanimidad, el acto es plenamente válido, aun cuando no se haya liquidado la sociedad de consorciales; por el contrario, si tal unanimidad no se da y uno de los indivisarios dispone individualmente, el acto es nulo absolutamente (Sentencia Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1978, de 29 de abril de 1986 y 8 de julio de 1988). Si se trata de una vivienda que pertenece exclusivamente a uno de los cónyuges, cuyo uso se ha atribuido al mismo, no habrá disociación entre titularidad y uso, y por tanto el consorte titular adjudicatario podrá disponer con entera libertad de su derecho, a diferencia de lo que ocurre en fase de medidas preventivas en las que, a pesar de que el uso se atribuye al cónyuge titular, éste no puede disponer individualmente en atención a la fragilidad temporal de la medida.

No contiene el artículo 96 del Código Civil una sanción especial del modo de la contenida en el artículo 8.3 de la Ley Aragonesa o del propio 1.320 del Código Civil, lo que

en opinión de la doctrina mayoritaria no impide aplicar la sanción de la anulabilidad (tal cuestión ha sido muy debatida, en todo caso, en la doctrina y la jurisprudencia<sup>40</sup>, pareciendo más certera la tesis de la anulabilidad, ya que, si bien el artículo 96.4 no prevé el supuesto del adquirente de buena fe, como hace el artículo 1.320 y 8 de la Ley aragonesa en situación de normalidad, ello no quiere decir —según expone en la doctrina Fosar— «que no se garantice el derecho de los terceros sino que lo que ocurre es que es la buena fe será de difícil configuración en atención a que el derecho de ocupación del cónyuge no titular del inmueble tiene consistencia y caracteres de un derecho real, y es el Registro de la Propiedad el que debe y puede publicar el acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente o la resolución judicial adoptada en sentencia o en ejecución de sentencia de nulidad, separación o divorcio»). La sanción aplicable al incumplimiento del párrafo 4 del artículo 96 debemos buscarla en el artículo 1.322 del Código Civil, que sanciona con la anulabilidad los actos otorgados por uno solo de los cónyuges, ahí donde la Ley exige el consentimiento de ambos. Otro tema será el cómputo del plazo de caducidad de la acción de invalidez. De conformidad con el artículo 1.301 del Código Civil, el plazo será de 4 años, pero puesto que el art. 1.301 está pensando en actos que han sido celebrados durante la vigencia del matrimonio, en los supuestos de actos realizados en situaciones de crisis matrimonial el plazo comenzará desde el día en que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento efectivo del negocio dispositivo, pues la caducidad no puede comenzar antes de que nazca la acción de invalidez (art. 1.969 del Código Civil). Éste es el criterio por el que opta el legislador aragonés en situaciones de normalidad (artículo 8).

Así de preceptos tales como:

— La Disposición Adicional 9 de la Ley de 7 de junio de 1981.

— Artículo 42.10 Ley Hipotecaria en relación con el artículo 103.2 y 104 del Código Civil.

— Arts. 771 y ss L.E.C. (así el plazo de 30 días a que se refiere el apartado 5 del art. 771 de la L.E.C. no es obstáculo para la práctica de la anotación preventiva del derecho de uso de la vivienda o de la anotación preventiva de otras medidas y su subsistencia durante 4 años, sin perjuicio de que, transcurridos esos 30 días sin que se haya presentado la demanda, puede decretarse por el juez la cancelación de la anotación practicada).

— Artículo 91 del Código Civil (de donde resulta meridianamente claro que el juez podría ordenar la inscripción o anotación).

(40) Sobre el art. 96.4 del Código Civil, señala Rodríguez Chacón que tal prohibición de disponer implica técnicamente la nulidad del acto de disposición efectuado sin consentimiento o autorización, pues se trata de una norma imperativa que no da un efecto distinto de la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Tal autor dice que a pesar de que el 96.4 no contiene una precisión como la del 1320.2 Código Civil, en caso de acto no autorizado del art. 96.4, la nulidad del mismo no perjudicará al adquirente de buena fe por lo menos si adquiere de titular inscrito en el R.P. y el adquirente es 3º hipotecario, ya que por el 38 LH la transmisión sería inatacable a favor del adquirente de buena fe. Una forma de dar efectividad por ello al 96.4 del Código civil es pedir su anotación en el R.P. Para S. Espiau Espiau en la monografía «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», PPU, Barcelona 1992, por el contraste del art. 96 con el art. 1320 se infiere que el 96 determina, que sin perjuicio de la validez de la transmisión o acto de disposición, el derecho de uso permanece. Rodríguez Chacón no comparte tal conclusión y opina que «en buena hermenéutica, a partir de la previsión del art. 6.3 del Código Civil, al no establecerse efecto distinto para el caso de contravención del art. 96, la consecuencia debe ser negar la validez del acto de disposición en sí mismo, pues tal es la sanción prevista para los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas. Por su parte la sentencia del T.S. de 31 de diciembre de 1994 da una solución diferente. Encarna Roca Trías, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, editados por el Ministerio de Justicia, pág. 401, viene a sostener que el art. 96.4 se extiende tanto a los negocios relacionados con la propiedad como a la enajenación o a la constitución de derechos reales y a actos dispositivos sobre el título de arrendatario, como la renuncia, indicando, que la ausencia de consentimiento por el cónyuge no titular provoca la posibilidad del no titular de pedir la anulabilidad del acto hecho sin su concurrencia.

— Artículo 96.2 del Reglamento Hipotecario, que permitirá la constancia si se entiende que tal medida se cuenta entre las Resoluciones Judiciales que afectan a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges.

Podemos afirmar que en situaciones de crisis familiar, la posibilidad de constatar en el Registro el carácter de vivienda familiar, podría procurarse con mayor facilidad que en las situaciones de normalidad. Consecuencia de esa constatación será que quien haya adquirido después de que se haya anotado o inscrito la demanda o resolución judicial no podrá ampararse en la protección que, en general, el tráfico jurídico confiere a los adquirentes de buena fe, y ello aun cuando el cónyuge disponente manifestare que la vivienda no gozara de naturaleza familiar. Por lo que se propone la anotación o inscripción de los procedimientos judiciales en el Registro de la Propiedad.

Sobre el importante tema de la *disponibilidad del uso*, conviene tener presente que, una vez nacido el derecho de uso a favor de un cónyuge, éste tiene carácter indisponible, tanto «inter vivos» como «mortis causa». En opinión de O'Callaghan, se trata de un derecho de constitución judicial e «intuitu personae». No es enajenable ni transmisible. Tampoco puede abandonarse el domicilio asignado o mudarse sin que ello no implique la extinción del derecho a usarlo. Por tanto, el cónyuge usuario no podrá ceder este derecho ni onerosa ni gratuitamente. Ni siquiera transmitirlo a sus herederos, ya que por su naturaleza personalísima se extinguirá con la muerte del titular. En cuanto a la renuncia realizada por parte del titular del uso no debe haber ningún obstáculo en admitirla, no deja de ser un acto de disposición pero estará realizado por el titular del uso (el art. 96.4 se refiere a los actos realizados por el titular dominical cuyo uso se ha adjudicado al otro) y además debemos tener presente que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad. Las medidas adoptadas en relación al hogar familiar podrán modificarse, no siendo indispensable una variación sustancial de las circunstancias que en su día originaron la atribución, pues no es condición indispensable para lograr la modificación de la atribución de la vivienda que exista la alteración de las circunstancias siempre que tal modificación se haga de común acuerdo por los cónyuges y recaiga, desde luego, aprobación judicial. Estaríamos ante una alteración convencional. Por el contrario, el juez no podría actuar de oficio para alterar o poner fin al uso que él mismo o los propios cónyuges acordaron a favor del marido o de la mujer, tampoco podría decidir la modificación de la medida cuando, habiéndolo solicitado solamente una de las partes, no haya una alteración sustancial de las circunstancias que la motivaron (artículo 90.3 y 91 del Código Civil).

Como consecuencia de las medidas definitivas podemos encontrarnos bien ante:

A.— *Disolución sin liquidación.*

B.— *Disolución con liquidación.*

En ambos supuestos por la disolución del régimen económico deja de actuar el art. 8 de la Ley Aragonesa y entra en juego el art. 96 del Código Civil. Asimismo, en ambos supuestos el uso podrá haberse concedido:

1.— Al cónyuge propietario de la vivienda familiar.

2.— Al cónyuge no propietario de la vivienda familiar.

3.— A cualquiera de los dos cónyuges, siendo la vivienda de la sociedad conyugal o perteneciéndoles por cuotas indivisas.

1.— *Supuesto del uso adjudicado a uno de los cónyuges que era ya titular de la vivienda familiar o lo resulta en virtud de la adjudicación formalizada en la liquidación.*

El uso será siempre una facultad del dominio perteneciente al propio titular, y ello tanto cuando se adjudique el uso de la que era vivienda habitual para el que fuera o resultare dueño de la vivienda como para él o ella y sus hijos.

En cuanto al hecho de la atribución del uso al cónyuge y a los hijos, la Dirección General de los Registros y del Notariado, a propósito de la nota de calificación registral en la que el Registrador exigía la constancia de las circunstancias personales de estos, ha tenido ocasión de pronunciarse en Resolución de 21-06-04 (BOE 8-9-04) indicando que «*la inscripción del uso tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho del cónyuge y los hijos a habitar tal vivienda, y que la defensa de tal derecho se otorga sólo al cónyuge, por lo que no es necesario reseñar las circunstancias personales de éstos*<sup>41</sup>». De lo expuesto se deduce que el derecho de uso de los hijos no es una consecuencia del convenio regulador, sino de la obligación de los padres de tenerlos en su compañía. No es un derecho a favor de los hijos constituido por el convenio, sino una consecuencia de la compañía en que quedan. No es un derecho independiente del de sus progenitores, ni constituye un derecho específico y diferente del de exigir a aquel de los padres en cuya compañía quedan el mantenerlos y tenerlos en su compañía. Como consecuencia de lo anterior y pese a distintas posiciones doctrinales un amplio sector incluye el uso dentro del derecho de alimentos.

*Consecuencias:*

- El cónyuge titular podrá disponer libremente sin el consentimiento de su ex cónyuge.
- El embargo podrá practicarse sin notificación alguna a su ex cónyuge, y por tanto la adjudicación accederá sin carga alguna.

2.— *Uso adjudicado al cónyuge que no era titular de la vivienda o no le resulta en virtud de la adjudicación formalizada en la liquidación.*

Es en este supuesto cuando entra en vigor esa conceptualización del uso como derecho real o figura parecida sobre cosa ajena, pero en definitiva con eficacia «*erga omnes*», y cuando tiene aplicación el último párrafo del art. 96 del Código Civil: «*Para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponde al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*». Será en este momento cuando adquiera plena efectividad la protección registral, ya que, aunque el embargo que recaiga sobre dicho bien será anotable en el Registro sin necesidad de notificarlo al cónyuge al que se haya concedido el uso, el principio de prioridad originará que estando inscrito el uso éste resulte protegido frente al adquirente posterior en una venta forzosa.

*Consecuencias:*

- El titular registral necesitará para realizar actos de disposición el consentimiento del usuario (art. 96.4 del Código Civil). Podrá lógicamente disponer dejando a salvo el derecho de uso.
- El embargo podrá anotarse sin notificación al usuario, que nunca quedará perjudicado por la posterior adjudicación, ya que ésta accederá con el uso.

3.— *En este tercer supuesto distinguiremos*<sup>42</sup>:

(41) Frente a esta postura parece que el art. 9 de la Ley Catalana 9/1998 otorga legitimación a los hijos menores convivientes de forma expresa.

(42) Supuesto de uso adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siendo la vivienda familiar de la sociedad conyugal o perteneciéndoles por cuotas indivisas.



— *Si la sociedad conyugal no estaba liquidada y la vivienda pertenecía a la sociedad conyugal*, el uso recaerá sobre la comunidad que continúa tras la disolución (art. 68 y ss. Ley Aragonesa), ya que si la sociedad conyugal estaba liquidada se habrá adjudicado a uno de ellos y nos encontraríamos en los dos supuestos anteriores y si liquidada se adjudica en pro indiviso, nos encontraremos en el supuesto que posteriormente comentaremos.

*Consecuencias:*

— Para disponer será necesario el consentimiento de ambos cónyuges, con independencia de a quien se atribuya el uso (art. 96.4 C.C.).

— Para embargar, el art. 144 R.H. dispone: «Disuelta la sociedad de gananciales, será anotable el embargo si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges».

Disuelta la sociedad de consorciales, y en tanto se ultima su liquidación, no puede afirmarse que la propiedad de cada uno de los bienes concretos que la integran corresponda a los cónyuges por cuotas indivisas de las que puedan disponer separadamente, por lo que no cabe su enajenación en subasta de los derechos de un cónyuge sobre un concreto bien de la sociedad consorcial disuelta y no liquidada. Como consecuencia de lo anterior, el R. H. exige que la demanda se dirija contra ambos. En igual sentido se pronuncia el art. 70 de la Ley Aragonesa.

La legitimación pasiva que los arts. 144 R.H. y 70 de la Ley Aragonesa establecen, sólo tendrá lugar cuando se pretenda embargar la totalidad del bien, ya que no se veda la actuación dirigida particularmente contra un cónyuge por sus acreedores, si bien en estos casos el embargo habrá de pretenderse y decretarse sobre los derechos que al deudor correspondan sobre un bien concreto en la división del consorcio (art. 70.2 Ley Aragonesa). En este último caso, el tramite divisorio es imprescindible.

Concluyendo, diremos que el embargo deberá dirigirse contra ambos o ajustarse al segundo párrafo del art. 70, pero el adjudicatario habrá de soportar el uso.

— *Si la sociedad consorcial estaba liquidada* perteneciendo o adjudicando la vivienda por mitades indivisas a ambos cónyuges.

Nos encontramos ante un condominio ordinario sobre el que recae un derecho de uso. En este supuesto, aunque al haberse atribuido el uso a uno solo de los adjudicatarios de la porción indivisa pudiéramos pensar en que al confluir titularidad dominical y uso no tendría sentido la constatación registral del mismo, nada más lejos de la realidad.

El uso deberá reflejarse sobre la totalidad, ya que sólo así podrá resultar útil la protección registral. Practicado un embargo sobre dicha porción del titular usuario, y adjudicada dicha porción en subasta a un extraño, éste deberá soportar el uso, y deberá igualmente soportarlo si en un momento posterior pretendiera el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» puesto que habría accedido a una copropiedad gravada con un uso.

En los casos de copropiedad deberemos aplicar las reglas de la comunidad romana, sin perjuicio de que por aplicación del art. 96.4 del Código Civil cada cónyuge deba contar con el consentimiento del otro para realizar actos de disposición sobre su cuota. Aunque el art. 96 se refiere a actos de disposición sobre la vivienda cuyo uso corresponde al otro cónyuge, carece de sentido circunscribirlo únicamente a la totalidad de la vivienda y no aplicarlo a cuotas de la misma.

Si bien algunas sentencias mantienen una posición distinta a propósito del ejercicio de la acción de división solicitada por uno de los cónyuges, entendiendo que las restricciones del art. 96.4 sólo operan en casos de titularidad privativa de vivienda, pero no en

los casos de mancomunidad, llegan al mismo resultado, ya que entienden que la disposición realizada habrá de respetar la carga que supone la atribución del uso (sentencias del T.S. de 22-9-88, 31-10-89, 22-12-92 y de 4-12-2000.)

Constituyendo la acción de división un acto de disposición de los incluidos en el art. 96, será preciso para su ejercicio por el cónyuge no beneficiario el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial. Por eso, tratándose de copropiedad entre cónyuges, algún sector doctrinal (Rams Albesa, Luna Serrano, O'Callaghan, Peña Bernaldo de Quirós) se decanta por impedir el ejercicio de la acción de división mientras dura el uso. En los casos de copropiedad matrimonial nada se opone a que el juez autorice la división si en el procedimiento (aunque el mismo finalice en subasta), se impone al adquirente la carga de la atribución del uso.

La acción de división ejercitada por el cónyuge titular no beneficiario sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria será anulable en el plazo de 4 años desde que se tuvo conocimiento de la misma (art. 1301 del Código Civil). Sin embargo, si el uso constaba en el registro el adquirente no podrá invocar su buena fe.

En cuanto a los embargos, pese a que en supuestos de proindivisión pero en situaciones de normalidad, la Dirección General de los Registros y del Notariado (Res. 7-10-98) ha adoptado la postura de considerar que para embargar la mitad perteneciente al cónyuge deudor (siempre que el carácter familiar de la vivienda conste en el registro) sea preciso bien declarar que no es la vivienda habitual, bien notificar la demanda al otro cónyuge, y ello pese a la literalidad del art. 144 R.H. («vivienda perteneciente a uno de ellos»), entendiéndose el Centro Directivo que no se trata de proteger intereses de índole patrimonial sino de índole familiar. No es este el criterio que parece aplicable a las situaciones de crisis familiar. Hallándose registrado el uso, el embargo podrá practicarse sobre la cuota del cónyuge deudor sin necesidad de notificar al usuario que siempre quedará protegido frente a adquisiciones forzosas posteriores, y aunque por analogía con la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado en situaciones de normalidad podríamos pensar en la necesidad de notificar al otro, lo cierto es que en el momento de la venta será cuando estemos ante un acto de disposición propiamente dicho y se aplicará la protección del art. 96.4 del Código Civil.

#### *Consecuencias:*

— Para disponer, cada cónyuge necesitará el consentimiento del otro o, en el caso de seguir la postura jurisprudencial indicada, pese a poder disponer sin consentimiento, el uso quedará siempre protegido.

— Para embargar, no será preciso notificar al otro cónyuge, pero el uso deberá respetarse en el caso de que el embargo acabase en una venta forzosa.

## **2. Vivienda familiar en arrendamiento**

Cuando existe una situación de crisis o de ruptura de la convivencia, y la vivienda familiar consta arrendada por uno de los cónyuges, puede concurrir a tal situación, un acto de decisión unilateral por parte del arrendatario de abandonar la vivienda, no renovar o desistir del contrato de arrendamiento y puede existir un proceso judicial de nulidad, separación o divorcio<sup>43</sup> en el que se fije la atribución del uso de la vivienda arren-

(43) Supuesto que ha sido ampliado jurisprudencialmente a los casos de parejas de hecho con descendencia en común.

dada por la vía del art. 96 del Código Civil, estando ambas situaciones previstas en los arts. 12 y 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre.

En este punto, quizá lo esencial sea el clarificar cual sea la naturaleza jurídica del derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar, ya que tras el sistema jurídico matrimonial que surgió de las leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, con la mira puesta en el art. 39.1 de la CE en aras a proteger específicamente la vivienda familiar (vide arts. 1320 y 96 del Código Civil), surgieron tres teorías en orden a cual fuera la naturaleza del derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar. La primera señalaba que el derecho de arrendamiento era común con independencia de cual fuera el cónyuge firmante del contrato de alquiler<sup>44</sup>, la segunda consideraba que el derecho de arrendamiento era propio del cónyuge firmante del contrato al margen de cual fuera el régimen económico matrimonial y la tercera que lo consideraba ganancial o privativo según cual fuera el régimen económico del matrimonio. Es evidente que entre el texto refundido de la LAU aprobado por Decreto 4104/1964 de 24 de diciembre y la Ley 30/1981 de 7 de julio que reformó el Código Civil, existía un profundo cambio en la concepción de la institución matrimonial, que obligaba a evitar colisiones entre ambas normas. Una cesión o subrogación recogidas en la LAU (arts. 23, 4, 58 y 59) para el arrendamiento de vivienda, nada tenían que ver con el uso que el Código Civil regulaba respecto a la vivienda familiar, haciendo abstracción del título que fundamenta el goce familiar, sin relación con la novación subjetiva que implica toda cesión o subrogación. En esta misma sede y en los IV Encuentros del Foro de Derecho de Aragón<sup>45</sup>, se sostuvo la tesis de que en el sistema de la LAU de 1964, «...*si concurren circunstancias que permiten calificar de común el derecho arrendaticio, de acuerdo al régimen matrimonial que rija, la atribución del uso a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial no entraña subrogación alguna, sino concentración en uno de los cotitulares de la cualidad que antes pertenecía en régimen de comunidad germánica a ambos; por el contrario, habrá subrogación del art. 24 de la LAU de 1964 en los casos en los que el derecho arrendaticio corresponda como bien privativo a uno de los cónyuges y resulte atribuido al otro, precisando el cumplimiento de la notificación que dicho precepto establece...*».

Ante tal panorama, la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, elude tratar de forma sistemática el arrendamiento de la vivienda familiar y afronta en los arts. 7, 12 y 15 *la condición de dicho arrendamiento* (art. 7), el supuesto de *desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario* (art. 12) y los supuestos de *separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario*<sup>46</sup> (art. 15). En este punto el art. 15 dispone que: «... *Separa-*

(44) Postura ésta apoyada quizás en la STC 135/1986, de 31 de octubre, en cuanto daba legitimación a la esposa del arrendatario para ser parte en el juicio de desahucio por falta de pago entablado por el arrendador contra el esposo arrendatario, siendo la esposa adjudicataria junto con sus hijos del uso de la vivienda familiar en virtud de sentencia recaída en proceso de separación, señalando el T.C. que, en lo esencial, considera a la esposa no firmante del contrato de arrendamiento en la misma situación contractual que correspondería al cónyuge titular firmante del contrato, que por tal solo hecho no podía ostentar la exclusiva ni de la titularidad del arriendo ni de la posesión de la vivienda. Lo cierto es que la doctrina posterior del propio T.C. ha venido matizando su postura y permitiendo que sean los órganos jurisdiccionales los que determinen en cada caso la presencia o no de cotitularidad arrendaticia en los arrendamientos concertados por alguno de los esposos.

(45) «Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar en Aragón», por D. Alfredo Sánchez-Rubio García, D. Gonzalo Gutiérrez Celma y D. Francisco Curiel Lorente.

(46) Señalan al efecto los arts. 7 y 12 de la LAU lo siguiente: «*Artículo 7. Condición de arrendamiento de vivienda.* El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes». «*Artículo 12. Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario.* Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un

*ción, 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 los artículos 90 y 96 del Código Civil. 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». Tal redacción ha generado demasiadas confusiones y controversias doctrinales. Si bien inicialmente el proyecto de ley hablaba de que el cónyuge no arrendatario en los supuestos de nulidad, separación y divorcio del arrendatario, adquiriría también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de la ley cuando le correspondiera el uso de la vivienda arrendada de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del Código Civil, al parecer en línea con la antes citada doctrina de la STC 135/1986, de 31 de octubre, sin embargo, en el texto definitivo se usa una evidente redacción ambigua que arroja no pocas dudas acerca de si la continuación en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario integra un caso de subrogación<sup>47</sup>, o no, o algún tipo de cesión no sujeto al régimen general del art. 8 de la LAU o se habilita la pervivencia de un arriendo que ya no satisface la necesidad de vivienda del arrendatario cerrando la puerta a una hipotética acción resolutoria del art. 27 f de la LAU. El legislador ha excluido la regulación del derecho de arrendamiento de la vivienda familiar como un derecho común, atribuyendo simplemente un derecho a poseer que se basa en el contrato de arrendamiento del consorte, que pervive, sin que en ningún caso se de al cónyuge del arrendatario la propia condición de arrendatario. Entonces, y si no existen en estos casos dos arrendatarios solidarios, ¿cuál es la posición jurídica del cónyuge no arrendatario que ha obtenido el uso de la vivienda? Me parece acertada la línea que sostiene en este punto la SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002, sección 4ª, en cuanto viene a señalar que: «...al respecto doctrina y jurisprudencia de las Audiencias vienen sosteniendo que independientemente de cuál de los dos cónyuges sea titular del contrato de arrendamiento, la atribución de la vivienda familiar se realice a uno de ellos, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es más que la atribución del uso exclusivo de la misma, esto es su derecho a usarla y disfrutarla. Derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone una cesión a los efectos del art. 24 LAU que exija el consentimiento del arrendador, pues frente a la sustitución que de la figura del arrendatario cedente a favor del tercero cesionario que asume las obligaciones y derechos de aquél, implica toda cesión ya onerosa ya gratuita, lo cierto es que en la atribución del uso, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador, y ello porque aquella no es definitiva, en la medida en que tanto el convenio aprobado judicialmente como las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso son susceptibles de*

---

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

(47) La exposición de motivos de la LAU, en el párrafo sexto número dos parece negar que se de en los casos del art. 15.1, subrogación alguna pero en el párrafo cuarto del número 6 alude a que la supresión de la subrogación inter vivos tiene la excepción de la derivada de resolución judicial en procesos matrimoniales, lo que no se coordina bien con el que fue luego texto definitivo de la norma.

*modificación si varían las circunstancias que sirvieron de fundamento a su adopción, de ahí que en una determinada situación si fuere otro el interés familiar más digno de protección, se daría un cambio en el uso, tornando éste por ejemplo al cónyuge-arrendatario, modificación que es obvio no podría darse si se entendiera que estamos ante una verdadera cesión con cambio de titularidad contractual. Y así se recoge, entre otras, en SSAP Álava de 20 de septiembre de 2000 (AC 2000/4631), AP Vizcaya de 29-7-1999 (AC 1999/7556), AP Santa Cruz de 23 enero 1999 (AC 1999/150) y esta misma Audiencia, Sección 13, rollo 516-1998, de fecha 26 de octubre de 1999...»<sup>48</sup>.*

Consideramos que, si la posición jurídica del cónyuge del arrendatario no la determina la LAU sino el art. 96 del Código Civil y que, si la atribución de uso deriva de una resolución judicial prevista en el mismo art. 96 Código Civil (distinto sería el caso de lo libremente pactado en un convenio regulador que podría implicar un acuerdo entre partes de cesión del derecho arrendaticio de un cónyuge a otro), con finalidades ajenas a la regulación arrendaticia, no existe subrogación alguna en la figura del art. 15 de la LAU. Todo lo

---

(48) En sentido similar se pronuncia la SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000 que hace matizaciones muy interesantes al señalar que: «... Entiende la Sala con apoyo en un sector doctrinal importante, que para la aplicación del citado art. 15 LAU es indiferente el régimen económico-matrimonial de los cónyuges o el momento de celebración del arrendamiento, de modo que ninguna relevancia debe tener la discusión sobre la consideración de ganancial o no del arrendamiento (que plantea la recurrente al hilo de los arts. 1346.1º y 1349 CC), y, en consecuencia, que el cónyuge no firmante del contrato sea titular o no del mismo; lo determinante es quién contrata y la protección del interés del cónyuge no contratante como complemento de la protección del interés familiar (arts. 96 y 1320 CC). El propio Preámbulo de la Ley señala que se trata de un reconocimiento “ex lege” del derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada al cónyuge al que se ha atribuido. Pero lo que consagra la norma es simplemente eso, el derecho del cónyuge a continuar en el uso de la vivienda, de ninguno de sus términos se desprende que dicho derecho lo sea en calidad de arrendatario, ni existe una cesión “ope legis” del arrendamiento, es un derecho fundado en la propia Ley sin necesidad de recurrir a las ideas de cotitularidad o cesión del contrato, de manera que a todos los efectos seguirá siendo arrendatario el cónyuge que celebró el contrato. Esta era la finalidad de la enmienda número 311 que modificó la redacción inicial del Proyecto de Ley, tutelar el interés del cónyuge asignatario sin alterar, más que en la medida de lo necesario, lo acordado por las partes (art. 3.1 CC). Piénsese además en el carácter reformable de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 91 CC). Así pues los únicos presupuestos son que exista una sentencia de separación y que ésta atribuya el uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. Claro que el propio art. 15 trata también de amparar el interés del arrendador. Así en su apartado 2 dispone que la voluntad del cónyuge no arrendatario de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la sentencia de separación acompañando copia de la misma. Precisamente lo que sostiene la actora-apelante es que no se ha cumplido este extremo, entendiéndose que concurre por tanto la causa de resolución del contrato prevista por el art. 27.2. c) LAU de cesión incontestada (art. 114.5º de la de 1964). Sin embargo, teniendo en cuenta que como hemos señalado la Ley no confiere la condición de arrendatario al cónyuge al que se atribuye la vivienda por resolución judicial, dicha comunicación a la que viene obligado no puede consistir en un requisito imprescindible para suceder en el arrendamiento, de tal forma que su falta no puede integrar un supuesto de cesión incontestada, como tampoco puede consistir en un requisito imprescindible para continuar en el uso de la vivienda, porque como también hemos señalado este derecho se concede “ope legis”, sin que quede condicionado a la comunicación. Para entender la finalidad de esta que efectivamente lo es obligación de comunicación (“deberá”), se parte de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986 (RTC 1986/135) (en la que se aprecia el primer antecedente del citado art. 15) que establecía la exigencia de litisconsorcio pasivo necesario en los procesos de desahucio promovidos por el arrendador cuando el uso de la vivienda correspondiera por sentencia judicial al cónyuge no arrendatario, siendo que el apartado 2 del art. 15 viene a moderar a favor del interés del arrendador los efectos de dicho litisconsorcio pues resultará inoponible si no ha habido comunicación. No se entiende pues que la consecuencia de la falta de comunicación sea la extinción del derecho ni causa de resolución del contrato, simplemente el cónyuge asignatario habrá de asumir los efectos perjudiciales que de una sentencia de desahucio se puedan desprender al serle imputable la falta de conocimiento por el arrendador de que el uso de la vivienda se le ha atribuido judicialmente; y al anterior argumento interpretativo de carácter histórico hemos de añadir el del propio contexto de la norma tal y como ya se recordaba en el escrito de contestación a la demanda formulado por la representación de la esposa, toda vez que el art. 15 no se pronuncia sobre dicho extremo a diferencia de los arts. 12 y 16 de la misma Ley, resultando probable que, como ocurría en la redacción original, lo que quiere significar el apartado 2 del art. 15 es que la adquisición del derecho a continuar en el uso de la vivienda, ya producida “ope legis” al atribuirse su uso en la sentencia de separación, no es eficaz en contra del arrendador mientras no le sea notificada esta última, en el sentido de que deberá soportar la posesión del cónyuge, pero será un deudor de buena fe a los efectos prevenidos en los arts. 1164 y 1527 CC. Añadir que configurado el deber de comunicación como una carga y dada la primacía del interés familiar, el plazo de dos meses señalado no puede operar como un término final que impida posteriormente al cónyuge oponer su posición al arrendador... En definitiva, la comunicación al arrendador es exigible para que la atribución del uso le sea oponible, pero su falta no puede servir para sin más pretender el arrendador que haya tenido alguna noticia, la extinción del contrato».

indicado no ha evitado que la falta de claridad del legislador haya fomentado incertidumbre y resoluciones judiciales contradictorias de nuestras Audiencias Provinciales, optando unas con considerar que el art. 15 regula un caso de subrogación con mutación subjetiva en la posición del arrendatario, que deja de serlo el cónyuge titular del contrato en detrimento del que ha obtenido el uso<sup>49</sup>, y señalando otras sentencias que el art. 15 de la LAU, sólo confiere un derecho de uso sobre la vivienda arrendada al cónyuge no titular al que el Juez adjudica la vivienda familiar, con mantenimiento de la titularidad del originario cónyuge arrendatario inmutada.

En la doctrina, algunos autores<sup>50</sup> sostienen decididamente que el art. 15 de la LAU ampara una subrogación contractual que se produce ope legis a favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventaja derivadas de la relación arrendaticia, supuesto de subrogación legal en la posición del arrendatario que como presupuesto para su validez exige la notificación al arrendador en los términos previstos en el art. 15 de la LAU como *condictio iuris*, señalando el citado sector doctrinal, que a falta de tal notificación, y a falta de previsión legal sobre las consecuencias en tal caso, se debe indicar que la ausencia de notificación conllevara la no generación de la subrogación al que el cónyuge no arrendatario faculta la LAU<sup>51</sup>.

La opción por la postura de los que entienden que no se produce una subrogación legal, plantea problemas, por otro lado, de fácil solución. Si existen problemas prácticos al no estar delimitadas las facultades del uso conferido y estar separados el arriendo subsistente y el uso que se ejerce sobre la vivienda de forma real, tales problemas se han solventado, ya protegiendo al cónyuge adjudicatario del uso cuando el arrendatario desatiende, por ejemplo, el pago de la renta, que corresponde al arrendatario y no al cónyuge adjudicatario, dando legitimación al cónyuge adjudicatario vía litis consorcio pasivo necesario<sup>52</sup>, ya otorgando instrumentos de protección propios al cónyuge adjudicatario como la tutela interdictal en cuanto titular de un derecho material de uso de la vivienda arrendada. Igualmente, no parecen existir obstáculos para imponer al cónyuge adjudicatario el pago de los gastos de uso ordinario que se deriven del uso del piso e incluso de la propia renta, para evitar problemas de coordinación, valorando tal medida en orden al monto de pensiones alimenticias y por desequilibrio. Parece evidente que el cónyuge adjudicatario del uso del piso arrendado por el otro cónyuge, en proceso de crisis matrimonial, no podrá llevar a cabo actos de cesión, subarriendo, desistimiento, no renovación o renuncia del contrato de arrendamiento, necesitando a su vez el cónyuge arrendatario, del consentimiento del cónyuge adjudicatario para la realización de actos dispositivos sobre la vivienda arrendada (96 y 1320 CC). Siempre es aconsejable la constancia registral del uso obtenido para obtener una oponibilidad erga omnes en línea con la D. A. 2ª de la LAU sin detrimento de la posible anotación de la demanda o de la resolución judicial que acuerde el uso (vide 42 y 43 LH y 139 RH).

(49) Sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo 28 de junio de 1996, 10 de febrero de 1999 y 4 de septiembre de 2000 y Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel 15 de julio de 1996, de La Coruña de 30 de septiembre de 1998 y 2 de octubre de 1997, de Málaga de 18 de junio de 1999, de Madrid de 2 de noviembre de 2000 y de Burgos de 25 de junio de 1999.

(50) Antonio Alberto Pérez Ureña, «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil», trabajo publicado en la obra colectiva *Diez años de abogados de familia 1993-2002*, Asociación Española de Abogados de Familia, La Ley.

(51) Criterio seguido también por la S.A.P. de Granada de 21 de abril de 1998, por la S.A.P. de Teruel de 15 de julio de 1996 y por la S.A.P. de Las Palmas de 8 de octubre de 1996 resolviendo casos de falta de notificación expresa y cabal conocimiento del arrendador.

(52) Vide S.A.P. de Lleida de 13 de octubre de 1998.

A la vista de todo lo indicado, consideramos dudoso que el Juez pueda acordar la cesión o subrogación en la posición del arrendatario dentro del marco del art. 15 de la LAU al dar el uso al cónyuge no arrendatario, y ello por falta de apoyo expreso legal y por los problemas prácticos que generaría tal medida. En punto a duración del uso concedido, en los contratos sujetos a la vigente LAU, irá limitado a la propia duración del contrato de arrendamiento. Igualmente, respecto al art. 15 de la LAU, se puede afirmar que una interpretación analógica permite, sin mayores problemas, su aplicación a los supuestos de atribución del uso vía arts 103 y 104 del Código Civil<sup>53</sup>, si bien algún sector doctrinal excluye del ámbito de aplicación del art. 15 de la LAU, las atribuciones del uso de la vivienda con apoyo en los arts. 103.2 y 104 del Código Civil. Respecto al art. 15.2 de la LAU y ante la omisión por el legislador de las consecuencias de la no comunicación por el cónyuge del arrendatario al arrendador de su voluntad de continuar en el uso de la vivienda, si se sigue la tesis de que no existe subrogación y de que el derecho de uso solo da al cónyuge la posesión material de la vivienda con base al título arrendaticio de su consorte que se mantiene inalterado, cabe indicar que tal omisión no parece supusiera un incumplimiento contractual que diera pie al arrendador para promover la resolución del contrato ex art. 27.1 de la LAU, ya que la obligación del art. 15 de la LAU., es ajena al propio contrato de alquiler y no vulnera los derechos y obligaciones que propiamente nacen del contrato de arrendamiento<sup>54</sup>.

También plantea problemas la previsión en convenio regulador de la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, pues incluso estaríamos ante una cuestión de orden público en caso de existencia de hijos menores o dependientes. Así, la decisión de las partes no vincularía al Juez ni al Fiscal que se podrían pronunciar contra la opinión de los cónyuges, e incluso acordar medidas, en caso de silencio en convenio sobre esta materia, ante la necesidad de proteger a los hijos menores o dependientes, por ejemplo.

En Aragón, la Ley 2/2003 considera que son un bien común en el art. 28.2.i), *los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio*, algo que está en franca sintonía con el tenor literal del art. 29 f) de la propia Ley 2/2003, en cuanto suprime, en relación con el derogado art. 38.6 de la Compilación Aragonesa, la excepción que este precepto contenía respecto al retracto arrendaticio de vivienda al considerar entonces como bienes privativos a los recobrados en virtud de carta de gracia, así como a los adquiridos por ejercicio del derecho de retracto, excepto el arrendaticio de viviendas. Es lógica la nueva redacción de la Ley 2/2003 si entiende que los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio son bienes comunes, ya que si el contrato es anterior al consorcio, la vivienda adquirida por retracto arrendaticio posterior pasará a ser privativa. Esta nueva norma aragonesa plantea la cuestión de que sucede con los derechos comunes del arrendatario que en los arts. 21 a 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, comprenden incluso el derecho de adquisición preferente. Igualmente cabe plantear qué sucede con la cuestión relativa a que sea o no considerado arrendatario el cónyuge del arrenda-

---

(53) A favor de esta postura pueden citarse autores como José Manuel Fernández Hierro, Vicente Guilarte Gutiérrez y Pedro González Poveda y la S.A.P. de Lleida de 13 de octubre de 1998 y en contra se pueden citar las opiniones de Juan Miguel Osorio Serrano y Antonio Alberto Pérez Ureña.

(54) En este sentido se pronuncia la S.A.P. de Cáceres de 25 de mayo de 2000 y en sentido contrario se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 15-7-1996 nº 114 en cuanto señala que: «... pues queda claro que, tras la aprobación de la nueva LAU, el cónyuge no arrendatario que quiera permanecer en el uso de la vivienda, que le ha sido atribuido de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 CC, tiene necesariamente que cumplir con la notificación al arrendador en los términos descritos en el ap. 2º del art. 15 de la ley, y el no hacerlo puede llegar a determinar la extinción del arrendamiento al no llegar a perfeccionarse la subrogación prevista “ex lege” en el ap. 1º de dicho artículo ...».

tario, ya que no parece que sea lo mismo la figura del arrendatario como contratante que los propios derechos del arrendatario.

### 3. Vivienda familiar y cesión gratuita a alguno de los cónyuges

Este supuesto de vivienda familiar que no es ocupada por el matrimonio ni en propiedad ni en arriendo al momento de surgir la crisis matrimonial, sino en aras a una cesión gratuita, normalmente de los progenitores de alguna de las partes, o de otros familiares, para que sea la vivienda familiar del matrimonio<sup>55</sup>, ya fue analizado en los cuartos encuentros del Foro de Derecho Aragonés<sup>56</sup>, donde, sin perder de vista el criterio sustentado por la sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1992<sup>57</sup>, que calificaba de comodato la cesión gratuita de vivienda hecha por los padres a su hijo y nuera, cuando pretenden recuperarla aquellos, tras el divorcio de éstos, se exponía, a mi juicio con gran acierto, que: «... El supuesto..., no debería plantear otro problema que el de dejar constancia que el titular de la vivienda puede poner fin a la cesión a su voluntad —sin más observancia de plazos, en su caso, que los previstos en la LEC para requerir al precarista—, y ello tanto si la ocupa el matrimonio en situación normal, como si, a consecuencia de una situación de crisis, medió separación o divorcio...»<sup>58</sup>. Frente a la posición que sostiene la sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1992<sup>59</sup>, seguida por alguna jurisprudencia menor<sup>60</sup>, cabe la cita de la posterior doctrina de la sentencia del T.S. de 31 de diciembre de 1994 que adopta una línea argumentativa diversa al señalar que: «... Pero siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí 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 vínculo matri-

(55) Se incluye aquí lo que determinadas resoluciones judiciales denominan como precario propter nupcias o situación en que los ascendientes de uno de los futuros contrayentes ceden al matrimonio gratuitamente el uso de una vivienda propia o recién adquirida para que constituyan en ella su hogar conyugal (vide sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de mayo de 1999).

(56) Régimen Jurídico de la vivienda familiar en Aragón por D. Alfredo Sánchez-Rubio García, D. Gonzalo Gutiérrez Celma y D. Francisco Curiel Lorente

(57) Dice la referida sentencia que «...en efecto está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica esencial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código civil), pues 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 como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la necesidad urgente de los dueños para recuperar el piso...».

(58) Igual postura crítica contra la STS de 2 de diciembre de 1992 la mantiene Rafael Rodríguez Chacón en su artículo «El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios»; publicada por la Asociación Española de Abogados de Familia en *La conflictividad en los procesos familiares: Vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, 2004.

(59) Señala la indicada sentencia que: «... Subsistiendo la misma necesidad y el uso para el que fue entregada la vivienda, forzosamente se ha de entender subsistente tal contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 1749 del Código Civil puesto que la demandante no ha justificado, ni alegado siquiera la “necesidad urgente” para recuperar el piso, por lo que coincidiendo la no desmentida necesidad de habitar el piso la demandada y sus hijos y la no alegada necesidad urgente de ocuparlo por sus propietarios, por aplicación de los preceptos citados y en consonancia con el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992, procede la desestimación del recurso interpuesto...».

(60) La sentencia de la AP de Huesca de 13 de marzo de 1996 y en un caso en que los actores cedieron la vivienda con motivo del matrimonio de su hijo con la demandada para que en él tuvieran su vivienda familiar, señala que de ello se deriva que la entrada y permanencia de los demandados en el piso se corresponde con la figura del comodato, el cual se pactó sin referencia a su duración. En consecuencia, subsistiendo la misma necesidad y el uso para el que fue entregada la vivienda, la Sala afirma que se ha de entender subsistente tal contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 1749 CC. En sentido similar la sentencia de la AP de Zaragoza de 13 de septiembre de 2000.



*monial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso...».*

La cuestión se centra en diferenciar las figuras de precario y comodato. El precario implica la tenencia o disfrute de una cosa ajena sin pago de renta o merced en función de la mera liberalidad de su propietario concediéndose la posesión de la cosa sin especificar su uso o duración y el comodato implica la cesión de una cosa para su uso y disfrute sin pagar renta o merced pero con la peculiaridad de que la entrega de la cosa lo es para un uso o un tiempo determinado. En el caso del precario puede el titular reclamar la cosa a su voluntad instando acción de desahucio por la vía del art. 250.2 y 437 y siguientes de la NLEC en aras a conseguir el lanzamiento del precarista<sup>61</sup>, y en el caso del comodato no se puede reclamar la cosa prestada sino a la finalización del uso o tiempo para el que se pactó.

Pese a la meridiana claridad de ambos conceptos, lo cierto es que ha existido y existe, aun hoy, en cierta medida, una división de opiniones en algunas resoluciones judiciales acerca de la conveniencia de calificar estas situaciones de comodato o de precario, sin duda por atender en cada caso a situaciones más particulares que de generalidad.

El criterio más acertado es el mayoritario que configura estos supuestos como de precario. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 1 de julio de 2003, mantiene la inexistencia de una figura de comodato en estos casos al señalar, que: «... *En el segundo motivo de su recurso dice la apelante que la relación existente entre actor y demandados no responde a la figura del precario, sino a la del contrato de comodato, pues, al habersele cedido la vivienda para ser ocupada como domicilio del matrimonio, como comodato debe ser interpretada esa cesión, pues “la concesión y tiempo de duración viene circunscrito y reflejado por la necesidad familiar” (STS 2-12-1992 TS 1ª 02-12-92). El tema, que no fue planteado en la instancia, es novedoso en esta alzada. Ello no obstante, cabe señalar que esa doctrina, que de algún modo parece dar por supuesto que toda cesión de vivienda a favor de un matrimonio para que constituya en ella el domicilio familiar implica un comodato, respondió en la sentencia que la sienta a unos condicionamientos fácticos que no son los del caso, pues en ella mediaba un documento y una finalidad que aquí no se dan, quebrando aquella resolución una línea jurisprudencial diferente, en la que, por ejemplo, la STS 21-5-1990 declaraba que “una vivienda conyugal (...) se puede utilizar por propio derecho o como consecuencia del contrato de arrendamiento o de otro tipo cuyo contenido lo autorice, pero también puede constituirse la vivienda familiar en precario o mera tolerancia de sus titulares”.* Lo que en el caso aparece demostrado es que el actor, por mera liberalidad, cedió en precario a su hijo y nuera el uso de la vivienda, por mera tolerancia, sin pago de precio ni merced, a la espera de que por los mismos se fijase su vivienda definitiva en otro lugar. La tesis del comodato que la demandada sostiene carece de la necesaria prueba, bien entendido que la apreciación de la ofrecida por el actor no debe serlo con criterios excesivamente rigurosos, pues es a la incomparancia de la demandada a la que precisamente se debe la falta de la prueba que suele ser habitual y exigir lo contrario no significaría sino convertir la rebeldía en una situación de privilegio para el litigante rebelde, en cuyas manos quedaría la eficacia de la prueba, con quiebra del principio de igualdad y consiguiente indefensión del actor. El título que la demandada opone, por lo demás, no viene constituido por la sentencia que le atribuyó el uso de la vivienda, pues la misma sólo puede proteger el derecho que la familia tenía con anterioridad a su fecha, pero no generar un derecho antes inexistente ni otorgar a su beneficiaria una protección posesoria de vigor jurídico supe-

---

(61) No parece correcta ya la postura de considerar que en estos casos pudiera existir una situación compleja que requiriera del juicio declarativo, caso admitido por la sentencia de la AP de Barcelona de 26 de junio de 1996.

rior al que el hecho del precario proporciona a la familia (SSTS 21-5-1990 y 31-12-1994 TS 1ª 31-12-94 y SAP Asturias 8-11-1999, AP Asturias 08-11-99 y SAP Valencia 5-5-1999, AP Valencia 05-05-99). La cesión hecha en el caso por el actor quedó configurada, en definitiva, como un verdadero precario, no pudiendo inferirse otra cosa de la prueba obrante en autos, por lo que debe desestimarse el recurso, con confirmación de la sentencia de su objeto...». Del mismo modo la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de febrero de 2002 aprecia en estos casos la existencia de un precario señalando que: «... Con relación al fondo del asunto, las sentencias del Tribunal Supremo de 2-XII-1992 y 18-X-1994 TS 1ª 18-10-94 han admitido la existencia de un contrato de comodato frente a la situación de precario en reclamaciones efectuadas por el propietario de una vivienda atribuida judicialmente, en un procedimiento matrimonial, al cónyuge que no tiene parentesco de consanguinidad con el dueño, junto a los hijos habidos en el matrimonio. El Tribunal Supremo se funda para ello en la existencia de un uso preciso y determinado de la vivienda fundado en la necesidad familiar (art. 1.749 del Código civil, en contraposición con el art. 1.750 CC), lo cual excluye el precario, entendido como la tenencia o disfrute de una cosa ajena sin pago de renta o merced ni más razón en Derecho que la mera liberalidad de su propietario, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia. En suma, como dijimos en nuestras sentencias de 13-III-1996 y 31-VII-1998, si la posesión se concede in genere, a título de mera tolerancia sin especificar su uso o duración, nos hallamos ante la figura del precario y si, por el contrario, se determina su tiempo o utilización, el contrato celebrado tiene naturaleza de comodato. La diferencia entre una y otra figura jurídica tiene una indudable incidencia en sus resultados prácticos, pues, tratándose de precario, el dueño puede reclamar la cosa a su voluntad, mientras que, en el comodato, según disponen los arts. 1749 y 1750 del Código Civil, no puede instar su restitución sino cuando haya concluido el uso o finalizado el tiempo para el que se pactó, salvo que el comodante tuviese urgente necesidad de ella. En el presente caso, la separación de los padres de los demandados determinó la venta del domicilio conyugal y que la esposa, Dª Francisca, y los hijos del matrimonio pasaran a vivir, en 1996, a la vivienda objeto de este procedimiento, la cual pertenece (una mitad indivisa, en propiedad, y la otra, en usufructo) a Dª Antonia, la aquí demandante, madre de Dª Francisca y abuela de los demandados. Pues bien, aun partiendo hipotéticamente de que la situación aquí controvertida es análoga a la resuelta en las citadas sentencias del Tribunal Supremo, lo cierto es que no hay base real alguna para entender que la cualidad de comodatario recae no sólo en Dª Francisca, sino, además, en los nietos de la propietaria y usufructuaria del piso. Es decir, los demandados han ocupado la vivienda como miembros de la familia y gracias a la relación de su madre con su propia madre; y si, por las razones que sean, ya es firme la sentencia del juzgado que declaró el desahucio por precario de Francisca, es obvio que los ahora apelantes no ostentan título alguno que justifique su posesión de la vivienda, por lo que concurre una situación de precario...».

Creo que ésta es la línea acertada en estos casos frente a la más excepcional que ha optado por la vía del comodato. La idea de que en estos supuestos existe un precario y no un comodato, se concilia mejor con situaciones reales en que se hace un favor familiar al matrimonio joven, una liberalidad, normalmente por los progenitores de uno de los contrayentes, cediéndoles el uso de la vivienda sin contraprestación mientras no pueden proveerse una por falta de recursos, sin duración concreta del uso que se cede y reservándose el dueño la posibilidad de darlo por terminado a voluntad<sup>62</sup>. La postura sostenida por alguna resolución judicial<sup>63</sup> relativa a que el derecho de uso podría oponerse a una demanda de precario al no tratarse de un uso ocupacional, meramente tolerado o clandestino y sí de un uso oponible a terceros, conformado como derecho real familiar de eficacia total,

(62) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964, sentencia de la AP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 y sentencia de la AP de León de 10 de noviembre de 1999.

(63) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994.

afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil, no parece correcta desde la perspectiva de que la atribución de tal uso no puede afectar a terceros. En el proceso ante el juzgado de familia se determina quien tiene el uso del art. 96 del Código Civil, algo que no afecta al título que autorizaba el uso, y si existía un precario, el mismo seguirá existiendo tras la crisis matrimonial.

Respecto a la postura que sostiene la existencia de un comodato, decir que quizá la sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1992 partió de un supuesto diferente al típico de la mera cesión por el progenitor de una vivienda al hijo o hija para que allí resida con su familia, ya que en tal caso fáctico la cesión de la vivienda que luego constituyó el hogar familiar del hijo lo fue bajo la cobertura jurídica de una donación, algo diverso de la cesión por mera tolerancia del titular. Quizá el legislador podría actuar y dar una definición clara a este problema con una reforma de la LAU y del art. 96 del Código Civil, regulando la estructura jurídica de la habitual situación de cesión gratuita de viviendas por los progenitores de uno de los cónyuges al matrimonio. La opción por el precario, en todo caso, se acomoda a la necesidad de resaltar que la situación de crisis familiar genera que la familia necesite más recursos, más de una vivienda y que ello no debe ser a cargo de derechos de terceros. Que existan estrechos vínculos familiares no genera derecho a gravar la propiedad de terceros que ni siquiera han sido parte en el proceso. La propia sentencia del T.S. de 31 de diciembre de 1994 antes transcrita parcialmente, se expresaba en este sentido. Indicar también, que no parece lícito en este tipo de casos, el recurso, a veces utilizado, de acudir a la doctrina del abuso de derecho para frenar un desahucio por precario, evitando así el lanzamiento de la parte más débil, pues los requisitos que la doctrina exige para la configuración de una situación de abuso, no pueden darse frente a quien ejercita legítimamente el derecho que la ley le concede. Finalmente, y asumiendo que en estos casos no es obstáculo al hipotético ejercicio de una acción de desahucio, el hecho de que en un proceso de separación o divorcio se de el uso de la vivienda familiar a la esposa por quedar los hijos por ejemplo en su compañía, pese a que la vivienda familiar sea propiedad de los padres del esposo y cedida en precario<sup>64</sup>, sin embargo, debe indicarse que, si posteriormente, a consecuencia del ejercicio de una acción de desahucio por precario, se priva del uso al cónyuge que no fue la persona en cuya consideración se cedió gratuitamente el uso del piso antes de la situación de crisis familiar, ello integrará, a buen seguro, un supuesto de alteración sustancial de circunstancias que podría motivar la correspondiente demanda de modificación de medidas con arreglo a los arts. 775 y 771 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **4. Problemas prácticos en la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en los supuestos de ruptura**

##### ***4.1. Derecho de uso y ejecución hipotecaria***

La constitución de una carga hipotecaria sobre la vivienda familiar es actividad dispositiva sujeta a las limitaciones del art. 8 de la Ley 2/2003 y del art. 96 del Código Civil, en cada caso, siendo evidente que una carga hipotecaria va a sujetar la finca a una posible futura enajenación forzosa que llevara a la posible privación del hogar familiar.

Un problema frecuente en el Derecho de familia se produce por el ejercicio de la acción hipotecaria sobre la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido a uno de los cónyuges, custodio de los hijos, planteándose el problema de quién será el poseedor preferente. Siem-

---

(64) SAPZ de 15 de julio de 1998, secc 4ª.

pre existe en estos casos la posibilidad de pérdida del derecho de uso si no se defiende adecuadamente. La jurisprudencia, en algún caso, dentro del marco de la entonces acción del art. 131 de la LH., pareció admitir la preferencia del derecho de uso cuando éste ha sido reconocido judicialmente, antes de la constitución de la hipoteca y tal es el caso de la S.A.P de Pontevedra de 26 de junio de 1996. En aquel caso, la Sala desestima el recurso de apelación entablado por la Caja demandante contra la sentencia de instancia que declaró no haber lugar al lanzamiento de la esposa e hija del prestatario ejecutado, propietario exclusivo de la vivienda hipotecada, y a las que en virtud de resolución judicial firme de separación, que no accedió al Registro de la Propiedad, y anterior a la constitución por este último del gravamen, les fue adjudicado el uso y disfrute de dicha vivienda. En el caso, la citada resolución judicial se enmarca dentro del proceso ejecutivo especial y sumario de ejecución hipotecaria y en tal estrecho cauce procedimental se niega a decidir sobre cual sea el derecho posesorio prioritario, para lo que remite a las partes al juicio declarativo ordinario. De estimarse la demanda del acreedor hipotecario se hubiera privado a la esposa e hija del prestatario de la vivienda en cuestión, cuyo derecho de uso y disfrute les fue reconocido por resolución firme, sin observarse confabulación entre los beneficiados por el pronunciamiento de la sentencia de la audiencia y el prestatario, dueño exclusivo de la vivienda hipotecada, y sin haber sido parte en el procedimiento, ni ser oídas, y con el consiguiente quebranto de sus derechos constitucionales.

Es clave, en estos casos, la existencia de la buena o mala fe del adquirente, lo que implica una clara obligación del titular del uso de ejercitar la defensa de sus derechos, debiendo el adquirente acreditar su buena fe. Es importante entender que el derecho de uso no necesita acceder al Registro de la Propiedad para existir. Nace con el pacto de los cónyuges en convenio regulador o por la resolución que lo establece en caso de conflicto. Si se promueve su acceso al Registro de una u otra forma, lo es con la finalidad de destruir la buena fe del ulterior tercero.

Un supuesto excepcional, en lo fáctico, viene a serlo el enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 abril 2004<sup>65</sup>. Se declara

(65) Los hechos base de la expresada resolución son esencia los siguientes: «... Primero.– Para la resolución de los recursos de casación interpuestos ha de partirse de los siguientes hechos sobre los cuales no existe discrepancia alguna entre las partes:

1) En 5 de noviembre de 1979 los cónyuges don Tomás y doña Cristina suscribieron un acuerdo privado de separación en el cual se acordaba que la esposa, a quien se confiaba la guarda y custodia de los tres hijos del matrimonio menores de edad, continuaría residiendo en el domicilio conyugal, sito en ...3º. Con el objeto de asegurar a la esposa e hijos el libre disfrute de la vivienda, don Tomás “se compromete a otorgar escritura pública de usufructo a favor de doña Cristina, en el plazo máximo de diez días hábiles, a contar desde la fecha del presente contrato. Dicho derecho pleno de usufructo queda sometido a condición suspensiva en el sentido de que doña Cristina sólo podrá ejercitarlo y disfrutarlo en el supuesto de que por don Tomás no se realizara el pago de las cantidades que, como pensión alimenticia más adelante se dirán, durante un plazo de cuatro mensualidades consecutivas o alternativas”. 2) En escritura pública de 2 de noviembre de 1979, don Tomás constituyó hipoteca sobre las plantas ... de la casa número ... de la ..., a favor de la Caja de Ahorros de Cataluña, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 30 de mayo de 1980. 3) En escritura pública de 8 de noviembre de 1979, don Tomás vendió a doña Cristina el usufructo vitalicio de las plantas ... de la casa número ... de la..., escritura que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 4 de junio de 1980. 4) Ante el impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, la Caixa d’Estalvis de Catalunya instó procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, de cuya existencia fue notificada doña Cristina. 5) En dicho procedimiento judicial sumario, fue adjudicada la finca hipotecada a don Blas, dictándose auto de adjudicación en 1 de julio de 1986, en el que, además, se acordaba la cancelación de todas las cargas posteriores; en 20 de diciembre de 1986 se dictó nuevo auto por el que, subsanando la omisión habida en el anterior, se decretó la cancelación expresa del mencionado derecho de usufructo. 6) Don Blas vendió la vivienda adjudicada a don Jesús Miguel y éste, a su vez, a Antex Investment Inc. 7) Mediante auto de 28 de noviembre de 1981 de medidas provisionales de separación matrimonial, doña Cristina fue autorizada a fijar su residencia en el domicilio que venía siendo el conyugal; este auto fue ratificado por sentencia de 9 de marzo de 1982. Por sentencia de 27 de septiembre de 1988 se decretó el divorcio del matrimonio contraído por don Tomás y doña Cristina a la que se atribuye la guarda y custodia del único hijo menor de edad, de 17 años, así como “teniendo en cuenta lo establecido en el art. 96 del Código Civil, el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar”».

la inoponibilidad frente al adjudicatario de una vivienda hipotecada que actuó de buena fe, del derecho de uso que sobre la vivienda tenía la esposa del deudor hipotecario, a la que se había atribuido dicho uso en las sentencias de separación y divorcio. Esta sentencia, no desconoce la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 29 de abril de 1994, 14 de julio de 1994, 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1995, en cuanto declara que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, pero señala que los supuestos de hecho contemplados en esas resoluciones son distintos al enjuiciado. En este caso estaba acreditado que ni la sentencia de separación del año 1982 ni la posterior de divorcio de 1988 que atribuyeron el uso de la vivienda familiar a doña Cristina accedieron al Registro de la Propiedad; que, notificada la existencia del procedimiento sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria a la Sra. Cristina, ésta no puso en conocimiento del Juzgado la existencia del derecho de uso que le atribuyó la sentencia de 1982; asimismo, cuando aquélla fue requerida notarialmente para que manifestase el título por el cual venía ocupando la vivienda (acta de 29 de octubre de 1986), alegó, solamente, el derecho de usufructo, ocultando tener concedido por la sentencia de 1982 el uso de la vivienda familiar. Ante tal falta de publicidad y ocultación por la Sra. Cristina del derecho de uso no puede negarse, dice la referida sentencia, como hace la Sala de instancia, la condición de tercer adquirente de buena fe a don Blas. Señala la referida sentencia, que: «...El derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 del Código Civil, se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad; en la sentencia de divorcio de 1988 se atribuye el uso de la vivienda a doña Cristina «teniendo en cuenta lo establecido en el art. 96 del Código Civil», de lo que cabe colegir que tal atribución, al no fijarse un límite temporal de acuerdo con el art. 96.3, se hizo en razón a existir un hijo del matrimonio menor de edad cuya guarda y custodia se encomendaba a la madre. El mantenimiento de eficacia del derecho de uso así concedido, con carácter indefinido, durante toda la vida de la beneficiaria del mismo, frente a los terceros adquirentes de buena fe, contraviene esos caracteres esenciales del derecho, de provisionalidad y temporalidad, y entraña el que las necesidades familiares (inexistentes en estos momentos al haber alcanzado hace años su mayoría de edad el hijo menor del matrimonio, tenía 17 años en 1988) sean sufragadas por terceros extraños, a quienes, en todo momento, se les ocultó la existencia de ese derecho de uso...».

#### **4.2. No atribución del derecho de uso a ninguna de las partes o a ambas partes**

Este epígrafe, va referido a dos situaciones muy puntuales que, raramente, suelen darse en la práctica, pero que revisten interés. Una es la que se produce en los casos de ruptura de un matrimonio sin hijos, donde ambas partes trabajan y disponen de medios de vida independientes. En estos casos, la atribución del uso de la vivienda familiar consorcial a una de las partes, cuando no se demuestra que exista interés alguno mas necesitado de protección, puede llevar a situaciones de abuso que los tribunales suelen corregir. Señala la sentencia de 29 de mayo 2003 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el caso de separación allí enjuiciado, que no procede la atribución del domicilio familiar que ostentan en común y pro indiviso, a ninguno de los cónyuges, por no existir hijos menores de edad, ni circunstancias que acrediten que alguno esté más necesitado de protección, ambos trabajan y pueden proveer dignamente a sus necesidades, señalando que vistas las manifestaciones de las partes, resulta más aconsejable al interés de ambos que el bien quede sin carga alguna para proceder libremente a su liquidación. Se trata de supuestos en los que, aunque puedan originarse confrontaciones, los juzgados deciden no pronunciarse sobre la asignación del uso remitiendo a las partes al proceso de liquidación, casos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 12 julio 1988, sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 noviembre 1992 y 4 de junio de 1998,

sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 febrero 2000, 8 de mayo de 1992 y 29 de junio de 1998, rigiéndose hasta entonces por los artículos 392 y siguientes del Código Civil<sup>66</sup>.

La otra situación es la que puede llevar a conceder el uso a ambos cónyuges cuando los datos fácticos a enjuiciar revelan que tal es la solución más aconsejable. Es un supuesto, sin duda, de enorme rareza, que exigiría el acuerdo de las partes. Una resolución judicial dictada en tal sentido, fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de junio de 2001 señalando que ante las graves desavenencias entre los litigantes, no se hacía aconsejable que compartieran el uso de la vivienda<sup>67</sup>. Lo cierto es que cabe vivir bajo el mismo techo sin vida conyugal (art. 87 del Código Civil), aunque la situación de separación, parece en principio incompatible con el uso compartido de la vivienda familiar (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 28 junio 1993 y sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife 1 julio 1991). Realmente, parece sumamente difícil la convivencia tras la ruptura de esa red de afectos —a los que se refiere Carlos Onecha Santamaría en su trabajo publicado en Revista General de Derecho, julio 1997, págs. 6887 y ss.)— por encima de las tendencias utilitarias. El artículo 96 del Código Civil habla de cónyuge en singular si hay hijos y si no hay hijos habla solo de la posibilidad de atribución a un cónyuge, pero no de la necesidad de atribuirlo. El tema es complicado, especialmente por la conflictividad que puede ocasionar la convivencia y por algunas dramáticas experiencias.

Junto a reducidos supuestos en que se ha autorizado la distribución de la vivienda familiar (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 29 diciembre 1989, sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 7 octubre de 1993 y sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria 19 diciembre 1997), y que suelen reducirse a casos de propiedad plena por las dificultades de hacer las obras para crear independencia en régimen de Comunidad Horizontal (art. 7.1 LPH) o de vivienda arrendada (art. 23 LAU), hay otros supuestos en que se ha aprobado que la vivienda sea ocupada, durante seis meses por cada cónyuge, coincidiendo con el periodo en que viven con los hijos menores (Sentencia del Juzgado de Zaragoza número 5, de 4 de febrero de 1993) y casos en que se ha decidido que cada consorte viva seis meses hasta la división o cese del pro indiviso (Auto del Juzgado de a Instancia Número SEIS de 16 de abril de 2004 y sentencia de la Audiencia Provincial de León de 8 febrero 2000).

También la doctrina plantea el supuesto de hecho consistente en si una desposesión (anterior a la atribución del uso art. 96 del CC.), de la vivienda familiar fundada en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal<sup>68</sup>, puede impedir la actual atribución del uso tras

(66) También existen críticas a estas decisiones abstencionistas como las de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 1993 y 21 de abril de 1998.

(67) La referida sentencia declara que *no parece coherente que si la causa de separación son las graves desavenencias entre los cónyuges que imposibilitan la vida en común, se conceda el uso compartido de la vivienda obligándoles a prolongar o mantener una convivencia no querida.*

(68) Dice el art. 7.2 de la LPH, que: *«...Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes. Si el infractor persistiera en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario. Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de*

la ruptura a uno de los cónyuges<sup>69</sup>. Creemos que la respuesta irá en función de cual sea la persona sancionada. Lógicamente, la privación del uso afecta al infractor propietario sancionado y no podrá disfrutar por ello del uso de la vivienda que hipotéticamente pudiera tener ex. art. 96 del CC., y si lo son ambos cónyuges propietarios los sancionados, no parece que se les pueda atribuir el uso ex. art. 96 del CC. a ninguno de ellos. En el caso de que el sancionado lo sea uno solo de ellos, no parece haber mayor obstáculo a que se pueda dar el uso al cónyuge no infractor ni sancionado que no sea propietario o condueño, pues si no está sancionado y es dueño o condueño podrá ser, desde luego, receptor del uso. En todo caso, cabe una remisión genérica a las particulares circunstancias de cada caso concreto para adoptar una u otra postura dentro de los parámetros indicados.

### 4.3. Duración del derecho de uso

En este punto, es muy deficiente la redacción del art. 96 del Código Civil, que tan solo en el caso de no existencia de hijos, alude a que el uso, que pueda corresponder al cónyuge no titular, puede establecerse por el tiempo que prudencialmente se fije, siempre atendiendo al interés más necesitado de protección. Pese a ello, no estamos ante un derecho vitalicio, aunque su atribución lo pueda ser indefinida y siempre sujeta a los avatares fácticos que determinen que una alteración sustancial de circunstancias exijan su revisión. Desde luego, de este derecho de uso se destaca su carácter personal ligado a la propia existencia del titular, con la lógica consecuencia de que dejará de existir tal derecho al fallecimiento del titular. De otro lado, la convivencia del usuario con otra persona (vida marital) —que puede afectar a la extinción de la pensión por desequilibrio económico— no es en sí causa extintiva del derecho de uso ni «per se» implica modificación sustancial de circunstancias (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 22 diciembre 1995). En estos casos, cuando no hay hijos matrimoniales se produce el fin del interés salvo que por circunstancias personales del cónyuge usuario se establezca un límite temporal del uso (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3 febrero 1997).

Si bien puede ser aconsejable la fijación de un plazo de duración, no creemos que existiendo hijos dependientes económicamente, tal postura sea acertada, ya que al finalizar el plazo fijado, podrían seguir existiendo hijos dependientes<sup>70</sup>.

Cuando no existen hijos menores o dependientes, se impone el criterio, en la práctica, de limitar el uso que se concede a la parte más desprotegida, normalmente con el límite

---

*desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local. Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento...».*

(69) Salazar Bort, Santiago, *La atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales. Amplio Estudio Jurisprudencial*. Aranzadi Editorial. 2001, pág. 267.

(70) Uno de estos casos es el resuelto por la S.A.P.Z de 30 de julio de 2004, nº 464, de la sección cuarta. Se trataba de un supuesto en el que la sentencia de instancia había atribuido el uso del domicilio familiar ex. art. 96 del Código Civil a la madre por quedar los dos hijos del matrimonio en su compañía, hijos nacidos en los años 1979 y 1983 que cursaban estudios y carecían de independencia económica. En este caso, la precitada S.A.P.Z limita en el tiempo la atribución de la posesión del citado piso, fijando un plazo de 6 años a contar desde la fecha de la sentencia de la Audiencia, o sea, hasta el 30 de julio de 2010, con lo que podría darse la perversa situación de que aun teniendo los hijos en tal fecha 27 y 31 años, respectivamente, podrían ser lanzados del domicilio familiar aunque persistiera en tales fechas su situación de dependencia económica de los padres.

temporal de la liquidación del consorcio<sup>71</sup> y/o fijando de forma añadida, para evitar artificiales retrasos, un plazo por ejemplo de dos años como máximo<sup>72</sup>, que parece un plazo razonable para obtener una liquidación y reparto de bienes sin retrasos injustificados. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de junio de 2002, n° 353, secc. 2ª, en un caso en que se atribuyó el uso del domicilio familiar al cónyuge más necesitado de protección, no existiendo hijos, señala que: «...En lo que respecta a la atribución del uso del domicilio familiar, es cierto que en ausencia de hijos comunes, o siendo estos independientes económicamente, la atribución del uso del domicilio común a uno de los cónyuges no puede prorrogarse indefinidamente, pues en tal caso el derecho de aquel a quien se quiere proteger en los arts 96 y 103 del C.C. entraría en colisión con los derechos del otro cónyuge de acceder a la liquidación y reparto efectivo del patrimonio común, sentido en el que el art. 96.3 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta (vd STS 23 noviembre 1998 TS 1ª 23-11-98) prevé una asignación temporal al cónyuge no titular, criterio extensible al caso de titularidades compartidas so pena de desconocer los derechos que en cualquier comunidad de bienes otorga a los comuneros los arts 392 y s.s., particularmente el de solicitar la división de la cosa común (art. 400 C.C.); sin embargo, tal derecho, que debe seguir atribuido a la esposa, por cuanto es en ella en quien debe entenderse reside el interés más necesitado de protección...»; y en la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de febrero de 2002, secc. 4ª, n° 115, en un caso de inexistencia de hijos y en el que el uso se concedió al esposo por tener el interés más necesitado de protección, pero limitadamente en el tiempo hasta la liquidación del consorcio, justifica tal momento de finalización del uso indicando que *es a partir de la liquidación cuando la vivienda deja de ser un bien común, y cuando la atribución de los lotes correspondientes otorga una mayor autonomía económica a cada uno de los cónyuges.*

Expirado el plazo de concesión del uso, se plantea si es en ejecución de la resolución que concedió el uso limitado temporalmente o instando un proceso nuevo, donde se debe ventilar el desalojo del cónyuge cuyo derecho de uso ya ha expirado. En un caso similar, el Auto de 21 de julio de 2003 del juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza, confirmado por el Auto de la A. P. de Zaragoza de 30 de marzo de 2004, indica que al haber mutado el título que habilita la posesión de la vivienda (ya solo como copropietario), no es la ejecución de la sentencia que dio el uso limitado temporalmente, el cauce procesal adecuado sino el declarativo ordinario correspondiente<sup>73</sup>.

(71) Sentencia de la AP de Zaragoza de fecha 21 de marzo de 2000 referida a un supuesto en el que no existiendo hijos limita el uso atribuido a la esposa hasta el momento en que se liquide la sociedad de gananciales.

(72) Sentencia de la AP de Zaragoza de fecha 31 de marzo de 2003 y sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de febrero de 2004.

(73) Señala el Auto de 21 de julio de 2003, que: «...La naturaleza de la atribución del uso del domicilio familiar, en estos casos, la fija la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 27 de diciembre de 1999. En este caso, el uso concedido al ejecutado ha cesado, pero de ello, por sí solo, no se deriva el lanzamiento que pretende la ejecutante, y no porque el título no lo prevea a efectos formales como pretende el ejecutado, sino porque lo que procede, en punto al fondo, es una declaración de inexistencia de tal uso en el momento presente. No cabe por ello una ejecución en esta vía procesal que tienda a una recuperación posesoria que ya es ajena a la originaria atribución del uso del domicilio familiar y que se ampara en la titularidad del domicilio al 50%. No existe ya un derecho de posesión exclusivo de ninguna de las partes y es, al margen de este proceso, donde las partes han de dilucidar sus pretensiones, ya que no hay título judicial que ampare las pretensiones de la ejecutante a efectos de conseguir un desalojo que se pretende sobre vivienda de titularidad por mitad indivisa y que no deriva del título invocado. Otra cosa sería si de la titularidad de la vivienda no se derivara derecho alguno de ocupación para el ocupante si la ejecutante fuera por ejemplo la titular dominical de todo el inmueble. Abunda la tesis indicada, que la propia ejecutante haya instado demanda de juicio ordinario, ya indicada, que concurre con la vigencia de este proceso...».



#### 4.4. Necesario ejercicio del derecho de uso

Aunque se trate de un apunte conciso, debe quedar claro que estamos ante un derecho que ha de ejercitarse de forma efectiva, so pena de justificar el no uso, una invocación de cambio de circunstancias que podría llevar a su cese (vide sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de enero de 1990) en el correspondiente proceso de modificación de medidas.

#### 4.5. Valoración del derecho de uso

Una cuestión de gran interés práctico, lo es la relativa a si el derecho de uso sobre la vivienda familiar que una resolución judicial atribuye a una de las partes en una situación de crisis matrimonial, es evaluable de algún modo en un proceso de liquidación del régimen económico matrimonial. Como se verá, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que a los efectos de la liquidación, el derecho de uso no es evaluable y no puede computarse para minusvalorar el bien sobre el que recae.

Así la sentencia del T.S de 4 de abril de 1997 RJ 1997/2636 declara al efecto que: «...El artículo 96 del Código Civil prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuye a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso, se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa. La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992 [RJ 1992/10136]) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; “derecho real familiar” dice la Sentencia de 18 octubre 1994 (RJ 1994/7722); “no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real”, dice la de 29 abril 1994 (RJ 1994/2945). En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 diciembre 1992 (RJ 1992/10684), 14 julio 1994 (RJ 1994/6439) y 16 diciembre 1995 (RJ 1995/9144) y, en último término a la familia: “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...” dice la Sentencia de 31 diciembre 1994 (RJ 1994/10330). En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en los artículos 91 y 96 del Código Civil por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal. No aparece infracción de norma alguna en las sentencias de instancia en tal atribución ni en la ausencia de su valoración en este momento de liquidación de comunidad ganancial, pues no es una carga (a favor de la esposa recurrente) que infravalore la propiedad (que es de la esposa recurrente). El motivo, pues, debe ser desestimado...». Para el T.S., es evidente que en un trámite contencioso de liquidación de la sociedad conyugal no debe valorarse el uso judicialmente otorgado como carga, pudiendo citarse junto a la anterior sentencia, las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 23 de enero de 1998, 29 de abril de 1994 y 23 de diciembre de 1993. Se trata así, como liberado de cualquier gravamen, un inmueble que ciertamente lo tiene, de forma incluso que no desaparece ni a consecuencia de la liquidación de la sociedad consorcial cuando afecta a vivienda consorcial o en copropiedad.

Frente a la postura que remarca la jurisprudencia del Tribunal Supremo, existen opiniones que asumen que no es fácil la respuesta a dar a la pregunta acerca de si es pasivo el uso de la vivienda. En Aragón, sigue la línea marcada por el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de septiembre de 1999 al indicar que no puede incluirse en el pasivo el indicado derecho de uso de la vivienda familiar al no integrar un crédito de la esposa contra la comunidad sino una forma de protección del interés más necesitado de protección con alcance erga omnes, pero sin integrar un derecho real ni servir para otorgar un plus de protección. No encaja tal uso en ninguno de los supuestos del art. 1.398 del Código Civil como indica la sentencia precitada. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de abril de 2000 declara que: «...Discrepa también el recurrente en el tratamiento que la sentencia de primer grado da al derecho de uso de la vivienda conyugal que la sentencia matrimonial otorga a la esposa. En ella dicho valor es descontado del valor de dicha vivienda para el cómputo del valor del lote adjudicado a la esposa. Para el recurrente, lo procedente sería descontar sólo el 50% del valor de ese derecho de uso, pues hacerlo del modo que se dice en la sentencia reducir del valor de la vivienda el 100% del valor de uso, significaría tanto como otorgar a la esposa un crédito al marido por un 50%. La cuestión así planteada no es de fácil solución, hasta el punto de que ante su dificultad la STS núm. 1073/1995, de 16 de diciembre (RJ 1995/9144), insta a los cónyuges para que hagan uso de la facultad que les otorga el artículo 1062.2 CC. Sí es evidente, al menos, que la carga que representa el derecho de uso opera de diferente manera según que el cónyuge al que se adjudique el bien, sea o no el que permanezca en el uso de la vivienda de ahí que la STS núm. 278/1997 (RJ 1997/2636) se haya inclinado por la tesis de que en el caso de que se produzca dicha igualdad, ese derecho de uso no es una carga que infravalore la propiedad. En el caso, como queda dicho, el marido consiente la reducción en un 50% del valor de uso, por lo que esta solución ha de ser aceptada...».

La experiencia práctica diaria en juzgados de familia, demuestra que, siempre que se acomete una liquidación del consorcio, las partes no olvidan el gravamen que supone la existencia del uso y tienen muy en cuenta la necesidad de valorar tal uso, de una u otra manera, al observar una situación real que supone una carga evidente, afectante a la disponibilidad del inmueble. Ello no obsta tampoco a reconocer la bondad de la doctrina del T.S. que es contraria a esta práctica. Algún sector doctrinal contrario a la postura unánime del T.S.<sup>74</sup>, señala que es una postura mucho más realista y constructiva la contraria y que han recogido algunas resoluciones judiciales menores con cita de las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora de 8 de marzo de 1997, de la Audiencia Provincial de Álava de 15 de septiembre de 1997 y de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 16 de junio de 1998, por considerar que, entre otros argumentos, en las liquidaciones consensuadas, la experiencia demuestra que, de uno u otro modo, ese derecho de uso se valora como una cesión o aportación relevante. Algún otro autor<sup>75</sup> defiende, en argumentación inversa, que el cónyuge desposeído del uso de la vivienda debería recibir una compensación en el momento de liquidarse los gananciales, también en el caso de que la vivienda sea privativa. Además, no cabe dejar de señalar que el derecho de uso implica una utilidad económica evidente, que puede incluso equivaler al ahorro de gastos que soporta la parte adversa que sale del domicilio familiar para disfrutar de un inmueble parecido a título arrendaticio. Todo lo indicado, frente a una pacífica doctrina del Tribunal Supremo, refleja la existencia de una realidad compleja que no siempre es objeto de la misma solución en los procesos de liquidación consensuados, existiendo en la doctrina muy variadas opiniones.

(74) «El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios». Rafael Rodríguez Chacón. «La conflictividad en los procesos familiares: Vías jurídicas para su reducción». Dykinson, 2004.

(75) M.A. Velázquez Martín, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», Actualidad civil, 10/2002, Doctrina (2002), págs. 343-359.

#### 4.6. Derecho de uso y acceso al registro

No parece que pueda cuestionarse que el derecho de uso, sea cual sea su naturaleza, puede ser inscrito, tanto en el marco de su atribución como medida provisional ex art. 103.2<sup>a</sup> del Código Civil como por inscripción de la sentencia que lo atribuye<sup>76</sup>. Se trata de una medida de enorme trascendencia práctica y por ello el art. 102 in fine del Código Civil permite a cualquiera de las partes instar la oportuna anotación de la demanda de nulidad, separación o divorcio en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil. El derecho de uso es oponible a terceros pero no puede ir en fraude o perjuicio de acreedores que lo eran antes de que se constituyera el derecho de uso (de ahí la conveniencia de su inscripción), ni puede limitar los derechos de otros titulares que no son parte en el proceso matrimonial. El uso atribuido sobre la vivienda familiar, será inscribible siempre que lo permita la titularidad inscrita de la vivienda a la que afecte. No debe olvidarse, en todo caso, que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la que establece que *el derecho de uso de la vivienda familiar no puede inscribirse si el bien está inscrito a favor de un tercero que no interviene en el procedimiento, por falta de tracto, pues, de otro modo, se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos e intereses legítimos y proscripción de la indefensión (artículo 24 de la Constitución Española), así como los principios registrales de salvaguardia judicial de los asientos (artículos 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), de legitimación (artículo 38 de la misma Ley), y tracto sucesivo (artículo 20 de la repetida Ley), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante en un procedimiento en el que no ha sido parte*<sup>77</sup>. Se trataría en estos casos, por ejemplo, de un uso atribuido a la esposa sobre la totalidad de una vivienda cuya mitad indivisa es del esposo y la otra mitad indivisa de una hermana del esposo que no ha intervenido en el proceso donde se ha otorgado el uso<sup>78</sup>.

Como caso peculiar, cabe la cita de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 2004 en un supuesto de finca cuyo usufructo correspondía a un tercero que no constaba hubiera intervenido en el procedimiento de separación en el que en un convenio regulador se daba el uso de la vivienda familiar a la esposa, y allí se declara que no puede inscribirse el uso de la vivienda cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el convenio regulador; sin pronunciarse sobre qué sucedería si el problema a resolver fuera el de si podría o no inscribirse el uso como sucesivo al usufructo actual.

El art. 91 y el art. 144.5 del Reglamento Hipotecario, en los supuestos en que la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia (solo cuando éste carácter constase en el Registro en el caso del art. 144.5), hacen necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre la vivienda de uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la

(76) Señala al efecto la resolución de 25 de octubre de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que: «... Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos "erga omnes", por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido...».

(77) Vide resoluciones de la D.G.R.N. de fechas 28 de noviembre de 2002, 17 de diciembre de 2002 y 18 de octubre de 2003.

(78) En este caso, si el uso se atribuyó sobre una vivienda no puede el Registrador fraccionarlo, deberá denegar hasta que confirme el condómino extraño su consentimiento como consecuencia de la relación subyacente que le unía con el condómino titular cuyo matrimonio entró en crisis, o como consecuencia de la relación que pueda unirle con el usuario, lo que lógicamente requerirá titulación complementaria.

vivienda no es la familiar, en un caso, y en el otro, exige para la anotación del embargo sobre la vivienda familiar, que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.

En la doctrina se ha señalado que<sup>79</sup> la permanencia del derecho de uso no se condiciona siquiera a su previa inscripción en el Registro de la Propiedad y ello con apoyo en lo señalado tanto en la sentencia del T.S. 31 de diciembre de 1994 como en la sentencia del T.S. de 4 de diciembre de 2000. En la primera<sup>80</sup> sentencia, se impone la subsistencia de la carga que supone el derecho de uso al adquirente del inmueble, aunque no esté inscrito el uso en el Registro de la Propiedad y en la segunda, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 25 de mayo de 1995, en un caso en el que con posteridad al embargo de la mitad indivisa de la finca se constituyó judicialmente un derecho de uso sobre la totalidad del inmueble a favor de la esposa propietaria de la otra mitad de la finca, se declara la admisibilidad del ejercicio de la *actio communi dividundo* por el nuevo adquirente de la mitad indivisa pero manteniendo el derecho de uso que grava toda la finca<sup>81</sup>.

(79) «El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios». Rafael Rodríguez Chacón. «La conflictividad en los procesos familiares: Vías jurídicas para su reducción». Dykinson, 2004.

(80) «...Ésta era la situación de los cónyuges, hoy litigantes, que obtuvieron vivienda del padre del esposo, sin que haya acreditado que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento habría podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia. Y en esta situación posesoria de los cónyuges sobrevino el divorcio y la decisión del Juez de familia (sin necesidad de entrar a conocer el vínculo jurídico en virtud del cual ocupaba el grupo familiar la vivienda) que aprobó el convenio en el que se atribuyó el uso a la esposa y descendencia. Después de esta decisión judicial, oponible «erga omnes», aunque no generadora de un derecho real, el esposo que había poseído la vivienda con la familia, sin que haya acreditado que poseyera en virtud de derecho alguno protegido por el artículo 1320, devino propietario por herencia de su padre y la situación posesoria, que en vida de éste dependía sólo de su voluntad, pasa a depender de la decisión judicial, que protege a la familia en virtud de la aprobación del convenio, al amparo de los artículos 90 y 96 del Código Civil, y en esta situación se plantea el litigio sobre la validez de la venta de la vivienda familiar, efectuada por el esposo y la hipoteca posterior constituida por el comprador y la “Caixa D’Estalvis”, que ha dado lugar a la sentencia desestimatoria que en este recurso se impugna... SEXTO.— El motivo cuarto denuncia por la misma vía del número 5 del artículo 1692, la infracción del artículo 1320, párrafo 2.º del Código Civil, por aplicación indebida. El razonamiento, en síntesis, sostiene: el artículo 1320.2.º no es aplicable al caso de autos, es aplicable y no se aplica el artículo 96.4 y este precepto permite anular la enajenación sin que la anulación de la venta pueda impedir la buena fe del adquirente, porque este precepto no contiene norma equiparable con el párrafo 2.º del artículo 1320 que protege al adquirente de buena fe. El motivo decae porque el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición...».

(81) En realidad en esta sentencia el TS aplica el art. 38.5º de la L.H. señalando que: «...Tal eventualidad resulta subsumible en el párrafo 5º del art. 38 de la Ley Hipotecaria que precisamente regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor. Según se ha declarado en otras ocasiones por esta Sala (sentencias de 6 de abril de 1996 [R] 1996/2881], de 22 de marzo de 1994 [R] 1994/2567] y de 12 de diciembre de 1988 [R] 1988/9428], que cita muchas otras) la norma establecida en el precepto mencionado determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado...», para luego indicar que: «... A la vista de todas las circunstancias concurrentes procede llegar a la conclusión de que si el señor C. no actuó con absoluta mala fe, en el sentido de querer perjudicar a la señora P. M., dejando —de acuerdo con el esposo de la misma— vacío de contenido el derecho de uso que a la recurrente había asignado la Audiencia Provincial en la sentencia que pocos días antes había puesto fin a la causa de separación matrimonial en que aquélla era parte, sí, al menos, era conocedor, por su relación de amistad con el señor J. L., de la existencia de ese proceso y de la atribución, judicial de aquel derecho, pues no se encuentra otra explicación a su repentina decisión de acudir a la 3ª subasta cuando ya había sido concedido el uso de la vivienda familiar y ofrecer, sin embargo, la cantidad en que se había valorado el bien en fecha en que todavía carecía de gravamen... A partir de esta conclusión, ha de entenderse que el señor C. no ejercita de buena fe los derechos que —como anteriormente se ha expuesto— podrían invocarse como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas, por lo cual no puede ampararse en la presunción de exactitud registral que, de otro modo, evitaría que la adquisición que había realizado resultase afectada por la concesión a la recurrente

En línea con lo dicho antes al hablar de derecho de uso y ejecución hipotecaria, no parece superfluo recalcar que el derecho de uso nace cuando se atribuye en convenio o en resolución judicial y que dura el plazo fijado convencional o judicialmente o lo que las circunstancias establezcan. Lo que ocurre es que su acceso al Registro le otorga eficacia «erga omnes» y por tanto presunción de existencia en tanto no se cancele registralmente. El nacimiento del derecho de uso no está vinculado al acceso al Registro.

Finalmente, debe indicarse que no parece que obstara a la inscripción del uso, la falta de descripción de su naturaleza en la sentencia que lo otorga ni que no se le haya fijado plazo de duración. En este sentido, la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2004<sup>82</sup>, apartándose de doctrina anterior que consideraba el derecho de uso, en estos casos, como un derecho real con clara eficacia erga omnes (Resolución de 1 de septiembre de 1998), considera que el derecho de uso atribuido en los supuestos de crisis matrimonial, no tiene la naturaleza de los derechos reales, pues la distinción entre derechos obligacionales y reales es propia de los derechos patrimoniales y aquí se trata de un derecho de carácter familiar. De ello se extrae la conclusión de que no se necesita la fijación de un plazo máximo de duración al derecho de uso para su acceso registral.

La cuestión afectante a la determinación de si en situación normal del matrimonio puede acceder al Registro de la Propiedad la condición de vivienda familiar de un inmueble, ya fue tratada y resuelta por el profesor Sánchez Rubio en la ponencia ya referenciada de los cuartos encuentros del Foro sobre Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón señalándose allí que *sin embargo, quizá el art. 7 R.H. proporcione apoyo a tal fin, por cuanto permite la inscripción de cualquier acto o contrato de trascendencia real que modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales. El destino a vivienda familiar habitual de un inmueble —tanto si se califica de acto como de contrato— origina una modificación en su régimen jurídico y una restricción en las facultades de su titular que, desde ese momento, no podrá disponer de él pese a su carácter de privativo, sin consentimiento de su cónyuge. El fundamento de su acceso al Registro no sería diferente al que justifica la inscripción de las resoluciones judiciales declarativas de situaciones que implican cambios en la capacidad de las personas para disponer de sus bienes. De admitirse esta posibilidad, el instrumento adecuado para solicitar la constancia de este dato en el Registro, sería el público en el que ambos cónyuges —y no sólo el titular del inmueble, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70*

*del derecho de uso de la vivienda...». En este caso, el piso familiar pertenecía por mitad y pro indiviso a los cónyuges. La mitad indivisa del esposo le fue embargada en causa criminal y el embargo se notificó a la esposa y se anotó en el Registro en 1991. La posterior venta en subasta de la finca se aprobó por Auto de remate de 7 de abril de 1993, constando que la sentencia de separación dictada por la Audiencia fue de fecha 26 de enero de 1993 y que en ella se daba a la esposa el uso del domicilio familiar, accediendo la sentencia al Registro el 16 de marzo de 1993.*

(82) «...Realmente son dos los defectos que señala la calificación: la no determinación del derecho que se atribuye y la falta de especificación de la duración del mismo. En cuanto al primero, es cierto que lo determinante de una resolución judicial es el fallo, pero, aunque pueda ser confuso —y más en el caso examinado en que la vivienda está inscrita con carácter ganancial— dicho fallo ha de ser interpretado en función del contenido de los Fundamentos de la sentencia, y es claro, según éstos que lo que se está atribuyendo es el uso de la vivienda familiar. 3. Más dificultades plantea la cuestión de si tal derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para que pueda inscribirse. La conclusión más correcta es que tal señalamiento del plazo no es necesario, y ello porque: a) si bien ha de constar en el Registro el plazo de duración de los derechos reales de carácter temporal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil); b) tal derecho de uso, aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y c) la atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (cfr. artículo 91 “in fine” del mismo cuerpo legal), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable...».

del Código Civil— declarasen el carácter de vivienda familiar habitual del inmueble, o bien la resolución judicial correspondiente.

#### 4.7. Uso y gastos de la vivienda familiar

A falta de acuerdo por las partes interesadas, se debe determinar, en los casos de ruptura, quién abona los gastos que el uso conlleva. Parece evidente que los gastos de uso ordinario los afronta la parte que tiene concedido el uso, entrando en ellos la cuota ordinaria de la comunidad de propietarios y los servicios y suministros por ejemplo<sup>83</sup>, pero ni en este punto es unánime la doctrina, existiendo un excesivo casuismo tributario del caso concreto. Los gastos que gravan la propiedad como el IBI parece que deben abonarse en función de la titularidad del bien. El Auto nº 467 de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 12 de julio de 2001 indica que: «...El I.B.I. es un impuesto que grava la propiedad o derecho real de uso. Sin embargo, la atribución del uso de la vivienda conyugal en las resoluciones judiciales en procedimientos de separación o divorcio no es un derecho real de uso, aunque, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, despliegue eficacia erga omnes. Resultando que, en el presente caso el I.B.I., al no concurrir derecho real de uso, grava la propiedad de la vivienda, perteneciendo la misma a la comunidad postmatrimonial, el pago de los recibos de I.B.I. de 1997 y 1998 corresponde por mitad al Sr. J. y a la Sra. S., quien, además disfruta el piso en compañía de las hijas comunes...». En estas condiciones, la Audiencia indica que el I.B.I. lo deben pagar por mitad ambas partes y no en su totalidad la esposa. Este mismo criterio es el que mantiene el Auto nº 490 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 20 de julio de 2001<sup>84</sup>. Sin embargo, encontramos la solución contraria en anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 12 de julio de 2000 que, suponiendo el carácter de derecho real familiar del uso de la vivienda atribuido a la mujer, usuaria por ello de una mitad y propietaria pro indiviso de la otra mitad del domicilio familiar, reúne para la citada resolución las dos posibles condiciones que el impuesto grava<sup>85</sup>.

(83) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 24 de abril de 1997.

(84) Dicho Auto indica que: «...Como señala la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 1994 (RAJ 1994, 2.945), en coincidencia con la doctrina científica mayoritaria, y a la que alude la parte apelante en su recurso, “el derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos 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”. Siendo ello así y habida cuenta que, conforme dispone el artículo 61 de la Ley de Haciendas Locales, “el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es un tributo directo de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana sitos en el respectivo término municipal, o por la titularidad de un derecho real de usufructo o de superficie, o de la de una concesión administrativa sobre dichos bienes o sobre los servicios públicos a los que estén afectados, y grava el valor de los referidos inmuebles”, y que son sujetos pasivos del mismo, según el artículo 65 de dicho texto legal, los propietarios de dichos bienes inmuebles sobre los que no recaigan los referidos derechos reales de usufructo o de superficie; los titulares de estos últimos derechos o de una concesión administrativa sobre los bienes inmuebles, es de revocar el auto apelado en cuanto que impone a la hoy apelante la obligación de satisfacer en su integridad el importe del recibo del IBI, ejercicio 2000, girado por el Ayuntamiento de esta Ciudad en relación con la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges litigantes, y cuyo uso fue atribuido por la sentencia de 9 de abril de 1999, dictada en los presentes autos, a la Sra. G., en unión de los hijos del matrimonio, al hacer dicha resolución indebida aplicación de lo previsto en los artículos 504 y 505 del Código Civil, siendo así que los sujetos pasivos de dicho impuesto municipal son ambos esposos, en cuanto que propietarios de dicha vivienda, quienes deben abonar el mentado impuesto por mitades e iguales partes por lo que sólo es doble requerir a la recurrente para que satisfaga la parte alícuota que a la misma corresponde...».

(85) Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza citada, que: «... El Impuesto de Bienes Inmuebles, como la antigua Contribución Territorial Urbana, a la que sustituyó desde febrero de 1990, es un tributo directo de carácter real, cuyo hecho imponible está constituido por la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana sitos en el respectivo término municipal, o por la titularidad de un derecho real de usufructo o de superficie o de la de una concesión administrativa sobre dichos bienes (artículos 61 y siguientes de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales). Con lo que, supuesto el carácter de derecho real familiar del uso de la vivienda atribuido a la apelante (STS 18 octubre 1994), dicho está que en esta, usuaria de una mitad y propietaria pro indiviso de la otra mitad de la vivienda cuyo uso le fue adjudicado en el convenio regulador de su separación, concurren las dos posibles

Finalmente y respecto a los gastos de hipoteca, en principio parece lógico su abono por mitad por los cónyuges que sean titulares del préstamo<sup>86</sup>, lo que no obsta a que en aquellos casos de diferencia de ingresos, sea por ejemplo uno de los cónyuges el que abone la hipoteca al 100% sin perjuicio de los reembolsos a que tenga derecho en la fase de liquidación, aunque sea el otro cónyuge el que tenga concedido el uso, si, por ejemplo, carecía de recursos económicos al ser la otra parte la única que generaba recursos para la familia (sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 6 de febrero de 1997).

No dejaría tampoco de ser ejemplificativa, en casos de conflicto, la forma en que la Ley 2/2003, de 12 de febrero, regula la contribución a las cargas respecto al titular del usufructo viudal en los arts. 107 y 112 a 114, con específica referencia a tributos, la cual podría servir de pauta orientativa en casos más o menos similares.

#### **4.8. Compatibilidad entre derecho de uso y liquidación del régimen económico matrimonial**

En esta materia, existe una amplia doctrina jurisprudencial<sup>87</sup>, que asume que una liquidación de un régimen económico matrimonial no es causa de extinción del derecho de uso concedido sobre aquella vivienda familiar que lo sea consorcial o pertenezca en copropiedad a ambos esposos, sin olvidar que, a veces, es frecuente que la resolución judicial, por ejemplo cuando no hay descendencia, conceda el uso de la vivienda a una de las partes por tener el interés más necesitado de protección, pero de forma limitada en el tiempo a la fecha de la efectiva liquidación y reparto de los bienes del consorcio, en cuyo caso, la liquidación y división del consorcio, sí acarrearán la extinción del derecho de uso. Por lo indicado, es evidente que si la titularidad de la vivienda familiar, lo es de los cónyuges, el derecho de uso no impide, por ejemplo, el ejercicio de la acción de división de cosa común, si bien con mantenimiento del derecho de uso<sup>88</sup>.

No se da tal mantenimiento del derecho de uso en los casos de proindivisión con extraños, donde precisamente la opinión mayoritaria es la de que el ejercicio de la acción extingue el uso. Este es el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 1990, en el cual, el proceso de liquidación de una sociedad de gananciales, sí motivó la desaparición del derecho de uso sobre la vivienda, pero con la peculiaridad de

---

*condiciones que el Impuesto grava, el cual, en este sentido, no puede ser considerado como Impuesto sobre el capital, y por tanto incluido en el ámbito del art. 505 CC, sino como una "carga del disfrute" que, incluida por tanto dentro de las "contribuciones anuales" a que se refiere el art. 504 del Código Civil, pesa sobre el usuario en virtud de lo dispuesto por el art. 527 del CC, que se remite en este punto a lo dispuesto respecto de las contribuciones por el art. 504 del mismo Cuerpo legal. La usuaria apelante, por tanto, en cuyo sentido debe estimarse el recurso de D. Julián, no puede deferir al copropietario demandado, al margen de su producida o no producida prescripción, la derrama que el fallo de la sentencia incluye en la letra b) del apartado 2 del fallo como "deudas del esposo con la esposa" y "pasivo de la sociedad"; ni la "derrama de fachada" y "ascensores" que solicitaba en su demanda y recogió la sentencia de instancia en cuanto al primer concepto a la letra b) de aquel apartado, pues no acreditado por ella, demandante en la instancia, el carácter extraordinario de tales gastos, las realizadas deben tenerse por reparaciones ordinarias, a cargo de ella, en cuanto usuaria, ex art. 527 y 500 del Código Civil; ni tampoco la partida correspondiente a la instalación de gas, la cual, como mejora útil, se rige por lo dispuesto por el art 487 CC y no merece indemnización...».*

(86) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de enero de 2000 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2001.

(87) Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 22 de septiembre de 1988, 22 de diciembre de 1992, 14 de junio de 1993, 16 de diciembre de 1995, 14 de marzo de 1997, 4 de abril de 1997, 8 de marzo de 1999 y 27 de diciembre de 1999. En concreto, las sentencias de 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 se refieren a la posibilidad de ejercicio de la acción de división de cosa común respecto de la vivienda familiar cuya propiedad se atribuye pro indiviso a ambos cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo concedido el uso de la misma uno de los esposos.

(88) Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fechas 20 de febrero de 2003 y 7 de abril de 2003.

que tal sociedad liquidada no era la de los cónyuges litigantes. De un primer matrimonio del que era titularidad la vivienda y del que nació un hijo, al fallecimiento de la esposa no se liquidó la sociedad y el viudo contrajo nuevas nupcias teniendo otros dos hijos de su segundo matrimonio y siguiendo en el mismo piso fijado el domicilio familiar. Tras la separación del segundo matrimonio y concesión del uso de la vivienda a la segunda esposa y sus hijos, el separado liquidó con el hijo del primer matrimonio la sociedad de gananciales de su primer matrimonio y la vivienda se la adjudicó el hijo del primer matrimonio que ejercitó la acción declarativa de dominio, logrando el lanzamiento de la segunda esposa de su padre. En este caso, el Tribunal Supremo admitió el derecho del hijo a salir de la indivisión y entendió que no era aplicable el art. 1320 del Código Civil.

#### 4.9. Valoración de viviendas de protección oficial en los procesos liquidatorios

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>89</sup>, parece pacífica la línea doctrinal que considera que las viviendas de protección oficial han de valorarse por su precio de mercado a estos efectos. En el peculiar supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de mayo de 2001<sup>90</sup>, se indica que, a efectos de calcular el importe de la legítima a percibir en una herencia, las viviendas de protección oficial deben ser valoradas por su precio de mercado, pero minorándolo en el importe de los gastos que lleve consigo la descalificación de la vivienda en la época de la valoración.

En esta materia de Viviendas de Protección Oficial la sentencia nº 369 de 10 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Zaragoza declara que: «...Es doctrina jurisprudencial

(89) Vide sentencias del Tribunal Supremo de fechas 11 de julio de 1995 y 14 de noviembre de 2002. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1995, que: «...Que siendo la única discrepancia la relativa a la adjudicación y valoración del inmueble actualmente disfrutado por resolución judicial como vivienda familiar por la esposa, es claro, que la pretensión de ésta según su "petitum" y por las razones que aduce de su actual derecho de uso de la vivienda, de que se le adjudique la propiedad de la misma —apartado E, de su "petitum"—, habiendo de compensar al marido a tenor de la valoración de dicha vivienda en el importe de 1.323.509 pesetas, como valor máximo según el Régimen de Viviendas de Protección Oficial, en el 50% de esta suma, es una petición a todas luces que vulnera el específico módulo de igualdad de citado artículo 1061, ya que es evidente se elude crasamente ese mandato con pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora. 2.º) Con independencia de cuál sea el tratamiento de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculante de sus previsiones, no se ignora —como se especifica en la impugnación del recurso—, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del Real Decreto 2960/1976, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema "decidendi"), y que, en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad...».

(90) Señala la indicada sentencia, que: «...La tesis que se mantiene en la fundamentación del motivo es la de que estas viviendas han de valorarse de acuerdo a los precios legales tasados, no con arreglo a valor de mercado como ha hecho la sentencia recurrida. Se resalta además, que él vendió la vivienda heredada de su esposa de acuerdo a la normativa legal. El motivo se desestima en cuanto al último argumento, pues la valoración de los bienes hereditarios no puede en modo alguno dejarse al albur de lo que el vendedor hubiera obtenido por ellos. Los legitimarios (en el derecho civil catalán lo mismo que en el Código Civil) tienen derecho a una valoración objetiva. Tampoco es admisible la sujeción a este fin a los precios legales, que están dados para la venta y el arrendamiento, sin que ello signifique acoger por entero el criterio de la Audiencia, que se atiene al valor del mercado. En efecto, la vivienda de protección oficial tiene un valor en el mercado libre que no coincide con el valor legal. Pero para que entre legalmente en el mercado libre a sus precios, ha de descalificarse, lo que implica devolución de ayudas y subvenciones públicas, que son las que hacen posible esa discordancia entre los precios legales y los precios del mercado en beneficio de los que acceden a esta clase de viviendas. La sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1995 declaró, aunque para la valoración de patrimonios conyugales a la hora de disolverse y liquidarse, pero aplicable por una razón de clara analogía a la del patrimonio hereditario, que era procedente la valoración a precios de mercado. Este criterio se mantiene en esta resolución, si bien se matiza en el sentido de que al valor en cuestión ha de restársele el importe a que asciendan los gastos que lleve consigo la descalificación de la protección oficial en la época de la valoración. El motivo se estima en cuanto impugna el criterio de la Audiencia para la valoración de los bienes hereditarios, que efectivamente no es acertado, aunque no se acoja su tesis...».



*consolidada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, tal como señala el Auto de la misma, de fecha 16-5-2000 (RAJ 2000, 3.915), que remite a las sentencias de fechas 11-7-1995 y 16-12-1995 (RAJ 1995, 5.958 y 9.144, respectivamente), que las Viviendas de Protección Oficial han de ser valoradas en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales o regímenes económicos análogos, como es el de la sociedad legal tácita aragonesa por el que se rige el matrimonio de los hoy litigantes, conforme a su precio real y sin tener en cuenta las limitaciones establecidas para su venta en la legislación especial, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges, máxime cuando se trata de un régimen de carácter temporal, criterio jurisprudencial al que se ha atendido la sentencia apelada, por lo que decae el primero de los motivos del recurso aducidos por la apelante...».* Ésta es la misma tesis sostenida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de febrero de 2003 nº 102. Por su parte, la sentencia de la misma Audiencia de 19 de enero de 2004 confirma el criterio de la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de junio de 2002 en cuanto añade que, en estos casos, la valoración debe referirse al momento de la disolución del régimen económico matrimonial, que considera que lo es la fecha de la sentencia de separación en tal supuesto concreto.

Sobre esta materia, manifiesta el Registrador de la Propiedad Joaquín Oria Almudí, que *hay abundante jurisprudencia que entiende que el valor de las viviendas protegidas en las liquidaciones de la sociedad conyugal puede ser el valor de mercado, y no el precio máximo autorizado. Yo creo que esta situación ha cambiado. De lo que se ha expuesto hasta ahora, puede deducirse que la vivienda protegida va a tener su propio mercado, y su precio en ése mercado propio, será el que le corresponda, con independencia de su valor comparativo con las demás viviendas no protegidas. Esto no quiere decir que las partes no puedan valorar la vivienda a los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal como les parezca oportuno, sólo quiere decir, que si esa valoración no se ajusta al precio máximo oficial de la vivienda, en realidad la vivienda va a estar supervalorada, con el consiguiente perjuicio para el que se la adjudica. Ya no puede valorarse en el activo como si fuera vivienda libre, y poner en el pasivo los gastos y sanciones derivados de la descalificación, en primer lugar, porque los plazos del art. 13 de la Ley no es posible la descalificación (15 años para las de promoción privada), y en segundo lugar, porque aun transcurrido dicho plazo, la descalificación es una facultad discrecional de la Administración, que concederá o no según los objetivos de su política de vivienda y las necesidades del mercado, por lo que nadie puede garantizar que una descalificación va a ser obtenida, ni en qué plazo, ya que los criterios de un determinado momento pueden variar dependiendo, por ejemplo, de posibles cambios políticos en los Gobiernos autonómicos. Yo entiendo que el único coeficiente corrector que puede aplicarse a la valoración de la vivienda, es el de los años que faltan para que deje de estar obligatoriamente en el mercado de vivienda protegida para poder pasar al mercado libre. Parece que puede darse un valor diferente a la vivienda que en 2 ó 3 años va a poder ser vendida a precio libre, que a la que le faltan 25 años.*

#### **4.10. Criterios para la adjudicación de la vivienda familiar en los procesos liquidatorios**

En principio, parece evidente que, en trance de liquidar una sociedad conyugal donde se ha de decidir sobre el destino que haya de darse al domicilio familiar, ninguna de las partes debe tener un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar, ni tal derecho puede ligarse al derecho de uso de la vivienda familiar que corresponda a una de las partes<sup>91</sup>, naturalmente al margen de las previsiones del art. 1406 del Código Civil para el caso de fallecimiento en el sistema del Código Civil. Ello no es óbice a que se considere útil la adjudicación de la vivienda familiar a través de la oportuna compensación econó-

(91) Éste es el criterio de las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 14 de marzo de 1997 y 10 de noviembre de 1997.

mica a la otra parte, fundiéndose así la propiedad y el derecho de uso y evitándose situaciones contrarias que afectan al valor de uso del bien familiar y a las relaciones personales de las partes, caso en que la propiedad del domicilio familiar es de una parte y el uso lo tiene concedido otra parte.

En Aragón, la Ley 2/2003, en el art. 85, en sede de liquidación y división, concede a cada cónyuge un derecho potestativo de adjudicación preferente (que en la Compilación estaba limitado al cónyuge sobreviviente), que se extiende a todas las causas de disolución, salvo para la vivienda. En concreto el art. 85.2.g) señala que cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes: *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento tuviera su residencia habitual*. Así, en Aragón, el derecho a que se incluyan con preferencia en el lote de cada parte determinados bienes, en relación a la vivienda donde el matrimonio tuviera su residencia habitual, se limita al caso de disolución por muerte. Ciertamente, es un precepto similar al del art. 1406 del Código Civil.

La doctrina plantea la posibilidad de que se pudiera, por ejemplo, pedir que en fase de adjudicación, en vez de la atribución de la propiedad de la vivienda familiar se adjudicase a una de las partes un uso o habitación en vez de la adjudicación en propiedad, hecho que haría menos gravosa la adjudicación.

Por otra parte, los arts. 1061 y 1062 del Código Civil en el caso de que fuera el inmueble el único bien de la familia, parece que motivarían una adjudicación al 50% a cada uno con los problemas que ello conlleva.

#### **4.11. Reparto de bienes y proporcionalidad en la adjudicación**

En ámbitos de derecho común, si bien parecería que cuando se liquida una sociedad conyugal, las partes podrían pactar el reparto de bienes que tuvieran por conveniente, por muy desequilibrado que fuera, con la idea de que se está ante una transacción en la que no caben más causas de ineficacia que las enumeradas en el artículo 1817 del Código Civil<sup>92</sup>, lo cierto es que, en este punto, las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 26 de enero de 1993, 8 de marzo de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 16 de febrero de 1998<sup>93</sup>, consideran que, por ejemplo, en el caso de una liquidación y adjudicación de bienes practicada en el convenio regulador del juicio de separación matrimonial, no existe una transacción, con lo que no hay pues ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a la rescisión por lesión según el artículo 1074 del Código Civil<sup>94</sup>, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial.

En Aragón, este criterio parece estar vigente, pues las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fechas 19 de enero de 2000, 24 de julio de 2000 y 29 de febrero de 2000, entre otras, asumen que, como indica la primera de las citadas, *las operaciones parti-*

(92) Señala el art. 1817 del Código Civil que: «La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documento, está sujeta a lo dispuesto en el art. 1265 de este Código. Sin embargo, no podrá una de las partes oponer el error de hecho a la otra siempre que éste se haya apartado por la transacción de un pleito comenzado».

(93) En base a estas resoluciones se puede decir que, si bien el convenio regulador de la separación solo puede anularse cuando está viciado de un error grave y esencial, ello no obsta a la anulación de la liquidación y partición de la sociedad consorcial, algo diverso aunque ésta dimane del convenio regulador, con lo que no se podría, pues, aplicar la doctrina de los actos propios para obviar la anulación de la liquidación.

(94) Señala el art. 1074 del Código Civil que: «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas».

cionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas, por las causas comunes a todos los negocios jurídicos y, además, por la especial rescisión que el Código regula, bien por omisión de bienes, bien por infravaloración de los mismos, y ello con cita de las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14, de 18 de enero de 1999, AP Madrid 18-01-99, del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1978, de 11 de junio de 1983 y 16 de febrero de 1998, TS 1ª 16-02-98. Así, una operación particional puede ser impugnada por las causas comunes a otros negocios (como la nulidad y la anulabilidad), y por rescisión por lesión, acción con plazo de ejercicio de 4 años, o por omisión de bienes para completar la liquidación, acción que es imprescriptible.

Ante este panorama, algún sector doctrinal considera que esta postura jurisprudencial no parece casar muy bien con adjudicaciones de bienes hechas en procesos liquidatorios, que parecerían desequilibradas, pero que responderían a intereses, ya fiscales, ya personales, ya de otro tipo, no confesados de los cónyuges pero que dotarían de aparente licitud a la voluntad manifestada al repartirse el haber de su sociedad conyugal. En el Derecho Civil de Aragón, la solución debe tener presente las peculiaridades de este territorio a la vista de la vigencia del principio de libertad de pacto y de regulación<sup>95</sup>, y a la vista de la tradicional libertad de los cónyuges para hacerse donaciones y celebrar, entre sí, toda clase de contratos<sup>96</sup> (vide arts. 3 y 17.2 de la Ley 2/2003). En Aragón, al margen de las remisiones supletorias que a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria se hacen en los arts. 75 y 88 de la Ley 2/2003, existe la posibilidad de que el patrimonio consorcial se liquide y divida por los cónyuges mediante acuerdo unánime (hecho lógico si sólo hay dos partícipes), conforme al art. 77 de la Ley 2/2003, permitiendo el art. 85 de la misma norma, la división del caudal remanente por mitad o en la proporción y forma pactadas. Una posterior acción de rescisión por lesión de un cónyuge contra el otro, no parecería casar muy bien con la aludida libertad de pacto, siempre teniendo en cuenta los límites del *Standum est Chartae*. Por supuesto, la liquidación y división pactada no afectaría a los derechos de los terceros ni a las acciones que quisieran ejercitar, ni la división del caudal modifica la responsabilidad por deudas que corresponda a los patrimonios privativos o al común. No parece que existiera obstáculo, por ejemplo, a que los acreedores personales de los cónyuges pudieran solicitar la rescisión de la partición por motivos legales.

La conclusión debería ser la de la dificultad de pensar en la acción de rescisión en Aragón, en estos supuestos indicados.

(95) Al efecto indica la S.T.S.J de Aragón de 5 de octubre de 1998 que: «...El principio "*standum est chartae*", en cuanto aquí afecta, constituye un mandato del legislador al Juez para resolver los litigios estando a la voluntad de los otorgantes de la "*carta*", o documento en el que se recoge y expresa dicha voluntad. Consagra el legislador aragonés, dentro del título preliminar de la Compilación y bajo la rúbrica *Las normas en le Derecho Civil de Aragón, el principio de la libertad civil, que permite a los ciudadanos establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del derecho civil, con la sola limitación de la imposibilidad de cumplimiento de lo pactado o de su contradicción de las normas imperativas que sean aplicables en este territorio. Dimana, en este punto, de lo establecido por la Observancia 16 "De fide instrumentorum", conforme a la que "Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continentur, nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continentur in ea". A este principio, recogido en el art. 3.º del texto legal compilado, se ha referido ya esta Sala en Sentencias de 18 junio 1992 y 29 septiembre del mismo año (RJ 1992/7078). En esta última se decide la cuestión objeto del debate procesal mediante una interpretación de la voluntad de los otorgantes, rechazando la Sala el recurso porque el Tribunal "*a quo*" no había incurrido en ilógica o inadecuada labor hermenéutica, y no se había infringido el mencionado principio de derecho, concluyendo que la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la real voluntad de los que lo otorgaron...».*

(96) Estos principios se recogían en el art. 24 de la Compilación, ya derogado, y actualmente en los arts. 3, 5, 15.1 y 47, entre otros, de la Ley 2/2003, relativos a la regulación de las relaciones familiares, a la contribución para satisfacer las necesidades familiares, a los capítulos y la gestión de los bienes comunes.

#### 4.12. Derecho de uso y separación de hecho

Aunque no se trate de una situación de crisis que tenga abierta relevancia judicial, es verdad que se produce un cese de la convivencia familiar, pero se trata de una situación fáctica y no jurídica. Es más, podría decirse que es antijurídica, toda vez que incumple el deber que la ley impone a los cónyuges de vivir juntos. Por ello, la vivienda no pierde el calificativo de familiar y seguirá sujeta al artículo 8 de la Ley aragonesa, por lo que resultará posible que los cónyuges separados de hecho concurren ante el juez para solicitar que sea éste quien asigne el uso de la vivienda. Para que ello ocurriese, tendría al menos que solicitarse la separación judicial. Nada obstaría, sin embargo, a que un cónyuge separado de hecho que se proponga demandar la separación judicial, el divorcio o la nulidad pida al Juez, como medida provisionalísima ex artículo 104 del Código Civil que se le atribuya el uso de la vivienda. Fuera de lo indicado, habrá que estar a lo acordado por las partes durante la situación de separación de hecho, teniendo en cuenta que un convenio regulador privado, no sancionado judicialmente, puede contener pactos sobre derechos dispositivos y otros acuerdos sobre materias de orden público y puede servir como prueba en algún proceso, si bien sin olvidar la naturaleza imperativa del art. 8 de la Ley aragonesa en este caso. Otra cosa es que si bien no se le niega validez jurídica al convenio privado, el mismo no será considerado título ejecutivo y por ello no permitirá una directa ejecución de lo acordado en sede de proceso de ejecución de título judicial.

## VII. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS Y ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR<sup>97</sup>

### 1. Introducción

Frente a un concepto de familia engarzado a la idea de matrimonio que hunde sus raíces en profundos antecedentes históricos, siendo el matrimonio el origen de la familia y la conexión con la familia ancestral, existe en los últimos años una realidad social cada vez más significativa que no encaja en esquemas tradicionales de la idea del matrimonio. Empiezan a existir nuevos conceptos de familia que gozan de amparo constitucional. La protección constitucional de la familia se desdobra de un lado en el art. 32 de la CE en la secc. 2ª, carente de protección jurisdiccional reforzada, donde se recoge el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y de otro lado en el art. 39, dentro de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, con lo que la realidad de las parejas de hecho puede enmarcarse como una posible forma de familia que cabría en el marco constitucional. La situación en lugares distintos de ambas regulaciones, la de la familia y la del matrimonio, implica una protección de la familia no matrimonial a igual nivel que la matrimonial. El art. 32 consagra un derecho fundamental y el art. 39 proclama un principio rector de la política económica y social. Lógicamente y a diferencia del art. 32, la protección constitucional de la familia monoparental o de uniones de hecho se da en estos casos a la vista del expresivo texto del art. 39 de la CE. Ello es consecuencia de que familia no equivale a matrimonio ya que con el matrimonio se forma una familia que a su vez se puede alcanzar por vías distintas a las de la institución matrimonial. Caben pues diversos modelos de familia y todos ellos encuen-

(97) Análisis detallado sobre la materia y del que se nutren, en parte, estas líneas, lo es el publicado por LÓPEZ AZCONA, Aurora, *Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho*, en Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 2002). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 195-231.

tran amparo en la Carta Magna. Otra cosa es que los nuevos modelos de familia formada por una unión de hecho homosexual hayan de obtener regulación mimética a la de la familia matrimonial. Parece que son tiempos de cambio para el concepto de la familia cuando el Consejo de Ministros de 1 de octubre de 2004 ya ha dado luz verde al matrimonio entre personas del mismo sexo, con derecho a adopción. Más adelante me refiero a esta cuestión en la reseña de novedades legislativas, cuestión que, en principio, es de mera opción de política legislativa, pero que puede chocar con el precepto constitucional del art. 32.1 de la CE, y que a buen seguro chocará con la previsión del art. 1 de la Ley 2/2003 que refiere la existencia de matrimonio a la unión entre marido y mujer, algo que excluye a las uniones homosexuales en Aragón en este terreno<sup>98</sup>.

No se debe olvidar que la Eurocámara, en el año 2003, presentó un informe recomendando que los países de la Unión den a las relaciones no maritales iguales derechos que al matrimonio, solicitando la Eurocámara que se ponga fin a toda forma de discriminación legislativa o de facto que aún sufren las personas homosexuales, en particular en el derecho de contraer matrimonio y adoptar niños<sup>99</sup>. Destacar, también, que en el informe anual sobre la situación de los derechos fundamentales de la UE en 2002 se recomienda: «...el reconocimiento de las relaciones no maritales tanto entre heterosexuales como entre personas del mismo sexo, y conceder a tales relaciones los mismos derechos que se otorgan al matrimonio». Se constata en todo caso que algunos países han acelerado las medidas de igualdad entre condiciones sexuales, como Finlandia que reconoce a los transexuales, o Bélgica, que permite el matrimonio entre homosexuales. También se insta a países como Portugal, Irlanda y Grecia a que «modifiquen de forma inmediata las normas referentes a la diferenciación de las edades de consentimiento en las relaciones sexuales en función de la orientación sexual», y se defiende que las parejas de hecho con independencia de su orientación sexual disfruten de los mismos derechos que los matrimonios.

## 2. Normativa autonómica

En el caso de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas<sup>100</sup>, no se observa previsión alguna que determine el uso que deba tener la vivienda familiar

(98) Las enmiendas núms. 1 y 3, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto), tendentes, respecto al art. 1 del proyecto de ley de régimen económico matrimonial y viudedad, a sustituir en el punto 1 y 2, la expresión «marido y mujer» por «los cónyuges», con la motivación de considerar tal redacción más conveniente, se rechazaron con el voto favorable de los grupos parlamentarios enmendante y Chunta Aragonesista y en contra del resto de los Grupos Parlamentarios (las enmiendas obtuvieron seis votos a favor, sesenta en contra, ninguna abstención). En el debate y votación del Dictamen de la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, el diputado de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida (Grupo Mixto) que defendió las enmiendas indicadas ya señaló que: «...Pues bien, señorías, ¿qué queremos hacer en la ley aragonesa, que, evidentemente, depende de la regulación que el Código civil hace sobre los elementos sustantivos del matrimonio? Pues es dejarla preparada, es dejarla preparada porque estamos convencidos de que esa reforma va a venir;... y queremos que la ley aragonesa sea innecesario tocarla en aquel momento, puesto que la sustitución de las palabras "marido y mujer" por la palabra "cónyuges" dejaría perfectamente abierto que, cuando cambie el Código civil, perfectamente quede ajustado nuestro nuevo régimen económico matrimonial y de viudedad, quede ajustado a esa nueva situación. Y eso no produce ninguna perturbación con el actual sistema, es decir, es indiferente que aparezcan las palabras "marido y mujer" o aparezca la palabra "cónyuges" en esta regulación que hoy vamos a aprobar, no tiene ningún problema para el sistema material que vamos a regular, y, por lo tanto, nosotros entendemos que dejar esa puerta ya abierta nos evitará el tener que traer a esta cámara una modificación normativa cuando se cumpla esa aspiración, que ya digo que nosotros vamos a seguir impulsando, que creemos que es muy sentida por la mayoría de la población española...». Ciertamente en este momento la cuestión volverá a tener una candente actualidad si prospera la modificación del Código Civil que permita el matrimonio entre homosexuales.

(99) El informe fue aprobado por un escaso margen de 221 votos a favor, 195 en contra y 23 abstenciones.

(100) Modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo (BOA n° 54 de 12 de mayo de 2004) en su art. 10 para permitir la adopción por las parejas homosexuales.

una vez rota la convivencia<sup>101</sup>. Este hecho es grave si se tiene presente la existencia de una previa jurisprudencia que ha afrontado, ante la falta de previsión legislativa, este tipo de cuestiones de mejor o peor forma. La abstención normativa del legislador no ayuda a resolver estas situaciones tan conflictivas y crea cierta inseguridad jurídica por la vía de la incertidumbre, con lo que, a falta de solución previamente convenida por la pareja de hecho, en Aragón y sobre el destino de la vivienda familiar en trance de ruptura de la pareja de hecho, será la jurisprudencia la que deberá aportar soluciones a cada caso concreto. La única mención a derechos sobre la vivienda habitual se encuentra en el art. 9, que señala que el conviviente supérstite podrá, al fallecimiento del otro, *residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año*. En el resto de legislación autonómica, no existen previsiones a estos efectos sobre la vivienda familiar en Navarra, Comunidad Valenciana, Madrid, Canarias y Extremadura. En el caso de Baleares, sólo se prevé el derecho de subrogación arrendaticia en los términos de la legislación sobre arrendamientos urbanos. En Asturias, en la adjudicación de viviendas de la Administración autonómica, se equipara la pareja estable al matrimonio y en Andalucía, en la adjudicación de viviendas públicas en la Comunidad Autónoma se equipara la pareja estable al matrimonio y se prevé que a falta de pacto, si fallece el propietario, el supérstite tiene derecho a residir en la vivienda durante un año. En el caso del País Vasco, se efectúa la misma previsión en el sentido de que, en caso de muerte o declaración de fallecimiento del propietario, el superviviente tiene derecho al uso de la vivienda durante el año siguiente a la defunción, salvo que constituya nueva pareja o contraiga matrimonio. En todo caso, la regulación más compleja de la materia la efectúa la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña, que no contiene previsión de medida alguna imperativa para el caso de crisis familiar sobre uso de la vivienda, pero donde se protege el domicilio familiar de actos dispositivos unilaterales en sus arts. 11 y 28, y donde, en caso de fallecimiento del propietario, el conviviente tiene derecho a seguir habitando en la vivienda durante el año siguiente a la defunción, salvo matrimonio o convivencia marital durante ese plazo. En esencia, la Ley 10/1998, recoge las previsiones del Código de Familia de Cataluña sobre la disposición de la vivienda familiar, pero no regula qué sucede con la vivienda una vez rota la convivencia.

Volviendo al análisis de la Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas, parece más que posible la libertad de regulación de las partes para estipular previsiones de uso de la vivienda familiar en caso de ruptura<sup>102</sup>, algo permitido por el art. 5 que consagra el principio de libertad de pacto y el art. 8 relativo a la prole común. Existiendo hijos menores, siempre cabrá valorar en sede jurisdiccional la adecuación del pacto a los intereses de los menores, pudiendo el juez moderar equitativamente lo acordado si hay lesión grave para la prole común o una de las partes. Lo normal será la falta de previsión sobre tan peculiar cuestión, y en tal caso, deberá acudir a criterios jurispruden-

(101) La Ley 6/1999 de 26 de marzo, relativa a parejas Estables no Casadas, prevé, en defecto de pacto, en el art. 5.3 y 5.4 que: «...los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja, los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico sanitarias y vivienda. Ambos miembros de la pareja responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere el número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan sólo respondería quien hubiera contraído la obligación».

(102) La posibilidad de que los convivientes pacten para atribuir el uso de la vivienda a una u otra parte en caso de ruptura, es una posibilidad válida que ha admitido en general la doctrina y diversas resoluciones judiciales como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 1998 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de octubre de 1997.

ciales para solventar cada caso concreto<sup>103</sup>. Por lo que hace, pues, a la vivienda familiar en las legislaciones autonómicas, las opciones, a la vista de lo indicado, están siendo muy diversas, yendo desde la total imprevisión legislativa en esta materia tan clave del destino de la vivienda familiar en supuestos de ruptura y posibilidades de disposición de la misma, hasta las regulaciones autonómicas que optan por una regulación de la materia similar a la aplicable a parejas matrimoniales en algunos aspectos ya indicados.

### 3. Criterios jurisprudenciales

Respecto a criterios jurisprudenciales y en punto a uniones de hecho no puede decirse que las soluciones jurisprudenciales hayan sido precisas o unánimes a falta de la pertinente regulación legal en su caso<sup>104</sup>.

A modo de resumen puede decirse que existiendo hijos, se abre paso una corriente jurisprudencial que aplica la analogía de la normativa matrimonial en relación a la vivienda<sup>105</sup>, y por tanto del «favor filii» ya que no hay distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, merecedores de la misma protección legal, con la consecuencia de aplicación en la atribución del uso de los mismos parámetros ya indicados en el marco del art. 96 del Código Civil. Es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2001, de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de marzo de 2002 y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de enero de 2003. No existiendo hijos en la unión de hecho<sup>106</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pasado, de negar criterios de aplicación analógica del art. 96.3 del Código Civil a estas situaciones, como en el caso de las sentencias de 20 de octubre de 1994 y 30 de diciembre de 1994<sup>107</sup>,

(103) En general, se señala por Francisco Javier Pereda Gámez, en «Algunas notas sobre las controversias sobre vivienda familiar en las uniones estables de pareja» Cuadernos de Derecho Judicial, 2003-I, que: «...La problemática judicial... no se plantea cuando hay pacto o convenio entre los convivientes o acuerdo que regula lo referido a la vivienda familiar. Por ello, al igual que en materia de contribución a los gastos, en el régimen de bienes o en las compensaciones voluntarias por razón de crisis, si se acredita pacto expreso o tácito, estatuto de comunidad o societario o facta concludentia que incluya la previsión de derechos o limitaciones al poder de disposición de la vivienda familiar, de la forma de atender a los gastos que genera (incluido el pago de una hipoteca) o de la atribución voluntaria de un derecho de uso de la vivienda familiar derivados de la crisis de la pareja, el principio de libertad civil se impone y el juez se limita a dar fuerza de ley al contrato o convenio... Ciertamente que aún con pacto pueden surgir problemas interpretativos cuando el acuerdo no alcanza el grado de protección que el legislador otorga a la pareja matrimonial o se equipara a éste, de tal modo que resucita nuevamente el debate sobre la igualdad (art. 14 CE) y los efectos de la superior protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) cuando están en juego intereses de hijos o de personas gravemente desfavorecidas...».

(104) La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003 reconoce que dicho Alto Tribunal, al enfrentarse con rupturas de la convivencia more uxorio y reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en la que queda, siempre ha tenido en cuenta caso por caso y que a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa.

(105) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de septiembre de 1994, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de septiembre de 1992, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de febrero de 1990, secc. 10ª, sentencia de la Audiencia Provincial Vizcaya de 9 de noviembre de 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de noviembre de 1998, sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 14 de marzo de 2000, sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 29 de junio de 1995 y de 18 de febrero de 1999 y sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de junio de 1999.

(106) Señala Francisco Javier Pereda Gámez, en «Algunas notas sobre las controversias sobre vivienda familiar en las uniones estables de pareja» Cuadernos de Derecho Judicial, 2003-I, que: «...Dejando de lado los supuestos de existencia de hijos,... y la existencia de pactos sobre uso y atención de gastos de la vivienda familiar... de aplicación preferente, cuando una legislación autonómica no prevé la protección de la vivienda familiar, el juez debe plantearse, antes de acudir al expediente analógico, si la diferencia de trato entre casados y solteros favorece al matrimonio o a la unión de hecho de forma no justificada (test de igualdad) y si la alternativa del legislador es o no excesivamente gravosa para los solteros en relación con el favorecimiento del matrimonio (test de razonabilidad)».

(107) Entre diversas resoluciones judiciales que se pronuncian contra la aplicación analógica cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de marzo de 1993 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 1995.

a, buscando la aplicación de un principio general de derecho, propiciar una protección al conviviente más perjudicado por la ruptura<sup>108</sup>, como en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998. La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 parece recurrir al uso de la analogía de las normas relativas a la vivienda familiar en el matrimonio para atribuir un uso temporal, quizá porque la mujer tenía tres hijos de anterior relación. Alguna resolución judicial opta recientemente por declarar la aplicación supletoria de la normativa matrimonial<sup>109</sup>.

El hecho cierto es que la ruptura de la convivencia plantea problemas muy similares a las parejas de hecho y a los matrimonios, y si bien la jurisprudencia se ha negado a aplicar a las parejas de hecho de forma indiscriminada las soluciones legales previstas para los matrimonios, ello no ha sido así cuando han existido hijos en evitación de posibles discriminaciones proscritas por la ley. Así, en este tema, cuando los Tribunales han procedido de una forma muy similar a la protección dispensada a los matrimonios, ello ha sido con una finalidad tuitiva, tratando de evitar que una de las partes pudiera dejar en la calle a uno de los convivientes, e incluso a los hijos, disponiendo libremente de la vivienda familiar. Ello lleva a pensar que tratar igual a situaciones desiguales puede generar notorias injusticias, siendo muchas las voces que opinan que aplicar a uniones de hecho miméticamente las normas previstas para situaciones matrimoniales, no es acertado. En parejas de hecho, la atribución de la vivienda se ha venido haciendo lógicamente protegiendo el interés más necesitado de protección en función de un principio general de derecho que protegería al conviviente perjudicado por la ruptura o incluso recurriendo a la analogía<sup>110</sup>. La primera opción es la de la sentencia del TS de fecha 10 de marzo de 1998<sup>111</sup> que consideró que era aplicable el art. 96 del Código Civil pero no por ser posible su aplicación directa ni por analogía sino por ser aplicable el principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>112</sup>. En temas de parejas de hecho en los que uno de los convivientes reclamaba la atribución del uso de la vivienda familiar, la STS de 20 de octubre de 1994 *no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho* y la STS de 16 de diciembre de 1996 dice que: «...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)... De aquí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas la ruptura del vínculo, se proyectan

(108) Son los arts. 10, 14 y 39 de la Constitución, los que dan cobertura a la existencia de tal principio.

(109) En un caso de controversia en la adjudicación del uso de la vivienda habitual, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2004, secc. 1ª, señala que, si bien no existe en la legislación una normativa que recoja el supuesto planteado, debe acudir de forma supletoria a la que rige en materia matrimonial. En el supuesto enjuiciado, que trata de la unión de una persona de edad —el demandado—, con otra de menor edad que le atendía, y considera la AP que no se da la apariencia de buen derecho que exige la aplicación de la medida cautelar promovida.

(110) Dice la STS de 16 de julio de 2002 que en uniones extramatrimoniales la evolución jurisprudencial ha llevado de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto a la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil, diciendo que: «...Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las Sentencias de 27 de marzo [R] 2001/4769] y 5 de julio de 2001 [R] 2001/4993]) considera más adecuada la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil, por lo que se estiman los motivos acogiendo la solución del Juzgado de Primera Instancia...».

(111) La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de octubre de 1998, señala que la indicada sentencia del TS de 10 de marzo de 1998 no altera por sí sola la doctrina del Alto Tribunal y expresa que la «convivencia *more uxorio*» no genera ningún derecho de uso y disfrute de los bienes del otro conviviente ni, en particular, del piso utilizado conjuntamente cuando cesa la vida en común.

(112) Este mismo principio general de derecho de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, se ha vuelto a utilizar por la sentencia del TS de 17 de enero de 2003.



más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso. Así, el artículo 96.3 del Código Civil permite integrado con el artículo 4.1...». El criterio de la aplicación analógica del art. 96 del Código Civil es el de la sentencia del TS de 27 de marzo de 2001, que no rechaza en estos casos como argumentación jurídica la aplicación analógica del derecho, y en aplicación de los arts. 96 y 4 del Código Civil determina que, si es imposible la atribución del uso de la que fue vivienda familiar porque el demandado cambió la situación de hecho existente al comienzo del pleito, pese las advertencias judiciales, sin duda con el propósito de eludir las posibles consecuencias que se habían solicitado, tal conducta no puede refrendarse jurídicamente, y, aunque imposibilita el cumplimiento «in natura» del pronunciamiento..., puede traducirse en un cumplimiento por equivalente, mediante indemnización razonable.

#### 4. Acción de desahucio

Una cuestión interesante es la posibilidad del ejercicio de la acción de desahucio por el conviviente titular de la vivienda cuando es el conviviente no titular el que queda ocupando la vivienda familiar tras la ruptura de la unión de hecho. La cuestión no es pacífica ni existe un criterio jurisprudencial unánime. Frente a la postura que considera que en estos casos no enerva la acción de desahucio por precario la previa convivencia *more uxorio*<sup>113</sup>, no existiendo cuestión compleja y no generando la ruptura de la pareja de hecho título para poseer<sup>114</sup>, consideramos que es más acertada la línea doctrinal y de algunas resoluciones judiciales que considera que estamos ante una cuestión compleja<sup>115</sup>, no sólo por ser una situación análoga a la de las rupturas familiares sino porque lo exige un mínimo de prudencia si pensamos en la posibilidad de existencia o no de hijos y en la necesidad de decidir sobre cuestiones como alimentos, prestaciones indemnizatorias o reparto de bienes, que integran cierta complejidad en la que la decisión sobre el uso de la vivienda no queda al margen. También es cierto que al final, que todo dependerá, en cierta medida, de las circunstancias particulares de cada caso, de la duración de la convivencia, de la titularidad de la vivienda, de que existan o no hijos, de la posición económica en que queda cada parte tras la ruptura, para decidir a la vista de todos los hechos concurrentes si existe o no una cuestión compleja. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de octubre de 2003, desestima el recurso interpuesto por la demandada frente a la sentencia que estimó la demanda y declaró su desahucio en su calidad de precarista, por cuanto que, entre otros motivos, *habiendo existido una relación «more uxorio», no es de aplicación el régimen previsto en el art. 96 CC. Por otro lado, no existiendo prueba alguna de la cotitularidad del inmueble que afirma la demandada, ni de que posea título para ocupar la vivienda, ni pague*

(113) Suele ser el caso en que no puede hablarse de presunción de onerosidad precisamente cuando la liberalidad del poseedor real lo fue por lazos afectivos.

(114) Se pueden citar entre otras muchas sentencias las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de julio de 1996 y de 26 de julio de 1995, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 15 de septiembre de 1994, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 23 de mayo de 1997 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de marzo de 1995.

(115) Entre otras las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 18 de mayo de 1998 y 10 de enero de 2002, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 4 de junio de 1999 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 1994. En la doctrina sigue este criterio López Azcona, Aurora, en *La Ruptura de las Parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi Editorial, pág. 83. En concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 1990 señala que: «...al haberse acreditado que el demandante y la demandada han venido habitando maritalmente en el piso objeto del proceso durante un muy dilatado lapso de tiempo, convivencia que continúa en la actualidad, habiendo tenido tres hijos, hoy mayores de edad, y esta situación es de tal especialidad y complejidad que la declaración de los derechos que pudiera o no tener la demandada sobre el inmueble excede de los limitados cauces del proceso sumario de desahucio por precario...».

*renta alguna, sin que pueda conceptuarse como tal el pago de los gastos de consumo, debe declararse su situación de precario y, por tanto, su desahucio ante la voluntad del actor para que salga de la vivienda.*

Debe citarse en todo caso, respecto al hecho de que existan posibles discriminaciones con matrimonios de aplicarse o no el criterio de la complejidad, que el Auto del Tribunal Constitucional de 8 de noviembre de 1996<sup>116</sup>, que en un caso de desahucio por precario afectante a pareja de hecho sin hijos comunes declara que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de no apreciar cuestión compleja y dar lugar al desahucio, es una decisión en la que se ponderan todas las circunstancias del caso, lo que impide entender que se trate de una decisión discriminatoria para con las uniones de hecho, porque con los criterios establecidos en ella no se excluye que en otro supuesto de unión de hecho con otras circunstancias distintas la propia Audiencia denegara el desahucio<sup>117</sup>. Parece pues que la materia expuesta, a nivel de derechos fundamentales, carece de relevancia constitucional.

## 5. Anotación preventiva de la demanda

Respecto a la posible anotación preventiva de la demanda en estos casos de ruptura de la convivencia, con la finalidad de asegurar los efectos de la demanda respecto a la vivienda habitual, no parece impropia una medida cautelar con tal objeto ya que, como declara el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 2004, secc. 12<sup>a</sup>: «...la protección de derechos e intereses legítimos amparados por la apariencia de buen derecho no encuentra otra limitación que la de ser gravosa o perjudicial para el demandado. Así, siendo el derecho de uso de la vivienda familiar oponible a terceros y teniendo acceso al registro de la propiedad ha de mantenerse la media impuesta...».

## 6. Vivienda familiar arrendada

En los supuestos en que la vivienda familiar está arrendada<sup>118</sup>, el principal problema que se plantea es el de si es aplicable a las parejas de hecho el art. 15 de la LAU<sup>119</sup>. Parece que si el contrato de arrendamiento sobre la vivienda común lo han suscrito ambas partes no habrá inconveniente a que permanezca en la vivienda uno de ellos en caso de ruptura o de convivencia o de muerte de una de las partes. En el caso de contrato suscrito solo por uno de los convivientes, la LAU da solución al caso de desistimiento y vencimiento

(116) En este supuesto el Sr. ... presentó demanda de desahucio por precario contra la recurrente en amparo, que se opuso a la demanda alegando, en síntesis, la excepción de inadecuación del procedimiento dada la existencia de una cuestión compleja consistente en una relación de convivencia more uxorio entre los litigantes. Con fecha de 19 de junio de 1995, el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas dictó Sentencia estimatoria de la demanda, declarando haber lugar al desahucio de la vivienda ocupada por la hoy recurrente en amparo. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de noviembre de 1995.

(117) La Audiencia Provincial partió de los siguientes datos fácticos: 1) la titularidad del inmueble en cuestión era privativa y excluyente del actor; 2) durante el periodo de convivencia (1987/1992), la demandada no sufragó ninguno de los gastos de sostenimiento del inmueble ni inherentes al mismo, y 3) que no había hijos comunes del actor y la demandada.

(118) En la anterior regulación arrendaticia, las parejas de hecho no merecían regulación alguna.

(119) Dada la literalidad de la norma, es evidente que la misma se refiere solo a casos de crisis matrimonial, a diferencia de lo que sucede con los arts. 12 y 16 que sí contemplan el caso de las parejas de hecho. No parece que se trate de un olvido del legislador cuando el art. 15 de la LAU tiene una motivación específica indicada en anterior epígrafe. Sobre este punto se ha pronunciado la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de junio de 1999 que entiende extensible a los miembros de la pareja de hecho tal precepto por aplicación analógica. En la doctrina Mesa Marrero, C.: «Las Uniones de Hecho...», discrepa de este criterio.

en el art. 12 y al supuesto de la subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario en el art. 16.1.b<sup>120</sup>. En caso de ruptura de la convivencia, alguna resolución judicial extiende el derecho del art. 15 de la LAU, por aplicación analógica, a las parejas de hecho<sup>121</sup>, no pareciendo que existan problemas si el beneficiario del uso lo es el arrendatario, caso de que el uso se conceda a la parte no arrendataria, no se ve inconveniente en aplicar a las parejas de hecho jurisprudencialmente la misma solución prevista legalmente para los matrimonios, con toda la problemática expuesta en anterior epígrafe, sin olvidar que por el art. 7 de la LAU, la vivienda arrendada no pierde su condición cuando en ella habiten los hijos dependientes del arrendatario, algo que curiosamente lleva a pensar que si no existen hijos en la pareja de hecho con derecho a alimentos, no cabría una adjudicación del uso de la vivienda arrendada al no titular sin que la vivienda perdiera su carácter protegido por la LAU.

### VIII. RESEÑA DE NOVEDADES LEGISLATIVAS

No creemos que deba concluirse esta ponencia sin aludir a importantes reformas legislativas en trámite que van a modificar sustancialmente el marco normativo vigente. Me refiero al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>122</sup>, texto remitido recientemente por el Congreso de los Diputados al Senado, al proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio y al hecho de que el Consejo de Ministros de 1 de octubre de 2004, haya dado luz verde al matrimonio entre personas del mismo sexo, con derecho a adopción.

Respecto al Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, apuntar algunas disfunciones que creo evidentes. Al margen de que su art. 60 remita al art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>123</sup>, la creación de los juzgados de Violencia contra la Mujer, residenciados en órganos jurisdiccionales penales,

(120) No se ha de olvidar la previsión del art. 24 de la LAU cuando señala que: «...el arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan»; ni la previsión del apartado 7º de la D.T. 2 de la LAU cuando señala que: «... los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de esta disposición al cónyuge del arrendatario, serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia».

(121) Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 25 de junio de 1999, ya citada supra.

(122) El pleno del Congreso aprobó por unanimidad el proyecto de Ley Orgánica Integral de la Violencia de Género, destacándose que el dictamen de comisión sobre este proyecto de ley del Gobierno recibió el voto a favor de los 320 diputados presentes en el Congreso. Tras ello, el Proyecto ha sido registrado en el Senado el 18 de octubre de 2004 siendo calificado el 26 de octubre de 2004.

(123) La Ley 27/2003, de 31 julio 2003. Ley reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, añadió un nuevo artículo 544 ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo número 7 indica, que: «...7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente».

va a sustraer el conocimiento de las causas civiles derivadas de la ruptura matrimonial a los juzgados civiles o de familia, donde existen, para llevarlos a órganos que, en principio, no tiene ni la especialización adecuada. El Proyecto adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para posibilitar que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer puedan conocer (además de otras materias del orden penal), en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. En esencia, el proyecto, atribuye a los nuevos juzgados de violencia contra la mujer, el conocimiento de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas que se enumeran en el proyecto, con una desmedida amplitud a mi juicio.

Por su parte, el actual proyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, no altera en forma alguna la redacción del actual art. 96 del Código Civil, pese a dar nueva regulación al art. 92 del Código Civil acogiendo de forma expresa supuestos de custodia compartida.

Finalmente, indicar, como el Consejo de Ministros de 1 de octubre de 2004 da luz verde al matrimonio entre personas del mismo sexo, con derecho a adopción. Con esta medida, España abre la posibilidad a la existencia de la institución matrimonial para las parejas homosexuales. En este momento, en la Unión Europea sólo se contempla el matrimonio de homosexuales en los Países Bajos (2001) y Bélgica (2003), habiendo optado otros países europeos por políticas legislativas de signo diverso que no abren la puerta de la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Es el caso de Francia (1999), Alemania (2001) e Inglaterra (2003), aun en épocas de dominio de formaciones políticas de signo socialista, socialdemócrata o laborista. Tampoco los legisladores de los países nórdicos, pioneros en legislar en estas materias, optaron por la vía de abrir la institución matrimonial a las relaciones de pareja homosexuales<sup>124</sup>. El anteproyecto español de reforma del Código Civil permitirá el matrimonio entre personas del mismo sexo con la modificación del artículo 44 del Código Civil, donde, a partir de ahora se dirá: «La identidad de sexo de ambos contrayentes no impide la celebración del matrimonio ni sus efectos», y ello junto a la modificación de otros trece artículos que sustituirán la distinción «hombre/mujer» por el genérico «cónyuges» (por «hombre» y «mujer»)<sup>125</sup>.

(124) Existen diversos países que han dado a las uniones homosexuales una regulación propia y diversa de la del matrimonio, caso de Dinamarca en 1989, Noruega en 1993, Suecia en 1995 e Islandia en 1996.

(125) Tal y como se lee en la Web del Gobierno de España respecto a este anteproyecto: «...Según se indica en el texto del Anteproyecto, el objetivo primordial de esta modificación es acabar con la discriminación histórica que han padecido los homosexuales, permitiéndoles, por fin, el acceso igualitario a la institución matrimonial. En este sentido, hay que tener en cuenta que el Código Civil español data de 1889 y que en las sucesivas reformas no se ha modificado en lo esencial la concepción originaria del derecho al matrimonio. En la exposición de motivos se argumenta que "la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, superando arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en

**BIBLIOGRAFÍA**

BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Bienes privativos y comunes en el régimen económico matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código Civil*, RDCA-2000-VI (nº 2).

BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La compra de bienes inmuebles anterior al matrimonio con dinero en parte privativo y en parte común*. (S.TSJ de Aragón de 6 de octubre de 2000). RDCA-2000-VI (nº 2).

COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL: *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón*, Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho civil (Decreto 10/1996, de 20 de febrero). Publicada en la «Revista de Derecho Civil Aragonés», II, 1996, núm. 2.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS UNIONES DE HECHO. —Cuadernos de Derecho Judicial. 1997-XX. Consejo General del Poder judicial— Centro de Documentación Judicial. Director: Xavier O`Callaghan, Magistrado del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho civil.

CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., «*La configuración de la vivienda familiar y de su ajuar en el Derecho Europeo. Líneas de construcción y directrices de política legislativa formulada por el consejo de Europa*», en VV.AA. *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios jurisprudenciales*, Pamplona 1986, págs. 333 y ss.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant Monografías. Valencia 2002.

DIAGO DIAGO, Pilar, *La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional*. Actualidad Civil. Nº 42. 15 al 21 de noviembre de 1999.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «*Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el derecho interregional*», Anuario de Derecho Aragonés, 1974-76.

LA CONFLICTIVIDAD EN LOS PROCESOS FAMILIARES: VÍAS JURÍDICAS PARA SU REDUCCIÓN. Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson, 2004.

---

una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el derecho". Con esta norma se pretende acabar con "una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual". Se establece "un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad". En definitiva, se trata de profundizar en la "garantía constitucional del matrimonio como un derecho de la persona". Así pues, como se argumenta en el texto, "será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con los valores dominantes en el mismo, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico". "Ciertamente, la Constitución —prosigue el texto— al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva". Este Anteproyecto de Ley no hace sino reforzar transversalmente diversos mandatos constitucionales que están en la base del derecho al matrimonio. Entra de lleno en "la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución). Éstos son valores consagrados Constitucionalmente, cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano en una sociedad libre, pluralista y abierta". Como se expresa en los párrafos finales de la exposición de motivos, "la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, asumida por la sociedad española y que se presenta necesitada de un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualesquiera que sea su composición".

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *COMENTARIOS A LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN*. Ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1988; vol. II, 1993 y vol. III, 1996 (los dos últimos dir. J. Delgado).

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa*, Anuario de Derecho Civil, XX, 1967.

LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA.— Cuadernos de Derecho Judicial. 2003-I. Consejo General del Poder judicial — Centro de Documentación Judicial. Director: José Pascual Ortuño Muñoz. Magistrado y Profesor ordinario del área de jueces adjuntos de la Escuela Judicial de Barcelona.

LARRAGA MARTÍNEZ, Sergio y NAVARRO MAURÉS, María Teresa, *Dejar y Marchar. Testimonios sobre la Casa Aragonesa a finales del siglo XX*. Ed. El Justicia de Aragón.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho*, en Actas de los XII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 5, 12, 19 y 26 de noviembre de 2002). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, p. 213 a 216.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *La Ruptura de las Parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*. Aranzadi Editorial. 2002.

LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, Miguel, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia. Guía práctica y jurisprudencia*. Editorial Colex. 2001.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, «*La Casa en el Derecho aragonés*», Zaragoza, C.S.I.C., 1944.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luis, «*El Derecho de familia en Aragón según la Compilación de 8 de abril de 1967*», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, LVII, 1968.

MESA MARRERO, Carolina, *Las Uniones de Hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Aranzadi Editorial, 1999

PALA MEDIANO, Francisco, *La familia en la Compilación del Derecho civil de Aragón (conceptos y principios)*, Anuario de Derecho Civil, XX, 1967.

PUNTOS CAPITALES DE DERECHO DE FAMILIA EN SU DIMENSIÓN INTERNACIONAL. Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson, 1999.

RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*. (al art. 51) Vol. II, pág. 264.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, *El Derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad. Causas y remedios*. Parte de la obra colectiva *La conflictividad en los procesos familiares: Vías jurídicas para su reducción*; Dykinson, 2004. Asociación Española de Abogados de Familia.

SALAZAR BORT, Santiago, *La atribución del Uso de la Vivienda Familiar en las Crisis Matrimoniales. Amplio Estudio Jurisprudencial*. Aranzadi Editorial, 2001.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. y otros, *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, en Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 49-81.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, *Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos: Desistimiento. Arrendamiento de la vivienda familiar. Novación en la posición jurídica del arrendador. Novación en la persona jurídica del arrendatario*, de la obra colectiva *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Escuela Judicial, C.G.P.J., 1996, n° 1.

PÁGINA WEB. Justicia de Aragón:  
<http://www.eljusticiadearagon.com/>

PÁGINA WEB. Justicia de Aragón sobre Derecho Aragonés:  
<http://www.derechoaragones.com/>

PÁGINA WEB. Grupo Investigación sobre Derecho Aragonés (IDA), en la que puede accederse a la Revista de Derecho Civil Aragonés, editada por la Institución Fernando el Católico y que es accesible en:

[http://www.unizar.es/derecho/standum\\_est\\_chartae/](http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/)

PÁGINA WEB. Información de Derecho civil Aragonés:  
<http://www.derecho-aragones.net/>

PÁGINA WEB. Gobierno de Aragón. Permite acceso directo a legislación:  
<http://portal.aragob.es/>

PÁGINA WEB. Las Cortes de Aragón.  
<http://www.cortesaragon.es/>

En Zaragoza, a 9 de noviembre de 2004.

## COLOQUIO

Por un fallo del sistema de grabación no se puede reproducir el extenso coloquio que tuvo lugar tras la exposición de la ponencia.

Es oportuno dejar constancia en las Actas de que el coloquio fue moderado por D. Francisco Javier Hernández Puértolas, Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Además de los ponentes, participaron en él D. Fernando Zubiri, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; D<sup>a</sup> Gloria Labarta Bertol, Abogada; D. Luis A. Marín Cuadrado, Abogado; D. Ángel Gracia Oliveros, Abogado; D. Daniel Bellido Diego-Madrado, Abogado; D. Adolfo Calatayud Sierra, Notario; D. Amadeo Santacruz Blanco, Abogado; y D. Joaquín Oria Almudí, Registrador de la Propiedad.