

honestidad) y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino como compensación al sufrimiento causado.

are not intended to cover a physical loss, but to provide compensation for the suffering caused.

1.2. Familia

LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL: 1. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL: 1. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda representa un activo inmobiliario de gran valor patrimonial con el que se satisface las necesidades básicas de la familia, en particular, un interés básico como es el alojamiento. Normalmente, una parte muy importante de los recursos familiares se destinan a su adquisición mediante préstamo hipotecario; lo que puede determinar, a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos, que ante el impago de la carga hipotecaria —como de cualquier otra deuda— pueda suponer la embargabilidad de la vivienda en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Nuestra Constitución no se refiere a la vivienda familiar como una institución independiente, sino que contempla entre los principios rectores de la política social y económica el derecho de los ciudadanos a tener una vivienda digna y adecuada (art. 47 CC). No estamos, pues, ante un derecho subjetivo en sentido estricto, por lo que el ciudadano carece de una acción que le permita garantizar una efectiva disposición y goce de una vivienda familiar. En todo caso, el citado precepto constitucional hace también indicación a los poderes públicos para que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Aunque como señala ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, «la mera comprobación mecánica de que en la Constitución no hay referencia alguna a la vivienda familiar nunca podrá ser el fin de un estudio jurídico, sino acaso solo su punto de partida» (1), de ahí

(1) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRIKH, Universidad de Navarra, Pamplona 1986, pág. 35.

la existencia de otros preceptos constitucionales que tangencialmente también hacen referencia a la vivienda, así el artículo 18 en su apartado 1, relativo a la protección de la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen, y su apartado 2 en relación con el domicilio y su inviolabilidad; el artículo 19 en conexión con la residencia y su libre elección; y los artículos 32 y 39, que se refieren a la familia y a la actuación de los poderes públicos orientada a su protección (2).

Por su parte, es escasa la regulación que el Código Civil dedica al régimen jurídico de la vivienda familiar, y a su protección, pues, se limita a establecer determinadas restricciones a la libre disposición en el marco de los artículos 96.4 y 1320; la situación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 B, 91, 96, 103.2.^a y 104); a los bienes comprados a plazo por uno de los cónyuges antes o constante la sociedad de gananciales (arts. 1356 y 1357); una referencia a las atribuciones preferentes en caso de disolución de matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (arts. 1406.4 y 1407) a la que se ha de sumar el artículo 78.4 de la Ley Concursal. Fuera del Código Civil, los artículos 91 y 144.5 del Reglamento Hipotecario, que tienen por finalidad asegurar un mínimo de certeza en las transacciones y embargos que, afecten a tales bienes (3).

(2) Mientras GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 63; y CARCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda familiar y mobiliario de la familia en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1433, han querido ver el engarce constitucional del artículo 1320 del Código Civil en el artículo 47 de la Constitución Española; para MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 68, y CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2012, pág. 297, se encuentra en el principio de protección de la familia consagrado en el artículo 39 del citado texto constitucional.

(3) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 26-27, que «la nueva disciplina del hogar familiar, que llega a España con la última reforma —precedida de abundantes precedentes extranjeros— y corresponde a un sistema de disciplina familiar basado en otros principios —plena igualdad del marido y la mujer en obligaciones y facultades y derechos; minusvaloración del matrimonio; equiparación de los hijos nacidos de este y los no matrimoniales—, nos han traído, al fin, la sustantivación del concepto de vivienda familiar, y ello en dos frentes, a saber: uno, el de protección del hogar común frente a la decisión del dueño del local o de los objetos domésticos de enajenar aquel o estos (nuevo art. 1320); otro el de conservación del hogar para la parte con interés familiar prevalente en las situaciones de crisis del matrimonio (arts. 90, 96, 103), y cuando este se disuelve por muerte del cónyuge (art. 1406)». Y añade: «El hogar, a través de los objetos materiales, tiene también una consistencia inmaterial que merece protección y a la que habrá de atender el juzgador».

Igualmente, precisa CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, septiembre-octubre de 1988, núm. 588, pág. 1584, que la tendencia protectora de la vivienda familiar se plasmó definitivamente en el Código Civil español tras la profunda reforma introducida en el Derecho de Familia por la Ley de 13 de mayo de 1981, antes de ello no existe ningún antecedente directo en este sentido.

Centrándonos en el artículo 1320, hay que señalar que tiene su ubicación en el Título III, Capítulo I del Código Civil, en el marco de las disposiciones generales relativas al régimen económico-matrimonial primario, por lo que se aplica cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio (sociedad de gananciales, separación de bienes o participación). De ahí su carácter imperativo (4), sin que responda a principios de orden público (5). Por otra parte, para la efectiva protección que dispensa el citado precepto, resulta indiferente el título en virtud del

Por su parte, HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 587, señala que «la regulación del Código Civil sobre la vivienda familiar se sitúa en el ámbito interno de la relación familiar, desde el que han de considerarse no solo el juego de necesidades e intereses entre la familia y los terceros, sino también —y sobre todo— desde donde habrá de determinarse cómo puede armonizarse la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda».

(4) COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 1566; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 587; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 1.º, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1982, pág. 128, precisa que es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales, impuestas por «el régimen secundario», o a través de la delimitación de la libertad de pacto para establecer el propio régimen matrimonial; QUILEZ ESTREMER, M., «La libertad capitular y los artículos 1328, 1320 u otros del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVIII, marzo-abril de 1982, núm. 549, pág. 424; MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXVII, 1987, pág. 240, quien entiende que se trata de una norma irrenunciable: «1.º Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes. 2.º Porque dicha renuncia estaría incurso en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.º, ya que podría perjudicar los derechos de terceros». Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 11 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6274), el Registrador inscribe el uso de la vivienda y deniega la inscripción de las cláusulas transcritas referentes a la misma vivienda por los siguientes defectos: «1.º La renuncia previa a la facultad que concede al cónyuge no titular el artículo 1320 del Código Civil parece contraria al artículo 6.2 del mismo Código; 2.º Los pactos sobre indisponibilidad o disponibilidad de la finca que constituye la vivienda familiar son de carácter personal y por tanto no inscribibles».

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Reflexiones en torno a la capacidad de la mujer casada», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor José María Castán Tobeñas*, T. VI, Pamplona, 1969, págs. 128-129, en términos generales, «no todas las normas imperativas o prohibitivas contenidas en un Ordenamientos Jurídico determinado, son normas de orden público». Por su parte, GARCÍA CANTERO, G., «Notas al régimen matrimonial primario», en *Documentación Jurídica*, vol. 1, 1982, pág. 301, afirma que, «a primera vista, la noción de régimen matrimonial primario se presenta con gran sencillez, pues se predica de aquellas disposiciones legales aplicables a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial inderogables, por tanto por acuerdo entre particulares». Refiriéndose al artículo 1320 del Código Civil, GARCÍA-CANTERO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos a Manuel ALBALADEJO, T. XXXVI, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 189, «aun cuando algún autor haya calificado de orden público el precepto del repetido artículo del Código, esa afirmación carece de sentido alguno, por cuanto tal norma no tiene sentido territorial y

cual se ocupa la vivienda (derecho de propiedad u otro derecho real o personal), pues afecta a todos los derechos por igual, y, como precisa el citado texto legal, «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges» (6). Es válido para este supuesto el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Establece el citado artículo 1320 que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos no pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Se trata de una limitación a la libre disposición del cónyuge titular que, como tal exige una interpretación restrictiva de la misma (7). Asimismo, se destaca por la doctrina, que tanto la vivienda como el mobiliario son bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. De ahí el deber de ambos cónyuges de contribuir a tales cargas mediante la aportación de aquellos. Por lo que, la no puesta a disposición del cónyuge titular de los derechos sobre tales bienes constituirá infracción de lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil (8).

Ahora bien, tal restricción a la libre disposición tiene sentido cuando la titularidad de la vivienda corresponde exclusivamente a uno de los cónyuges. Si ambos son cotitulares por tratarse de un bien ganancial, o en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas, el consentimiento de los dos será necesario como consecuencia de la cotitularidad. Asimismo, el consentimiento será necesario cuando uno de los cónyuges pretenda enajenar la cuota indivisa que le corresponde sobre la vivienda.

Por otra parte, el fundamento del artículo 1320 radica en la necesidad de salvaguardar la vivienda que constituye el alojamiento de la familia ante la actuación arbitraria del cónyuge que ostenta la titularidad de aquella, al disponer de la misma a favor de terceros (9). Así, la exigencia contenida en tal precepto

no es aplicable a los extranjeros ni tampoco a aquellos españoles que estén sometidos a la ley civil catalana o baleara».

(6) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRIK, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 91; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567. No obstante, para HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588, «esta precisión —si no inútil— no parece esencial, toda vez que la titularidad modalizará el tipo de consentimiento exigido en la norma, pero no altera en absoluto la eficacia del principio contenido en el artículo 1320, para cuya aplicación el dato básico —y suficiente— es la afectación del inmueble, su destino a vivienda familiar, y respecto a los muebles su carácter de uso ordinario».

(7) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129, matiza que, de lo que se trata no es de una limitación de la facultad de disponer sin más, sino únicamente en función de la conservación de la vivienda habitual. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (RJ 1993/4466); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de abril de 1992 (AC 1992/526).

(8) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, págs. 39-40; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

(9) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 296-297; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129;

no tiene otro alcance que lograr que el asentamiento del hogar conyugal se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges (10). En palabras de LACRUZ BERDEJO, «el derecho al hogar limita la utilización libre y sin trabas de los objetos domésticos y el local, exclusivamente en tanto en cuanto se encuentran destinados a su fin familiar y con la misma duración. Lo que quiere decir que la enajenación es siempre posible en tanto en cuanto no se traspasen los límites de esa utilización familiar e inviable en otro caso» (11). La tutela que ofrece, pues, el precepto es *inter partes*, mediante una protección del cónyuge no titular frente a la actuación del otro cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda que puede ejercer el *ius disponendi* sobre la misma. Una tutela que solo cede frente a terceros de buena fe. Se pretende, en esencia, proteger el uso y el disfrute del bien afecto a las necesidades de la familia frente a una actuación arbitraria del cónyuge que ostenta su titularidad. En fin, con ello se posibilita la tutela de la legítima posesión del grupo familiar sobre la vivienda habitual familiar que viene a constituir su hogar.

De todas formas, se parte de la existencia de un vínculo matrimonial y de la necesidad de proteger la sede familiar con el objeto de favorecer la convivencia de todos los miembros de la familia, sea únicamente el matrimonio o el grupo de cónyuges e hijos. Cabe plantearse si es aplicable el citado artículo 1320 también al supuesto de separación de hecho. Se inclina por una postura afirmativa la doctrina, pues no se puede privar del calificativo de vivienda familiar habitual a la que como tal fue elegida por ambos cónyuges, si al menos existe en uno de estos el deseo de mantener ese carácter (12).

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 128, quien manifiesta que «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos»; para MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 67, se nos presenta la norma «como una plasmación concreta del abstracto contenido del deber matrimonial de actuación en interés de la familia».

La Resolución de la DGRN, de 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4921), establece que «la finalidad que persigue el artículo 1320 del Código Civil no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»; y la Resolución de la DGRN, de 6 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/158887), señala que se trata de salvar el alojamiento del matrimonio y los muebles que lo guarnecen de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 8 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/166974), lo que se trata de proteger es el interés familiar.

(10) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1434.

(11) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 28.

(12) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588 quien, asimismo, precisa que «una negativa no razonable del cónyuge no titular dejará abierta la vía prevista en este precepto: solicitar la correspondiente autorización judicial; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, señala que, para que cese de existir la vivienda familiar no basta la separación de mutuo acuerdo; por su parte, para ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 1453, si los cónyuges están separados de hecho será la vivienda en que viven o han convivido hasta el momento de la separación con los hijos comunes. En el caso de que los

Ahora bien, se parte en el mencionado precepto de la irregularidad del título en lugar de operar sobre la invalidez de la transmisión, cuando falta el consentimiento del cónyuge no titular; lo que supone una excepción a la teoría general de la transmisión de los derechos reales, fruto esencialmente de la influencia del ordenamiento francés donde la transmisión opera *solo consensu* (art. 1318 del Code Civil); de forma que, basta el contrato traslativo para que opere el proceso transmisivo y, en consecuencia, el cambio en la titularidad jurídico real (13).

En consonancia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1301 y el artículo 1322 del Código Civil, para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, la sanción por falta de consentimiento del cónyuge no titular al acto dispositivo es la anulabilidad, salvo que el adquirente haya actuado de buena fe (14). Aunque el contrato pudiera reunir todos los requisitos para su validez, sin embargo, se ha considerado por el legislador que la falta de consentimiento del cónyuge no titular, a pesar de no ser un requisito del contrato, sino de la tradición, posibilita que aquel pueda atacar el título traslativo, provocando con ello la ineficacia de la transmisión. Con ello, se ha optado por situar los efectos de la ausencia de consentimiento del cónyuge no titular en el contrato; de forma que el tercero que adquiere no pueda ampararse en la fe pública registral (art. 34 LH), pues

cónyuges vivan separados y no tengan hijos comunes, no tiene sentido hablar de vivienda familiar, sino de vivienda conyugal, y deberá ser considerada como tal la última vivienda que hubieran compartido. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/5540).

(13) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 303-304.

(14) ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU Barcelona, 1992, pág. 162; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 363-364, que aclara que el artículo 1322 no solo se circunscribe a los negocios referentes a la vivienda familiar, sino que también se aplica a cualquier acto de disposición o administración en el que se haya omitido el necesario consentimiento de uno de los cónyuges como en los casos de los artículos 1377 y 1378 del Código Civil. En contra, CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1137; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, págs. 259-261, descarta que el acto pueda ser calificado de anulable, pues, en un análisis *de lege ferenda*, lo que nos encontramos es ante una inoponibilidad al cónyuge no titular con posterioridad a la disposición del derecho del cónyuge titular, para la defensa de su derecho, en función de cuál sea la situación personal de este cónyuge con relación a la vivienda familiar. En consecuencia, el artículo 1322 no es aplicable como sanción de ineficacia del negocio dispositivo, amén de la inadecuación del régimen de anulabilidad a nuestro supuesto. Entiende por ello que la continuación o no del derecho del cónyuge no titular tras el acto de disposición sin asentimiento, dependerá de la buena o mala fe del adquirente.

Por su parte, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 303, nota 86, comparte la opinión de este último autor con respecto a la inadecuación del régimen al problema que genera la falta de asentimiento del cónyuge no titular, pero matiza que, no cabe duda que la voluntad del legislador ha sido la de establecer tal grado de ineficacia. Con todo, no cree «que sea posible equiparar, en cuanto las consecuencias, la situación del artículo 1320 del Código Civil con la del artículo 96 del Código Civil, pues los mecanismos de protección empleados por el legislador son diferentes». Y añade: «la ley no diseña un "derecho" a favor del cónyuge no titular en situación de normalidad matrimonial y sí lo hace para los casos de crisis conyugal. De ahí que concluya que no comporte la categoría de inoponibilidad que propone el autor citado para resolver los problemas que plantea el artículo 1320 del Código Civil.

no estamos ante una falta de poder de disposición del cónyuge titular que trasmite, sino ante la ineficacia del título que determina la plena operatividad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Si bien, esta facultad de control sobre el acto transmisivo que se concede al cónyuge no titular tiene como límite la buena fe del adquirente. De forma que la legitimación posesoria del cónyuge no titular solo se mantiene si se ha omitido su consentimiento en el negocio dispositivo, y el adquirente ha actuado de mala fe.

Ahora bien, cuando la situación de normalidad se torna en situación de crisis matrimonial, el artículo 96.4 del Código Civil erróneamente, además de limitar la libre disposición del cónyuge titular con respecto a la vivienda familiar, posibilita que se atribuya al cónyuge no titular un derecho de uso en base a criterios como la existencia de hijos menores y la concesión a este de su guarda y custodia, o a falta de estos, por ser el interés más necesitado de protección. Son varias las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la naturaleza de este derecho de uso, como analizaremos, aunque suelen coincidir en su oponibilidad *erga omnes* y su posible inscripción en el Registro de la Propiedad. En esta situación de crisis conyugal la falta de consentimiento no afecta al título de transmisión del bien que constituye la vivienda familiar, sino que se adquiere el dominio con la obligación de mantener el derecho de uso del cónyuge, que no ostenta ninguna titularidad sobre el bien. Si bien, hay que matizar que, si el gravamen o carga no está inscrito en el Registro, enajenándose como libre la vivienda familiar, y estamos ante un tercero adquirente de buena fe, que no puede conocer de otro modo la existencia de tal derecho de uso —pues, no olvidemos que la posesión también actúa como forma de publicidad—, aplicando las normas registrales, resulta protegido por el principio de buena fe registral (art. 34 LH), aunque la realidad extrarregistral determine que se encuentra limitada o gravada la propiedad por un derecho de uso o algún otro derecho real en cosa ajena no inscrito o debidamente cancelado (15). Si, por el contrario, el gravamen está inscrito, deberá el adquirente respetar el derecho de uso.

En todo caso, estamos ante un derecho de ocupación, de uso que se concede al cónyuge no titular —pues si el uso se atribuye al cónyuge propietario, ningún derecho emerge— (16), inexistente en situaciones de normalidad matrimonial, que por sí solo resulta suficiente, de ahí que no resulte necesario añadir, como, sin embargo, erróneamente hace nuestro legislador, una limitación a la libre disponibilidad de la vivienda familiar, que, en cambio, sí resulta operativa en situación de normalidad matrimonial.

Por su parte, aclara CUENA CASAS que en la situación de crisis matrimonial la ley prescinde del criterio de la titularidad, pues puede tratarse de un inmueble que era ganancial y que tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 y sigs. CC); puede que ya inicialmente se tratara de un bien en comunidad ordinaria por haberlo adquirido de esta forma los cónyuges o puede ser que el inmueble sea en su totalidad propiedad exclusiva de uno de los cónyuges (17).

(15) GORDILLO CAÑAS, «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pág. 1148.

(16) Vid., las Resoluciones de la DGRN de 6 de julio de 2007 (*RJ* 2007/6161), y de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/634).

(17) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 337.

En este contexto, aunque constituye un reto ambicioso un análisis en profundidad del artículo 1320 y artículo 96.4, señalando sus similitudes y también constatadas diferencias, por razones de espacio vamos a centrar el presente estudio en un supuesto relativamente frecuente, como es que ambos cónyuges adquieran la vivienda habitual conjuntamente en régimen de comunidad en el marco de un régimen de separación de bienes, o antes de constituir la sociedad de gananciales, o como consecuencia de la disolución y liquidación de esta tras la ruptura del vínculo conyugal por sentencia de divorcio, la vivienda que era ganancial se adjudica a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria, o, en fin que, el bien que constituye la vivienda familiar sea propiedad de uno de los cónyuges y un tercero. En todos estos casos, cabe plantearse qué sucede si constante el matrimonio se opta por disponer de la cuota, o cualquiera de los cónyuges ejercita la acción de división de la cosa común, estamos ante un acto dispositivo del artículo 1320 del Código Civil, e, igualmente, si tal ejercicio tiene lugar por el cónyuge no usuario o por un tercero y existe un derecho de uso a favor del otro cónyuge no titular, subsiste o no tal derecho de uso, máxime si la cosa es indivisible y, puede venderse en subasta pública con la concurrencia de licitadores extraños. Para llevar a cabo este estudio, lo vamos a estructurar tratando, en primer lugar, qué se entiende en la doctrina y jurisprudencia por vivienda habitual, para luego proceder a analizar el supuesto planteado desde la doble situación expuesta, esto es constante matrimonio, concretando qué se entiende por acto dispositivo de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario al que se refiere el artículo 1320 del Código Civil, y su aplicación a este concreto supuesto, o una vez tiene lugar la crisis matrimonial si sobre la base de las diferentes concepciones en torno a la naturaleza del uso, subsiste o no este. Si bien, además de la referencia doctrinal y jurisprudencial necesaria en todo análisis, nos parece oportuno aludir a la regulación existente en otros ordenamientos autonómicos.

No obstante, antes de iniciar el presente estudio, brevemente señalaremos por un lado que el Consejo de Europa ha desarrollado una importante actividad en el área del Derecho de Familia, en particular en el sector de la vivienda familiar con la aprobación por el Comité de Ministros de la resolución 78 [37] sobre igualdad de los esposos en el Derecho Civil, en la que se recomienda a los Estados, que «adopten todas las medidas necesarias para que una protección legal sea garantía del esposo que habita o ha habitado el inmueble familiar; pero que no es ni propietario, ni locatario, ni titular de otro derecho que le proporcione el goce de dicho alojamiento, cuando los derechos pertenecen o han pertenecido al otro cónyuge y pueden ser perdidos o han sido perdidos como consecuencia del comportamiento abusivo de su cónyuge, sin perjuicio de los derechos de terceros», y, la Recomendación de este mismo Comité [81] 15 sobre derechos de los cónyuges relativos a la ocupación de la vivienda familiar y utilización del ajuar que pretende asegurar a los esposos el derecho a la ocupación del alojamiento de la familia y a la utilización del mobiliario y los objetos destinados al uso familiar, introduciendo una legislación, o, en su caso, adaptando la legislación de los Estados a los principios enunciados en el anexo del documento, tomando en consideración la copropiedad y la cotitularidad arrendaticia, como medios de reforzar el derecho a la ocupación del alojamiento familiar (18). Advierte, GARCÍA CANTERO, que «no se trata de lograr una igualdad absolutamente matemática entre

(18) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 60.

las legislaciones internas de los países miembros del Consejo de Europa, sino que se trata de ofrecer un modelo o *standard* que represente el mínimo de protección que se considera satisfactorio, para lo cual se deja en buena parte a los derechos internos elegir el mecanismo jurídico más apto para lograr los indicados fines. Y añade que «se limita a enunciar un derecho a ocupar la vivienda o a usar el mobiliario, sin que descienda a definirlo, únicamente recomienda el sistema de copropiedad cuya adopción está en función, evidentemente, de las posibilidades reales que el régimen de copropiedad ofrezca dentro de cada país para dispensar una protección efectiva» (19). En semejante sentido, se pronuncia CORRIENTE CÓRDOBA, para quien «una armonización y más una uniformización que hubiera querido ir demasiado lejos y demasiado deprisa en estas cuestiones hubiera estado llamada a un segundo fracaso». Por ello, cuando el Comité de Ministros habla de la necesidad de establecer «reglas comunes», puede traer a nuestras mentes la idea de una futura convención europea sobre la materia (20).

Y por otro, que la tutela de la vivienda familiar en otros ordenamientos extranjeros cercanos a nuestro entorno se ha abordado desde dos sistemas definidos: el sistema inglés, que se basa en la creación de un derecho autónomo de ocupación del hogar familiar, inscribible en el Registro de la Propiedad y con eficacia *erga omnes*, y por otro, el sistema continental de aplicación más general, que se funda en una restricción a los poderes dispositivos que tienen los cónyuges sobre la vivienda familiar, que les pertenece, concediendo precisamente al cónyuge no titular la posibilidad de impugnar el negocio realizado por su consorte sin su consentimiento. Con relación al primero, en Gran Bretaña la *Matrimonial Homes Act* (MHA) de 1967, y su sucesora de 1983, fundamenta el sistema sobre la base de conferir al cónyuge no propietario del inmueble, que sirve de alojamiento al matrimonio, un derecho autónomo de ocupación preferente que es oponible tanto al otro cónyuge como a los terceros, previa anotación del derecho de ocupación en el Registro respectivo. Se trata de un derecho esencialmente personal, no cedible, que mientras subsista el matrimonio tendrá el carácter de carga sobre la propiedad, limitando las facultades de disposición al titular del inmueble y además de un derecho temporal. El titular de la protección otorgada no solo es el cónyuge no titular, sino también el cónyuge que carece de un derecho real sobre el inmueble que le permita su utilización, e incluso aquel cónyuge que no cuenta amparo en el *trust* conyugal que pueda existir (21). En cuanto al sistema continental, es la acogida en Francia en el año 65, cuando la Ley de 13 de julio de ese mismo año modificó el artículo 215 del Código Civil que dispone que: «los cónyuges no pueden disponer, el uno sin el otro, de los derechos por los que se asegura el alojamiento familiar, ni de los muebles que contiene. El cónyuge que no haya dado su consentimiento al acto puede solicitar su anulación: la acción para pedir la nulidad puede ejercitarla durante un año a partir del día siguiente en que se tuvo conocimiento del acto, y sin que en ningún caso pueda interponerse

(19) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 66-67.

(20) 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 formuladas por el Consejo de Europa», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 335.

(21) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 104-106.

transcurrido un año desde que hubiese quedado disuelto el régimen matrimonial». De forma que la restricción a la facultad dispositiva determina que el cónyuge titular no puede disponer de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro, pudiendo este impugnar el negocio dispositivo en el plazo de un año.

Como precisa, CUENA CASAS, el legislador español ha optado por las dos posibilidades. Así, «en situación de normalidad matrimonial, el artículo 1320 del Código Civil concede a quien no ostenta ninguna titularidad jurídico-real sobre el inmueble, una potestad de control en cuanto a la enajenación o gravamen del mismo, ...en tanto que no basta un contrato válido celebrado por el dueño del bien que se pretende enajenar, sino que es preciso este «consentimiento» de un tercero que no es dueño del inmueble... En paralelo, distinta es la posición jurídica que tiene el cónyuge no titular en situación de crisis matrimonial, pues se diseña un derecho de ocupación, el derecho de uso sobre la vivienda familiar» (22).

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. Así ORTEGA DÍAZ-AMBRONA considera vivienda familiar «aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación» (23). Por su parte, ELORRIAGA DE BONIS la define como «aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación», o «como el espacio físico donde se localiza el matrimonio y la familia» (24). Existe una coincidencia en considerar a la vivienda familiar como el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos). La edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación. En esencia, es el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además de seguridad e intimidad (25). Para HERRERO GARCÍA, por vivienda fa-

(22) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 298-299.

(23) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 49.

(24) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46 y 194.

(25) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, págs. 87 y 90; DE COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGrawHill, Madrid, 1997, págs. 39-40; GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 70-71; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 1586-1587; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 11-12.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/1030), la considera como «un bien familiar, no patrimonial al servicio del grupo o del ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; en igual sentido, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050); de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 23 de abril de 1998 (AC 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 1999 (AC 1999/4917); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de noviembre de 2000 (JUR 2001/62709); de la Audiencia Provincial de

miliar ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar» (26).

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (27), conceptúa la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil, en relación con el matrimonio y su crisis, se proyectan 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 aquella valen también en este último caso».

Desde una perspectiva, la vivienda familiar nace y se estructura cuando los cónyuges y los hijos se instalan a vivir en forma más o menos permanente en algún inmueble de su elección. Es lo que el profesor LACRUZ BERDEJO denomina «familiarización», esto es, la afectación, con voluntad de estabilidad, de determinado bien a la necesidad de alojamiento del grupo familiar (28); se trata entonces de una cuestión de hecho, que «no proviene de un acto jurídico o acuerdo de

Las Palmas, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004/25749); y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003/277780). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 21 de febrero de 1996 (*AC* 1996/263); de la misma Audiencia y Sección, de 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997/1914); de nuevo de la misma Audiencia y Sección, de 23 de abril de 1998 (*AC* 1998/4537); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4917), y de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 22 de enero de 2003 (*JUR* 2003/67263), se contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la familia, sino como un bien al servicio del conjunto familiar.

(26) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, volumen coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011, pág. 204, entiende por vivienda habitual, «el lugar habitable en que se desarrolla actualmente y con habitualidad, la convivencia familiar».

(27) *RJ* 1996/9020. Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995/2306) el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 28 de septiembre de 2007 (SP/SENT/143737) señala que: «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es su intimidad personal y familiar».

(28) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 28.

voluntades encaminados a tal fin, al menos en la generalidad de los casos, puesto que la ocupación de la vivienda viene dada por la naturaleza y realidad de las cosas y no por contratos que la establezcan y la regulen» (29).

Por otra parte, desde una perspectiva social, el inmueble familiar representa no solo el lugar donde se desenvuelve la vida familiar, sino además, como observa RAMS ALBESA, «cumple una función de relación social desproporcionadamente importante, pues en las aglomeraciones urbanas da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en la sociedad. Suele ser la respuesta indicativa a la integración en una clase social; dentro de ella, a un nivel económico, cultural y educativo, y en algunas megalópolis babelísticas llega a dar noticia de la raza, la religión y hasta de la nacionalidad de origen. Si a estos capitales datos de partida, adicionamos que se trata de un bien escaso, con fuerte presión en la demanda, y, por tanto, siempre caro, en relación con la economía del adquirente, tendremos cabal respuesta al porqué de la atención prestada por los poderes políticos a demanda de los votantes» (30).

A esta falta de definición hay que añadir que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por una imprecisión terminológica a la hora de designar a la vivienda familiar. Así en el artículo 96 del Código Civil alude a vivienda familiar, en el artículo 1320 del citado cuerpo legal se refiere a vivienda habitual de la familia; el artículo 1357 de este mismo Código, en sede de gananciales a la vivienda y ajuar familiares; el artículo 1406, también del Código Civil, referido a las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales, a la vivienda donde tuviere la residencia habitual; y, finalmente, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria, a la vivienda habitual de la familia. Ante esta pluralidad de denominación, nos parece más adecuada esta última.

Por su parte, el artículo 40 del Código Civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC) (31). Estamos ante domicilio conyugal cuando existe una relación matrimonial frente al domicilio familiar que, de forma más amplia abarca no solo aquel sino también donde conviven los miembros de una pareja con hijos o sin ellos, o familias monoparentales, e, igualmente, cuando disuelto el matrimonio no existe ya un vínculo conyugal (art. 93.2 CC). El domicilio conyugal cumple una función de localización jurídica —por ello se concreta en un determinado ámbito espacial—, y de identificación del matrimonio. mientras que la vivienda familiar será la base física del domicilio familiar (32).

ESPIAU ESPIAU, atendiendo a la consideración del domicilio conyugal como lugar «de ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones», con-

(29) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 187.

(30) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 99.

(31) GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, pág. 349.

(32) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 37. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de enero de 1995 (AC 1995/165); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9.ª, de 30 de septiembre de 1996 (AC 1996/1537), que entiende la vivienda familiar como «la sede física en la que se desarrolla la convivencia familiar por decisión común de ambos cónyuges o por designio de la autoridad judicial».

sidera que «respecto a terceros, aquel desarrolla una función de localización de ambos consortes, unificando el domicilio individual de cada uno de ellos en una sede común; y entre los cónyuges se configura como lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro. En este sentido, el domicilio conyugal desempeña una doble función, susceptible de ser diferenciada y que caracteriza su consideración como domicilio: como lugar de localización de la persona, referido a cada uno de los cónyuges, y como lugar de localización de la relación jurídica existente entre ellos» (33).

Por su parte, señala CUENA CASAS que no debería tener la consideración de vivienda familiar aquella que no es sede del domicilio conyugal fijado de común acuerdo. De hecho, el artículo 105 del Código Civil parece que utiliza el término domicilio conyugal como sinónimo de vivienda familiar (34).

Lo cierto es que existe una tendencia doctrinal mayoritaria tendente a hacer coincidir la vivienda familiar con el domicilio conyugal o domicilio familiar (35). Si bien, no faltan autores que niegan que la vivienda familiar constituya la sede del domicilio conyugal. Así GARCÍA-CANTERO piensa que «conviene deslindar ambas figuras en atención a la diferente finalidad que cumplen. Por de pronto, el domicilio tiene una función principalmente *ad extra* en las relaciones con los terceros, para realizar pagos y cobros, para recibir notificaciones, etc., por lo cual, en último término, podría sustituirse o reemplazarse por un buzón o un apartado de correos. En cambio, aunque no se excluyen esas funciones externas, lo fundamental en la vivienda y mobiliario familiares son las funciones *ad intra*, de convivencia entre sus miembros, de cobijo y alimentación, de asistencia y formación. El domicilio legal no puede faltar nunca, la vivienda familiar sí, y, aunque exista, ser diferente del domicilio» (36).

(33) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, págs. 25-26.

(34) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 281.

(35) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 21; GIMÉNEZ DUART, T., «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1981, pág. 88; SANTOS BRIZ J., «Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y del ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales», en *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRICH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pág. 211, quien precisa que «es difícil concebir que la vivienda de una familia no sea el domicilio de la misma, es decir, el lugar de su residencia habitual para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» (art. 40 CC). Puede considerarse también como equivalente a «vivienda», el concepto de «hogar»; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 199; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Madrid, 1988, pág. 299. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (*La Ley* 72585/2012); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de enero de 1992 (*AC* 1992/36); y de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 13 de abril de 2011 (*JUR* 2011/185632).

El artículo 231-3 del Código Civil catalán dispone que «los cónyuges determinan, de común acuerdo, el domicilio familiar. Ante terceras personas se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges, o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente».

(36) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 71-72. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 9 de febrero de 1998 (*AC* 1998/359).

En todo caso, la objetivización de la vivienda familiar, como sede del domicilio conyugal, tiene trascendencia frente a terceros y permite garantizar de manera efectiva la protección que se pretende con el artículo 1320 del Código Civil, amén de una mayor constancia en el Registro de la Propiedad (37).

Por otra parte, la noción de domicilio conyugal se relaciona con la de domicilio familiar, al operar ambos sobre el espacio que sirve de residencia al grupo familiar; y, asimismo, determinan la existencia de un grupo de personas unificadas en ese lugar en razón de su domicilio (38).

Ahora bien, cuando se trata de domicilio conyugal se omite toda referencia a la residencia como base de su existencia; sin embargo, si la vivienda familiar es el lugar donde la familia tiene su residencia habitual y se destina a la satisfacción de la necesidad básica de alojamiento de la familia, no parece razonable desvincularla de la residencia efectiva. De forma que, si la vivienda familiar es el lugar de residencia habitual de los cónyuges, se puede presumir que el lugar donde los cónyuges han fijado el domicilio familiar es el lugar de residencia habitual de la familia (39).

El concepto de residencia habitual coincide con el domicilio y vivienda familiar, pues el domicilio es precisamente el lugar de residencia habitual y la vivienda la base territorial de aquel (40).

Para que la vivienda tenga el carácter de familiar es necesario que cumpla una serie de requisitos:

1. Ha de constituir el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia familiar o destinada a servir como asiento del hogar familiar (41), o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible (42); o, en fin, como espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. De ahí que se excluyan las segundas residencias, fincas de recreo —por muy habitualmente que sean utilizadas por la familia, por ejemplo, durante los fines de semana—, los locales destinados exclusivamente a uso profesional, o el piso adquirido a tal fin por uno de los cónyuges, pero aun no ocupado, el terreno sobre el que se proponen

(37) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 281-282.

(38) GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 70 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 349; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197.

(39) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 283.

(40) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 195. Para las sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940/1019); de 26 de mayo de 1944 (*RJ* 1944/799); de 18 de septiembre de 1947 (*RJ* 1947/1049); de 25 de septiembre de 1954 (*RJ* 1954/2348); y de 21 de abril de 1972 (*RJ* 1972/1859); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 22 de enero de 2000 (*AC* 2000/383), la residencia habitual supone, como elemento fundamental, «no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanente en un lugar».

(41) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 214. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 27 de noviembre de 1993 (*AC* 1993/2235).

(42) HERRERO GARCÍA, M.ª J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588.

construir la casa (43). La vivienda ha de estar efectivamente ocupada por la familia, sin que sea necesario que tal ocupación haya tenido lugar durante un determinado periodo de tiempo, pues tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente (44).

Si se habita de forma normal y permanente es porque se entiende que existe intención de hacerlo, es decir, el *animus* se deduce del propio *corpus*. Si bien, no es necesario, aunque no faltan opiniones en sentido contrario (45), que concurren ambos elementos para que opere este requisito: objetivo (*corpus*) equivalente a un asentamiento con carácter permanente, y otro subjetivo (*animus*) entendida como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter; al ser posible que la vivienda ocupada transitoria o provisionalmente, se considere también vivienda habitual mientras tal ocupación tenga lugar. Hemos de pensar en la necesidad de la familia de ocupar otra vivienda temporalmente, mientras se concluye la construcción de la que será la vivienda familiar definitiva. De ahí que no se autorice a ninguno de los cónyuges a disponer unilateralmente de la vivienda que en ese momento ocupa la familia, mientras tal situación esté vigente (46).

(43) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, págs. 73-74; CÁRCABA FERNÁNDEZ, pág. 1606; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 588-589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566, para quien, sin embargo, quedan incluidas las viviendas con pequeña industria doméstica; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, undécima edición, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, 1997-I, pág. 80. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050), que dispone que la vivienda familiar no alcanza a la vivienda de recreo.

(44) RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606, señala que «el requisito de la habitualidad es algo que mira al presente y al futuro aún más que al pasado. No hay fijado un tiempo mínimo de ocupación de la vivienda para estimarla habitual. Tan habitual será la ocupada desde hace muchos años como la habitada recientemente».

Sin embargo, ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82, señala que la atribución del carácter habitual a una vivienda en el sentido del artículo 1320, viene dado por la concurrencia de dos requisitos: «uno subjetivo, cual es que en ella tenga su asiento y cobijo la familia, es decir, un ente necesariamente pluriindividual; otro temporal, puesto que solo será verdaderamente habitual una casa cuando se habite durante un plazo de tiempo razonablemente estable».

(45) MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 225, para quien la habitualidad supone el *corpus* y el *animus*.

(46) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 286; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 215.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005/148995), consideró vivienda familiar un inmueble en construcción que no había sido ocupado todavía por la familia, y ello porque «dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 9 de

En todo caso, no basta con residir, sino que se ha de presumir que se hará en un futuro. Es la permanencia y la estabilidad lo que debe acreditarse, sin necesidad de analizar la intencionalidad del sujeto para entender que una vivienda constituye la sede familiar.

2. Debe ser un lugar habitable. Para ello no se requiere que se cumplan determinadas condiciones de habitabilidad mínimas por más que el artículo 47 de la Constitución Española se refiera a una vivienda digna como premisa. Solo se exige que se trate de un lugar destinado a vivienda. Es obvio que no todas las personas, según entiende la media de los ciudadanos, tienen una vivienda digna, pero por indigna que sea no deja de ser vivienda. En palabras de CÁRCABA FERNÁNDEZ, para que una vivienda sea digna y adecuada debe «albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus más diversas facetas de una manera honrosa» (47). Para TAMAYO CARMONA, cosa distinta es que la vivienda en cuanto destinada a servir de espacio donde las personas puedan desarrollar sus necesidades básicas, deba reunir la infraestructura mínima que cumpla al menos los requerimientos de la normativa administrativa del ramo, so pena de desalojo (48).

Por otra parte, además de la habitabilidad, la propia redacción del artículo 1320 del Código Civil exige que el inmueble que tenga la condición de vivienda familiar, sea precisamente una vivienda. De ahí que, atendiendo a tales consideraciones, existe un punto común de excluir del concepto de vivienda los solares, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales de negocio, construcciones en ruinas, en definitiva a todo espacio que desde una perspectiva objetiva no pueda considerarse como destinado a servir de residencia o morada para las personas (49).

marzo de 2007 (*JUR* 2007/203692), que se considera que tiene el carácter de vivienda familiar, aunque temporalmente se haya abandonado su uso con motivo de obras de rehabilitación.

(47) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, julio-agosto de 1987, núm. 581, pág. 1436.

(48) TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 34. En este sentido, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 46-47 quien, desde la perspectiva constitucional, la vivienda familiar admite dos tratamientos diferentes: como bien físico o material y como objeto inmaterial o ideológico. En cuanto bien material da pie al examen en sus fundamentos o presupuestos a regulaciones jurídicas muy variadas desde la urbanística, a los regímenes de producción de vivienda (iniciativa privada, protección oficial, promoción pública, etc.), pasando por los sistemas de adquisición (créditos a la vivienda) y uso (derechos del usuario, calidad de vida y medio ambiente). Y, en cuanto objeto ideológico o bien inmaterial, se inserta en el ejercicio de determinados derechos como la intimidad y la inviolabilidad de domicilio.

(49) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1606; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 284; LUCINI CASALES, Á., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

En este contexto, más controvertido es el tratamiento de las denominadas viviendas mixtas o inmuebles de naturaleza mixta, al estar dedicada una parte inseparable del mismo al desarrollo de una actividad empresarial o profesional. En algunos casos, se resuelve la cuestión acudiendo a un criterio de accesoriedad, que exige determinar si la vivienda o la actividad empresarial o profesional es la principal; si bien, se suele supeditar el mismo a la posibilidad o no de poder segregarse, llegado el caso, ambos espacios (50). Sin embargo, otros autores entienden que el artículo 1320 del Código Civil no hace distinción alguna en la materia, por lo que, además de excluir tal criterio, entienden que la coexistencia de la vivienda con una actividad profesional o empresarial no desvía dicho bien del estatuto particular que la ley asigna a la vivienda familiar (51). Por otra parte, también plantean cierta problemática los anejos de la vivienda —los garajes y trasteros—. Se considera vivienda habitual familiar en cuanto forman parte del mismo inmueble (52). Sin embargo, no faltan algunas resoluciones que optan por la concesión de su uso independientemente de la vivienda, cuando pueden ser objeto de utilización separada (53).

año LXVI-1990, núms. 596 al 601, pág. 88; PLANES MORENO, M.^a D., «La vivienda familiar», en *Los procesos de familia: una visión judicial*, coordinador: Eduardo HÍJAS FERNÁNDEZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 943.

(50) GARCÍA CANTERO, G., «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 72; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1437; BELDA SÁENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, pág. 337; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 34. Siguiendo el criterio de la accesoriedad, pero prescindiendo de la posibilidad de delimitar ambos espacios como funcionalmente independientes, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, págs. 224-225; ALEJANDREZ PEÑA, P., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1453.

Por su parte, para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 285, el criterio de la accesoriedad es subsidiario del de segregación; y en la medida en que esta sea posible, deberá llevarse a cabo, disociándose el espacio dedicado a la vivienda del de la actividad profesional. La clave reside en determinar si tales dependencias pueden ser objeto de uso independiente.

(51) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 208-209; HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 129, quien precisa que desde luego el local exclusivamente temporal no es vivienda; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204, para quien queda excluido el local exclusivamente profesional, pero no aquel que es a la vez vivienda habitual de la familia.

(52) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149.

(53) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de enero de 1994 (AC 1994/156) concede el uso del trastero al marido porque tiene en él ubicado su taller de carpintería; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 17 de enero de 2005 (JUR 2005/64353), atribuye el uso de la vivienda a la esposa y el garaje al marido.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de mayo de 2008 (JUR 2008/317478), niega que el garaje forme parte de la vivienda familiar cuando se trata de fincas registrales distintas.

3. Asimismo, ha de tener la vivienda la calificación de familiar, ha de estar ocupada efectivamente por la familia y con carácter principal (54).
4. La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las *roulottes*, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual (55).

Finalmente, en el caso de existir varias viviendas familiares habituales, por ejemplo, en el caso que uno de los cónyuges tenga que vivir en lugar distinto que el otro cónyuge o sus hijos por razones profesionales, o cuando los hijos residen en otro lugar diferente por motivo de estudios (56). Hay dos posturas doctrinales, las que entiende que puede haber varias viviendas habituales (57); frente a quienes solo consideran que hay una, presumiendo como única vivienda familiar la del lugar donde los cónyuges hayan fijado el domicilio conyugal (58).

(54) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 216-217; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 32; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81.

(55) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 213; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 588; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1436; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 423; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 204.

(56) La Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, contempla expresamente esta posibilidad en sus artículos 7 y 27.2.f).

(57) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1438, considera que dado que la ley no prohíbe, nada impide que haya más de dos viviendas; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, décima edición, Tecnos, Madrid, 2006, pág. 140; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589; de la misma autora, «Algunas consideraciones en torno a la protección de la vivienda familiar», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor don José Beltrán de Heredia y Onís*, Salamanca, 1984, pág. 303, señala que ha de reconducirse la cuestión a lo que las partes han decidido; LUCINI CASALES, A., «La vivienda en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 92, quien admite su posible existencia, aunque entiende que la determinación final depende del arbitrio judicial; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual», en *Actualidad Civil*, 1987-1, pág. 1362; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1566. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 10 de mayo de 1993 (AC 1993/1050).

(58) RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)», *op. cit.*, pág. 1607; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 287; ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 429; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 55-56, precisa que, esa segunda vivienda no adquiere el *status* de vivienda familiar en el sentido del artículo 1320 del Código Civil. Asimismo, esa segunda vivienda cumplirá o cubrirá ciertas cargas familiares y, en este sentido, podrá decirse que es una vivienda de la familia, pero salvo que por los cónyuges se determine que sea vivienda

No obstante, el artículo 233-20.5 del Código Civil catalán posibilita que en situaciones de crisis matrimonial, la autoridad judicial «pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otra residencia, si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos», algo que ya se había planteado con el artículo 83 del Código de Familia catalán.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

Respecto a los muebles de uso ordinario de la familia, a la que se refiere el artículo 1320 del Código Civil y que reitera el artículo 96.4 del Código Civil en relación con el derecho de uso respecto a los objetos de uso ordinario, hay que prescindir, al igual que con la vivienda familiar, de la titularidad o pertenencia que los cónyuges tengan sobre tales bienes (59). Al término «muebles» cabe darle el sentido que el artículo 346.2 del Código Civil dispone para las cosas o bienes muebles; de forma que han de entenderse comprendidos en tal término, todas aquellas cosas o bienes que principalmente tengan por destino amueblar o alhajar las habitaciones y que están destinadas al uso indistinto de cualquiera de los miembros de la familia. Quedan, en consecuencia excluidos, los objetos de uso exclusivamente personal, las alhajas, objetos artísticos o históricos, cuadros u otros objetos de extraordinario valor; en la línea con lo dispuesto en el artículo 1321 del Código Civil —aplicable al supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges—; de forma que habrá de atenderse también a las circunstancias económico-sociales (60). Con todo, ha de tratarse de muebles de uso ordinario, en el sentido de objetos usuales y usables e imprescindibles para la vida de cualquiera de los miembros del grupo familiar (61).

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código Civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código Civil hemos de decir que corresponde a la familia matrimonial (62).

familiar, no alcanzará dicha categoría, ya que no debemos olvidar que los requisitos para poder hablar de la vivienda familiar, desde la perspectiva del citado artículo 1320, tienen su origen y razón de ser en ambos cónyuges, no en uno solo, ni en los hijos habidos en el matrimonio.

(59) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 289.

(60) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589, habrá que atenerse a las concretas circunstancias económicas-sociales de la familia, pero entendiendo que quedan excluidos los de extraordinario valor; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 289; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129 quien, asimismo, precisa que «la referencia a los “muebles de uso ordinario” de la familia parece algo más amplia que la referencia al ajuar doméstico, o “ajuar de la vivienda habitual común de los esposos”, a que alude el artículo 1321, sin que por ello dejen de excluirse, también de los muebles de “uso ordinario de la familia”, las alhajas y objetos valiosos».

(61) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 128-129. Para CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 289-290, entiende que «no habrá obstáculo para que, tratándose de bienes de cierto valor, sea posible su sustitución por otros que presten la misma utilidad». Ahora bien, añade la autora, que «aunque resulte obvio, es necesario que los muebles a que se refiere la norma estén en la vivienda familiar y no en otras viviendas pertenecientes a los cónyuges».

(62) Precisa LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 128, que por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

Aunque el material normativo constitucional puede ampliar tal campo de aplicación, pues, mientras el artículo 32 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad; el artículo 39 en su apartado 1 establece que los poderes públicos procurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, añadiendo en su apartado segundo, que aquellos poderes «asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil». De forma que, sobre tal base legal, el concepto de familia pueda ser más amplio al englobar tanto la familia unida por un vínculo matrimonial como la no matrimonial (63). Sin embargo, el modelo de familia legal diseñado en tal texto constitucional se basa en el matrimonio respecto de la cual es posible una discriminación positiva conforme lo dispuesto en el citado artículo 32, siendo, en consecuencia, también prevista para ella el régimen de protección que el Código Civil dispensa a la vivienda en los artículos 96.4 y 1320 (64). Todo ello sin perjuicio de los deberes inherentes a la patria potestad o de la obligación de alimentar a los descendientes que corresponde a las parejas de hecho con hijos, o a la protección, en su caso, que se puede dispensar a este núcleo familiar al margen del matrimonio a través de los artículos 142 y siguientes (obligación de alimentos), y 392 y siguientes (comunidad de bienes) del Código Civil (65).

En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código Civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación

(63) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., «Constitución y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 39, señala que «se trata de un material normativo fragmentario que tiene que ser interpretado dentro de un contexto más amplio, cultural e histórico para que pueda ser correctamente captado el sentido de los preceptos de la Constitución tanto en lo que dicen como en lo que no dicen».

(64) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., «Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de prólogo», *op. cit.*, pág. 31, que «la aplicabilidad de las normas sobre hogar familiar a las parejas no casadas parece excluida por el tenor literal de tales normas, y pensando que quien no se casa lo hace precisamente para mantenerse al margen de las leyes y en un régimen de mero arbitrio y libertad, de modo que cualquier vinculación iría contra la presumible voluntad de los convivientes. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la concesión del hogar familiar, tal como la plantea la ley, aunque recaiga en un progenitor, muchas veces se realiza en función de los hijos, tampoco cabe excluir absolutamente a título de alimentos de estos se pudiera también aplicar al conviviente abandonado el régimen de los artículos 90 y sigs., en cuanto preceptos que detallan una particular forma de prestar alimentos, que puede ser extendida por analogía a otros supuestos de los en ella expresamente previstos. No habiendo hijos, habría que acudir a la regla del artículo 1902, la cual no deja de ser discutible en el caso de abandono de una convivencia a la que nada obliga, y que reproduce en forma irregular una relación legal».

Por su parte, también en otros ordenamientos autonómicos es necesaria la presencia de un vínculo matrimonial para la protección de la vivienda familiar. Vid., artículos 231-9 y 233-20 del Código Civil catalán; artículo 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat Valenciana, de Régimen económico-matrimonial; el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven en Valencia; y la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra.

(65) ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 82.

de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho (66). Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 del CC y 14 de la CE) (67). De no existir descendencia común, el criterio, sin embargo, ha sido desestimar la *analogía legis*, «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que permitan dicha extensión normativa» (68); si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección (69).

(66) Vid., ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 45 y 226; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 291; ERDOZAIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 81; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1439-1440, nota 20, por su parte, «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997/2731); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148) (Plenaria); de 27 de marzo de 2008 (*RJ* 2008/4062); de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404), y de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6708), en la que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicables por analogía los artículos 96 y sigs. del Código Civil para el caso de ruptura de pareja. Niega, en particular, que el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del exmiembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiéndose que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

(67) CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la sentencia del TS, de 6 de octubre de 2011», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio de 2012, pág. 607; y vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9020); Sección 1.ª, de 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011/3139); y Sala Primera de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (La Ley 72585/2012); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 1 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4354); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 8 de marzo de 2001 (*AC* 2001/785).

(68) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); y de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404).

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001/4993); y de 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002/6246) aplican también por analogía *legis* el artículo 97 del Código Civil sobre pensión compensatoria.

(69) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/4770); de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/7148); de 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3345); y de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009/404). Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 24 de abril de 1998 (*AC* 1998/5078).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/1272), descarta el recurso a la analogía *legis* del artículo 96 del Código Civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función

No obstante, conviene precisar que en otros ordenamientos autonómicos la protección de la vivienda familiar se ha extendido a las parejas de hecho, unificando el tratamiento. Así el artículo 243-3.2 del Código Civil catalán remite al artículo 239-9, equivalente a nuestro artículo 1320 del Código Civil, en materia de disposición de la vivienda familiar por parte de uno de los miembros de la pareja estable (70); igualmente, el artículo 75.1 del Código de Derecho Foral de Aragón ofrece un tratamiento uniforme de las medidas derivadas de la ruptura de la convivencia de los progenitores al margen de que estén unidos o no por vínculo matrimonial al disponer que *«la presente sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en caso de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio y los procesos que versen sobre guardia y custodia de los hijos menores»*; y, en lo atinente al uso de la vivienda familiar, el artículo 81 establece que: *«1. En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor por razones objetivas, tengan más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares. 2. Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. 3. La atribución al uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. 4. Cuando el uso de la vivienda sea a título de propiedad de los padres, el juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. 5. El ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. En el caso de que ninguno de los padres continúe en el domicilio familiar, se decidirá la entrega de los bienes entre los mismos según las relaciones jurídicas que les sean aplicables»*. Un régimen similar relativo al uso de la vivienda familiar se contiene en el artículo 6 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En el ámbito estatal hay que destacar la aplicación del artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, a las parejas no casadas que reúnan determinados requisitos para el caso de desistimiento y vencimiento del contrato con objeto de proteger la vivienda familiar.

Por otra parte, conviene poner de manifiesto que el Tribunal Constitucional en sentencia de la Sala Segunda, de 31 de octubre de 1986 (71), configura a la familia «como sujeto colectivo, como titular comunitario» a los efectos de la protección de la vivienda familiar. Como precisa ELORRIAGA DE BONIS, «el razonamiento transcrito es fundamental por dos aspectos principales. En primer lugar, ve en la familia un titular comunitario, lo que permitiría apoyar la tesis de que la familia, en ciertos aspectos, puede constituir un sujeto de derechos y enlazar dicha conclusión con los artículos 39 y 47 CE. En segundo término es significativo que el Tribunal Constitucional razone en este fallo con normas de Derecho Civil,

integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

(70) El artículo 234-7 del Código Civil catalán contiene una normativa relativa al uso de la vivienda familiar en el supuesto de ruptura de la pareja estable.

(71) RTC 1986/135.

concretamente los artículos 96 y 1320 del Código Civil, bases de la configuración de la vivienda familiar en el Derecho Privado español, lo que no solo es argumento para la tesis que se expone, sino que también para cuestiones de mucha importancia como la naturaleza jurídica de la asignación de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial». Sin embargo, añade el autor: «la familia en el Derecho Civil español actual no goza de personalidad jurídica, por lo que, en rigor, no puede ser calificada de sujeto colectivo o de titular comunitario ni de los derechos sobre la vivienda ni de los derechos que pueda ostentar cualquiera de sus miembros sobre otro bien. Es verdad que relacionando los artículos 39.1 y 47 CE podría llegarse a la conclusión, muy genérica por lo demás, que la familia, como grupo humano definido y constitucionalmente protegido, tiene derecho a que el estado predisponga las condiciones necesarias para que sus miembros puedan acceder a una vivienda digna y adecuada; y es cierto, además que, los artículos 96 y 1320 del Código Civil de alguna manera impiden que la decisión del titular de la vivienda se imponga sobre la voluntad del otro cónyuge, impidiendo su libre disposición y regulando su destino en casos de crisis matrimonial». Pero, concluye con un argumento razonable que, «sostener una eventual cotitularidad de los cónyuges sobre la vivienda y a concebir la familia como persona jurídica capaz de detentar un derecho autónomo sobre el hogar que, en sentido estricto, pertenece a uno de los cónyuges, hay trecho demasiado grande» (72).

Lo cierto es que la familia no es un sujeto colectivo o titular comunitario, sino un conjunto de miembros unidos por lazos de filiación y parentesco, cuyo alcance puede concretarse en un ámbito familiar nuclear (padres e hijos), o ampliar más allá, extendiéndose a otros miembros de la familia. El lugar donde tales miembros fijan su residencia efectiva, domicilio familiar o conyugal, como es la vivienda familiar, va a resultar protegida tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en situaciones de crisis; de ahí, la regulación de los citados artículos 96 y 1320 del Código Civil.

De todas formas, la vivienda familiar no está sujeta, por regla general, a un especial régimen de titularidad jurídica, puede pertenecer a la sociedad conyugal, si el régimen económico-matrimonial elegido es el de gananciales, o pertenece privativamente a uno de los cónyuges, o a ambos en régimen de comunidad ordinaria. Tal titularidad no se ve alterada por la circunstancia de que se exija el consentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar (art. 1320 CC), ni mucho menos porque el uso se conceda a quien no es titular exclusivo (art. 96 CC), ni tampoco que estas disposiciones legales operen un cambio en la titularidad de la vivienda, que determine que el titular sea toda la familia (73).

III. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL

El artículo 1320 del Código Civil emplea el término «disposición de los derechos sobre la vivienda», si bien no ha de entenderse como contrapuesto a

(72) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 50-51.

(73) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 51-52.

actos obligacionales o de administración, pues, como señala SERRANO ALONSO, en este caso «la naturaleza del acto adquiere una importancia secundaria, lo importante son las consecuencias que del mismo se desprenden respecto a la utilización y disfrute de la vivienda» (74). De forma que el criterio que se ha de utilizar para su conceptualización es un criterio propio del citado precepto, que no guarda precisamente relación con la catalogación que el acto pueda tener desde una perspectiva jurídica o económica (75), sino que se está haciendo referencia a todos aquellos actos o negocios dispositivos que comprometan o puedan comprometer el uso y disfrute de la vivienda familiar; esto es, que puedan implicar una privación del goce de la vivienda por la familia, tales como enajenación, constitución de derechos reales limitados o personales. Así un contrato de arrendamiento a favor de terceros puede comprometer el uso de la vivienda y necesitaría el consentimiento de ambos cónyuges, al igual que actos de gravamen como la hipoteca, pues, una ejecución forzosa del inmueble puede poner en peligro la utilización de la vivienda, como, asimismo, la renuncia del cónyuge titular al uso de la vivienda (76). En esencia, se ha de garantizar la permanencia y la estabilidad en el uso y disfrute de la vivienda familiar; por lo que no será necesario el consentimiento para aquel acto dispositivo que no ponga en peligro precisamente el disfrute o la utilización de la vivienda familiar; esto es, no prive ni actual ni potencialmente a la familia del uso de la vivienda y del mobiliario. Como pone de relieve DE LOS MOZOS, «lo que realmente impide el artículo 1320 es la disposición unilateral de los derechos que uno de los cónyuges tenga sobre tales bienes, cualquiera que fuera la naturaleza de aquellos en modo que su uso se sustraiga a la familia o a la sociedad conyugal de forma

(74) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 97.

(75) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 62-64 y 69, quien precisa que, desde una perspectiva jurídica, esto es, aquella que toma en cuenta el carácter jurídico del acto, y como categoría de los mismos «el negocio jurídico se entiende por dispositivo cuando produce un cambio en la situación patrimonial preexistente, provocando de forma inmediata la pérdida o gravamen de un derecho. Incluidos dentro de esta categoría se encontrarían, por ejemplo, la renuncia de un derecho real limitado, la condonación, o incluso la segregación de una finca para constituir fincas independientes. En definitiva, este tipo de negocios supone una alteración patrimonial en el activo de este. Frente a estos negocios de disposición se colocan los negocios obligatorios, los cuales solamente comportan la asunción de un deber en orden a provocar un cambio real futuro. Provoca, por tanto, una alteración patrimonial pero radicada en el pasivo».

Desde una perspectiva económica, aquella que toma en cuenta el efecto económico del negocio, señala el autor que «el de disposición es entendido como aquel que compromete la existencia o individualidad o valor de los bienes. No obstante, y también a mayor diferencia con la anterior perspectiva, los contornos que delimitan el contenido del acto de disposición no son rígidos, dado que la identificación del negocio no se produce de forma intrínseca, sino puesto con relación a un patrimonio. En este sentido, la noción de disposición no se corresponde con la de enajenación, sino que es más amplia, incluyendo la constitución de derechos reales y los llamados actos “de extraordinaria administración”. Frente a esta conceptualización del acto de disposición, se colocarían los actos de administración, siendo estos los que tienden a la puesta en valor y a la explotación normal de un patrimonio, es decir, aquellos que van dirigidos al uso, goce y conservación de la cosa o patrimonio administrado».

(76) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 22 de julio de 1998 (AC 1998/6868).

definitiva o completa, o que pueda ponerla en peligro. Es decir, la interpretación de la norma no debe ir más allá de su finalidad» (77). En consecuencia, precisa HERRERO GARCÍA, «la norma se refiere no solo a los actos de disposición, sino incluso a la abstención culpable del cónyuge negligente de hacer valer sus derechos o defenderlos» (78).

En todo caso, la ley se refiere a «disposición de derechos», de forma que no solo alcanza al derecho de propiedad, sino a cualquier derecho de contenido real (superficie, uso, usufructo, servidumbre, censo), o personal como el arrendamiento (79).

Ahora bien, el carácter limitativo de la norma exige una interpretación restrictiva de la misma. De manera que, si el acto de disposición no priva a la familia del uso de la vivienda, y este tiene tanta estabilidad como el derivado del derecho de propiedad no será de aplicación el artículo 1320, como sucede en el supuesto de transmisión de la nuda propiedad con reserva del usufructo en provecho de la familia (80); en cambio, si será necesario el consentimiento del cónyuge no titular cuando se enajena la vivienda con reserva del usufructo a favor del disponente (81), pues, como señala CUENA CASAS, «resulta necesario porque el carácter vitalicio del derecho de usufructo (art. 513 CC) podría poner en riesgo el uso de la vivienda en la medida en que, fallecido el usufructuario, deberá procederse a la entrega de la cosa usufructuada al nudo propietario (art. 521 CC)». Si bien matiza que «cierto es que fallecido el titular dominical deja de existir el carácter familiar de la vivienda y, por otro lado, no existe ninguna norma limitativa a favor del hogar familiar en los actos *mortis causa*, sin embargo, si la vivienda sigue en propiedad del cónyuge titular, las probabilidades de que los hijos, caso de tenerlos, sean los herederos de la misma y decidan acerca de su destino es máxima. El control presente y futuro sobre la posesión del inmueble es mayor si permanece en propiedad de uno de los cónyuges que

(77) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129.

(78) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589.

ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149, añade o a extinguirlos, así si es que la vivienda tiene un arrendamiento o un usufructo, y el cónyuge arrendatario o usufructuario trata de renunciar a tales derechos.

(79) COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 300; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 245 a 327.

(80) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129; COSTA RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567. En contra, ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 144; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590, quien señala que «parece más conveniente exigir el consentimiento del otro cónyuge por varias razones: dificultad técnica de construir dicho tipo de usufructo, fundamentalmente, el que la estabilidad del derecho de usufructo es menor que la del derecho de propiedad. Aún pensando que el usufructo se inscribe en el Registro de la Propiedad, para evitar el juego del artículo 34 de la LH, en la venta por el adquirente de la nuda propiedad a un tercero, habría que concluir que, dados los términos de los artículos 91.1 del RH, la inscripción de la constitución de dicho usufructo precisaría el consentimiento del otro cónyuge».

(81) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 282-283.

sí se constituye en usufructuario». A pesar de que, concluye la autora, «el usufructo no comprometa el uso de la vivienda, el riesgo de pérdida de la posesión del inmueble por parte del cónyuge no titular —y mediatamente— de los demás miembros de la familia, es mayor, razón por la que estimo que sería necesario el consentimiento del cónyuge no titular» (82).

Por otra parte, igualmente, se muestra favorable la doctrina en la inclusión en el artículo 1320 del Código Civil y por tanto, a la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular en el caso de enajenación de la vivienda con reserva del arrendamiento al considerarse que pasaría a poseerse con un título más debilitado (83).

En todo caso, en el supuesto de vivienda arrendada donde el contrato puede haber sido celebrado por ambos cónyuges o por uno solo de ellos, el artículo 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como norma especial y de aplicación preferente en la resolución de los conflictos que genera la vivienda familiar arrendada —sin perjuicio de la aplicación supletoria de lo previsto en el art. 1320 para los supuestos no contenidos en la norma arrendaticia—, prevé la subrogación del cónyuge no titular del contrato de arrendamiento en los casos de no renovación de este por parte del arrendatario cuando tiene derecho legal a hacerlo (prórrogas de los arts. 9 y 10 de la LAU), ante el derecho de desistimiento (art. 11 de la LAU) y el abandono de la vivienda, igualmente, por parte de aquel sin manifestación expresa sobre su voluntad de no renovación o desistimiento (84). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que en el caso de desahucio del cónyuge titular debe traerse a juicio del consorte, pues se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (85).

Ahora bien, la limitación de la libre disposición sobre la vivienda familiar para el sentir mayoritario de la doctrina alcanza a los actos de disposición a título oneroso; sin embargo, la duda se plantea con respecto a los actos a título gratuito. Para una parte, se estima que «disponer» incluye tanto los actos de carácter oneroso como los gratuitos (86); de forma que el artículo 1320 del Código Civil no limita la protección al adquirente a título oneroso, sino que también alcanza al que adquiere a título gratuito de buena fe, pues, ambos pueden privar del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular (87). Sin embargo, para otros, el

(82) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 301.

(83) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 129.

(84) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4466).

Por su parte, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 331, precisa que la cesión a tercero del derecho arrendaticio o la resolución del contrato a instancia del arrendatario entrará en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. Sin embargo, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona, 1998, pág. 79, considera que estos supuestos entrarían en el artículo 12 de la LAU.

(85) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de octubre de 1986 (*RTC* 1986/135).

(86) SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 95; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 278; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 205; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149.

(87) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 402.

ámbito objetivo de la norma se limita a los actos a título oneroso (88) —criterio más lógico—.

Por otra parte, la doctrina de manera unánime considera que el alcance de la citada norma está limitado a los actos de disposición *inter vivos*, pues, para los actos *mortis causa* habrá que estar a las normas del Código Civil en materia sucesoria (89).

Ahora bien, el consentimiento del cónyuge no titular al que se refiere el artículo 1320 del Código Civil señala, igualmente, la doctrina de forma unánime que no se trata de un consentimiento en sentido técnico (art. 1261 del citado cuerpo legal), sino de un asentimiento o declaración de conformidad con el negocio ajeno necesario para todo tipo de actos y negocios dispositivos que impliquen privación del goce de la vivienda habitual por la familia (90). En cuanto a la forma, no se ha previsto ninguna particular, por lo que tal asentimiento puede ser expreso, tácito o presunto. Como señala ELORRIAGA DE BONIS, se entiende que es expreso cuando «se manifiesta en términos directos, explícitos y formales, no dejando lugar a dudas sobre su existencia»; tácito cuando «se deduce inequívoca-

(88) GIMÉNEZ DUART, T., «El artículo 1320 del Código Civil, ¿es aplicable en Cataluña?», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pág. 198; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 346; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 312.

En relación con el adquirente a título gratuito, a juicio de CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329, «siguiendo un criterio de interpretación teleológico, atendiendo a la finalidad de la norma, la salvaguarda del alojamiento de la familia cede ante la seguridad del tráfico y la protección de los terceros que sufren una pérdida como consecuencia del juego de la norma. Tal protección no encuentra justificación cuando tal pérdida no se ha producido».

(89) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 206. Asimismo, la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra.

Sin embargo, para SERRANO ALONSO, E., «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho Sucesorio», *op. cit.*, pág. 93, entiende que nos encontramos ante una laguna legal que deberá ser suplida judicialmente con los principios de equidad y generales del derecho.

(90) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590; RAMS ALBESA, J., «Uso, habitación y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 107; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; BELDA SÁENZ, C., «Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 340; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1622; MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320», *op. cit.*, pág. 239; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1447; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 1614; MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 197; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 65; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 206.

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997/6614); y de 8 de octubre de 2010 (*La Ley* 171465/2010), que señala esta última que el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto dispositivo», y las Resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2005 (*RJ* 2005/5576); y de 7 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8526).

mente de ciertos actos del cónyuge llamado a consentir, y de circunstancias que lo rodean, que su intención es la de asentir el negocio de disposición sobre la vivienda, debe tratarse de actos de positivo valor, demostrativo indubitadamente de una voluntad determinada en tal sentido, o que ponga de relieve el deseo o la voluntad del agente, sin que ofrezca la posibilidad de diversas interpretaciones, excluyéndose todas las actuaciones que no sean inequívocas o no concluyentes». Y, finalmente, es presunto para el autor «cuando sin ser expreso, ni derivarse incuestionablemente de actos del cónyuge llamado a consentir, es posible inferirlo de su aquietamiento, pasividad o silencio frente a actos preparatorios y dispositivos del hogar familiar; siempre y solo en la medida que dicho aquietamiento permita suponer la aceptación del negocio» (91).

Además este asentimiento debe ser específico, no general para el concreto acto dispositivo sobre la vivienda familiar (92). Asimismo, puede ser previo, coetáneo o posterior al negocio; en este último supuesto sería posible su convalidación tanto expresa como tácita (93).

(91) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 334-336. Para ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88, el consentimiento expreso consistirá «en la manifestación fehaciente, clara, de la conformidad del cónyuge no disponente con el negocio de disposición. Por su parte, según la jurisprudencia citada, el carácter tácito podrá deducirse de la pasividad de dicho cónyuge, de su no oposición al acto realizado, de la admisión de la validez del acto que no lleve consigo perjuicio o fraude para tercero, o incluso por no responder a los requerimientos que, al efecto, le pudieran haber hecho alguna de las partes en el negocio dispositivo». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7858); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 13 de abril de 1992 (*AC* 1992/609), el consentimiento *uxoris* como consentimiento tácito, «ante la pasividad de la esposa o su no oposición al acto realizado, o admitiendo la validez del acto que no lleve un perjuicio o fraude para terceros, o interviniendo en los requerimientos, so pena de ir contra sus propios actos, e inclusive viene admitido en estos casos el silencio como revelador del consentimiento»; y de la misma Audiencia, de 28 de octubre de 1992 (*AC* 1992/1502), se refiere al consentimiento presunto que es posible deducirlo de otros hechos acreditados, siempre que, como exige el artículo 1253 del Código Civil, entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, ya que en definitiva «la presunción es el paso de un hecho conocido a otro desconocido, a través del camino de la lógica» [STS de 29 de enero de 1965 (*RJ* 1965/262)].

(92) TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 67; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 336; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 590-591, precisa que «el carácter específico del consentimiento no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre actos de disposición de la vivienda habitual, que cabe considerar de una manera abstracta y no necesariamente casuística».

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4466), se considera válida la constitución por el marido sobre la vivienda adjudicada a la esposa de una hipoteca, haciendo uso del poder representativo y de las facultades de disposición conferidas por aquella a su esposo.

(93) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 590; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130, señala que el acto celebrado sin consentimiento es ul-

En todo caso, resulta inviable cualquier pacto de renuncia, pues no olvidemos que la norma contenida en el artículo 1320 del Código Civil es imperativa de *ius cogens*, y, por tanto, inderogable e inmodificable por la sola voluntad de las partes (94).

Mas controvertida es la posibilidad de que conste en capitulaciones matrimoniales. Para una parte de la doctrina no resulta posible que en dicho documento público se pueda convenir un pacto por el que el cónyuge no titular consienta previamente la disposición de la vivienda familiar por parte del cónyuge titular, argumentando para ello de nuevo sobre el carácter imperativo de la norma y la imposibilidad de derogarlo por vía capitular (95); mientras otros mantienen su validez, habida cuenta del carácter excepcional de este consentimiento/asentimiento (96). Ciertamente la irrevocabilidad de las capitulaciones (art. 1331 CC), el carácter imperativo del artículo 1320 del Código Civil que lo convierten en una limitación al principio de libertad capitular, y el carácter eminentemente fáctico de la vivienda habitual familiar, hacen poco probable que se pueda admitir una cláusula capitular que excluya el consentimiento del cónyuge no titular, y, además, como matiza TAMAYO CARMONA, resulta necesaria «la reiteración del consentimiento ante el acto de disposición de la vivienda, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del artículo 1320 del Código Civil» (97).

teriormente confirmable, y la disposición sobre cosa ajena o por título gratuito solo puede ser objeto de ratificación.

(94) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 351.

(95) MUÑOZ DE DIOS, M., «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 240; DE LA CUESTAT SÁENZ, J. M.^a, «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1983, pág. 139; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 349-350.

(96) LUCINI CASALES, A., «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos de disposición de la misma», *op. cit.*, págs. 107-108; BELDA SÁENZ, M.^a C., «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español», *op. cit.*, pág. 342.

(97) TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 68.

No obstante, parte de la doctrina que niega la posibilidad de insertar un pacto semejante en las capitulaciones, sin embargo, acepta el consentimiento preventivo incluido en capitulaciones no formando parte del contenido propio de las mismas, sino como contrato normativo que solo puede ser modificado en los términos previstos en el artículo 1331 del Código Civil. Solo sería válido como simple pacto capitular—independientemente de las normas estatutarias—, como manifestación de voluntad unilateral y revocable por el otorgante. Vid., HERRERA GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J., «Aspectos imperativos en la nueva ordenación del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXI, 1981, pág. 20. Asimismo, ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 350-351, para quien en la línea con los citados autores, reitera que «solamente puede ser tenido como un consentimiento manifestado previa y formalmente en capitulaciones, pero que no llega a constituir un pacto matrimonial integrante del contenido normativo de las capitulaciones, permaneciendo como declaración de voluntad unilateralmente manifestada, que como tal puede ser revocada en cualquier instante, sin que le sea aplicable lo dispuesto en el artículo 1331 del Código Civil»,

Ahora bien, si el cónyuge no titular no prestara el consentimiento exigido, caben dos posibilidades: 1. Solicitar autorización judicial cuando proceda, o como dispone el artículo 1320 «en su caso»; y 2. Realizar el acto sin tal consentimiento.

Respecto de la primera, la expresión «en su caso», que emplea el citado artículo, debe ser entendida como equivalente a «cuando sea procedente», lo que, además de justificar la existencia de supuestos en los que no es posible solicitar la autorización judicial supletoria, concreta, asimismo, cuando esta resulta procedente como son los casos de negativa injustificada por parte del cónyuge no titular, o cuando este se encuentre imposibilitado para prestar el consentimiento por ausencia o incapacidad (98). En todo caso, el cónyuge titular que solicita tal autorización judicial subsidiaria ha de demostrar que el acto dispositivo de la vivienda familiar no perjudica el interés de la familia ni, en consecuencia, la estabilidad y permanencia en el uso y disfrute de la vivienda por parte de la misma. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria (art. 1811 de la LEC de 1881), y la autorización debe ser solicitada con carácter previo a la realización del acto o negocio dispositivo (99).

Por otra parte, ante el silencio del artículo 1320 del Código Civil, y tratándose de actos o negocios dispositivos onerosos sobre la vivienda familiar sin asentimiento del cónyuge no titular, cuando este resulte exigible, supone la anulabilidad de aquellos en virtud de lo establecido en el artículo 1322.1 del Código Civil (100). La acción de nulidad podrá ejercitarse en el plazo de cuatro años contados desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes se hubiera tenido conocimiento suficiente del acto o contrato, en cuyo caso el plazo comenzará a contar desde esta fecha (art. 1301 CC). En cuanto a la legitimación activa, no la tienen los herederos, solo el cónyuge, pues, con la muerte cesa la vivienda familiar (101). Siendo la vivienda un bien privativo, la sanción será la anulabilidad, aunque el cónyuge titular dispusiera de ella a

(98) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 356.

(99) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 362, quien precisa que «si el Juez autoriza con posterioridad al negocio esta autorización, se desnaturalizaría y pasaría a ser una confirmación o una ratificación que, como es sabido, solo puede provenir o de la persona facultada para alegar la nulidad o del que no se tenía poder para representar respectivamente».

(100) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 131; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 363; COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1567; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130; HERRERA GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 592, RAMS ALBESA, J., «Uso, habitación y vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 108; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 139; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 149; ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 87. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990/7858); y de 22 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4085); y las Resoluciones de la DGRN, de 29 de febrero y 8 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1091; 2000/1100). En contra, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 1620-1621.

(101) Sin embargo, para ERDOZÁIN LÓPEZ, J. C., «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», *op. cit.*, pág. 88, si están legitimados los herederos.

título gratuito sin el consentimiento de su consorte. Si la vivienda es ganancial, el negocio gratuito será radicalmente nulo.

En cuanto al adquirente de la vivienda familiar, el artículo 1320.2 del Código Civil dispone que «la manifestación errónea del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». La protección de la vivienda familiar no es total, pues tiene como límite al adquirente de buena fe. De ahí que, el legislador estatal opte por proteger a la familia, sin comprometer del todo la seguridad del tráfico, pues, la anulabilidad del título traslativo no afecta al tercero adquirente cuando exista una manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda, y aquel actúe, además, de buena fe (102).

Ahora bien, para la mayoría de la doctrina, el adquirente de buena fe de la vivienda familiar es parte del contrato y adquiere *a domino*, por lo que carece de la condición de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al resultar aplicable el artículo 33 de la citada norma, ya que la inscripción no convalida un acto nulo. La manifestación errónea o falsa acerca del carácter familiar de la vivienda posibilita, no obstante, la inscripción de la misma a nombre del adquirente (art. 91.1 RH), pero si este no actúa de buena fe, permanecerá viva la acción de anulabilidad. Si el adquirente no inscribe su derecho sobre la vivienda habitual, no goza de protección registral, lo que no impide que, en cualquier caso, esté protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil. Para esta misma doctrina, si el adquirente de la vivienda enajenare a otro la vivienda (subadquirente), este sí sería tercero, al que le resultarían aplicables las normas registrales de adquisición *a non domino* (art. 34 de la LH) ante la eventual impugnación del contrato celebrado por el titular de la vivienda con el primer adquirente por parte del cónyuge no titular (103).

Lo cierto es que, el adquirente de buena fe es parte en la relación contractual con el cónyuge disponente, sin ninguna vinculación con el cónyuge no titular de la vivienda, que, como bien sabemos, tiene legitimación para impugnar el negocio realizado sin su consentimiento. Adquiere *a domino*, si bien, como parte en un negocio ineficaz, aunque tal adquisición se inscriba (art. 33 de la LH). Por lo que no estamos ante un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (tercero hipotecario), a diferencia del subadquirente que sí lo es respecto del contrato que, eventualmente el cónyuge no titular puede impugnar. En todo caso, al primer adquirente se le podría considerar un tercero respecto al cónyuge no titular y, por ende, no transmitente.

Por ello, el tercero a que alude el artículo 1320.2 del Código Civil es el subadquirente de buena fe, al que frente a la impugnación del contrato por el cónyuge no titular y, en consecuencia, la posible anulación o resolución del derecho de su transmitente —si prospera la acción de nulidad—, es tercero protegido por el Registro (art. 34 LH). De optar por otra interpretación y considerar al adquirente

(102) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 407; vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000/1100); y de 6 de marzo de 2004 (RJ 2004/2474).

(103) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 132; ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 398-400; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 125; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 130-131; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 324-325.

un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria haría inútil el artículo 1320.2 del Código Civil (104).

En cuanto a la buena fe del adquirente (art. 433 CC) se habla de manifestación errónea o falsa por parte del disponente. Se entiende que es errónea, en cuanto induce al error; a equivocarse al adquirente sobre el carácter familiar de la vivienda, bien, como señala HERRERO GARCÍA, «porque exista discrepancia entre la voluntad real y la declarada —equivocada expresión—, bien porque, aunque difícil, el disponente incurra en una situación de error sobre el carácter familiar de la vivienda». Y esta misma autora añade que es manifestación falsa, «siempre que el disponente, de forma consciente, trate de engañar con ella al adquirente» (105).

Ahora bien, no basta con la manifestación errónea o falsa por parte del disponente, sino que es necesario que el tercero de buena fe ignore la condición familiar de la vivienda. Es por ello que resulta exigible al tercero al menos un mínimo de diligencia en la comprobación del estado posesorio del inmueble, esto es, en la no efectiva utilización de la vivienda por un grupo familiar, pues

(104) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 133.

(105) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591. Vid., asimismo, MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 366-367, excluye el error de derecho, y entiende por manifestación falsa, «el engaño, el dolo empleado por el cónyuge titular de los derechos para hacer creer al adquirente que el inmueble objeto del contrato no es un vivienda familiar»; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320», *op. cit.*, pág. 1455, para quien también la ausencia de manifestación ha de asimilarse a la manifestación errónea. Sin embargo, para DE LA CUESTAT SÁENZ, J. M.^a, «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *op. cit.*, pág. 165, ante la ausencia de manifestación difícilmente se puede aplicar el precepto.

Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 6 de marzo de 2004 (RJ 2004/2474), dispone que: «el consentimiento de ambos cónyuges se exige para disponer de la vivienda privativa que sea la habitual de la familia y de la que, de no darse tal circunstancia, tendría su titular la libre disposición. Al ser aquella circunstancia de difícil e incluso imposible conocimiento, por el adquirente, la protección que merece su buena fe, en concreto en el caso de que acudiendo a la normal diligencia recabe del transmitente una declaración sobre el particular, ha llevado al legislador a dejarle incólume ante una manifestación errónea o falsa por parte del mismo sobre tal extremo. Pues bien, si el transmitente declara ser de estado soltero al igual que, si la manifestación es de viudedad, divorcio, o separación legal difícilmente puede el adquirente recabar del mismo manifestación alguna a los efectos del citado artículo 1320 del Código Civil, y esa declaración, sea falsa o errónea, ha de producir los mismos efectos que la que de ser casado hiciere sobre que la vivienda que transmite no tiene la condición del domicilio habitual de su familia. Y frente al alcanzado de tal manifestación no puede oponer el registrador el dato que obre en el Registro a los solos efectos de identificar al titular registral como es su estado civil recogido del título que motivó su adquisición, por cuanto no tal dato es objeto de publicidad registral y está amparado, en consecuencia, por el principio de legitimación registral, ni puede dar prevalencia al posible error padecido a reseñar tal circunstancia personal en el título inscrito sobre el que ahora se presenta inscripción, ni puede, por último, exigir prueba alguna sobre el cambio de tal circunstancia, por ejemplo, la nulidad del matrimonio existente en su momento, al igual que no podría exigirla de que en la actualidad el transmitente se encuentra viudo o divorciado si así consta en el título traslativo, frente a la situación de casado que constase en el asiento anterior».

la posesión es también una forma de publicidad (106). De ahí que no pueda ser considerado de buena fe al adquirente que, pese a existir manifestación errónea por parte del disponente acerca del carácter no familiar de la vivienda, se demuestre que conocía el carácter familiar de la misma (107). No obstante, algunos autores consideran suficiente la manifestación errónea del disponente para que resulte protegido el adquirente (108).

Por otra parte, sobre la exigencia de título oneroso para que opere la protección del artículo 1320.2 del Código Civil, aunque nada dice el precepto, la tendencia mayoritaria y, a nuestro entender acertada, es aquella que considera que solo quedan protegidos los que adquieren por este título y los que lo hacen a título gratuito, aunque sea de buena fe, en cuanto no sufren ninguna pérdida por el juego de la norma (109). Si bien, no faltan autores para los que la protección también alcanza a los adquirentes a título gratuito (110).

En cuanto a los efectos del artículo 1320.2 del Código Civil, si el adquirente carece de buena fe, el cónyuge no titular podrá impugnar el negocio dispositivo con el consiguiente efecto restitutorio derivado del ejercicio de la acción de nulidad (art. 1303 CC). Si bien, tal efecto restitutorio, ante la disposición ya consumada con la entrega correspondiente de la vivienda, deberá realizarse al disponente como titular del bien. Por el contrario, si opera de buena fe, el cónyuge no titular no podrá impugnar el negocio dispositivo, siendo por consiguiente inatacable la disposición realizada.

En todo caso, como precisa LACRUZ BERDEJO, el negocio sin asentimiento del cónyuge sigue una suerte de ineficacia que permite al adquirente optar por conservar el negocio, esto es, devenir en titular del bien, si ha cesado la «fami-

(106) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 327-328. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10136); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 4 de junio de 1997 (*AC* 1997/1245), los adquirentes conocían el carácter de vivienda habitual de la actora y, en consecuencia, su carácter de indisponible por el consentimiento de uno de los cónyuges, razón por la cual actuaban de mala fe, al conocer la falta de legitimación del vendedor; lo que impide, por sí solo, que pudiera quedar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/308208), de ninguna manera hay en los autos indicios en contra de los codemandados compradores suficientes para desvirtuar la presunción de buena fe.

Sin embargo, para Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 141, en modo alguno debe obligarse, siempre al tercero, a una pesquisa sobre si la vivienda es o no familiar.

(107) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010 (*La Ley* 21048/2010).

(108) Ávila Álvarez, P., «El régimen económico-matrimonial en la reforma del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVII, 1981, núm. 547, pág. 1380; Belda Sáenz, M., «Notas para el estudio del artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 347.

(109) Giménez Duart, T., «El artículo 1320 del Código Civil: ¿es aplicable en Cataluña?», *op. cit.*, pág. 198; Álvarez Olalla, M.ª P., «Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes», *op. cit.*, pág. 467; Cuena Casas, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329.

(110) Elorriaga de Bonis, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 293; Rodríguez López, F., «Notas sobre la vivienda habitual de la familia», *op. cit.*, pág. 1620.

liaridad» de este; y asimismo, permite al adquirente a título oneroso deshacer el trato y, en su caso, reclamar indemnización (111).

De todas formas, cuando el adquirente resulta protegido por el artículo 1320.2 del Código Civil, el cónyuge perjudicado tendrá derecho a indemnización (112).

Por último, la protección que dispensa el artículo 1320.2 del Código Civil alcanza a la vivienda familiar, si bien, con respecto a los muebles de uso ordinario, para una parte de la doctrina el citado artículo 1320 del Código Civil será de aplicación analógica (113); para otros, a los que nos adherimos, se aplica el régimen general previsto en el artículo 464 del Código Civil (114).

Ahora bien, mucha de la problemática en torno a la vivienda familiar reside en la falta de un mecanismo en la legislación hipotecaria que posibilite la constancia en el Registro de la Propiedad de su carácter familiar (115). Relacionado con el artículo 1320 del Código Civil prevé el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario que: *«cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tenía tal carácter»*. Se exige el consentimiento del cónyuge titular para los casos en que la ley lo requiera, salvo que el disponente manifieste precisamente que la vivienda no tiene tal carácter (116). De forma que la simple manifesta-

(111) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 130. En esta línea, CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 329.

(112) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 131; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales», *op. cit.*, pág. 207.

(113) COSTAS RODAL, L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1568.

(114) DE LOS MOZOS, J. L., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 132; HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 591; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 324; GORDILLO CAÑAS, A., «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 1138; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 150.

(115) En esto coincide mayoritariamente la doctrina, vid., GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La relevancia registral de la vivienda familiar y los derechos sobre la misma», *op. cit.*, pág. 136; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 68; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 313; YÁÑEZ VIVIERO, F., «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *El Consultor Inmobiliario*, núm. 26, 2002, pág. 22.

(116) La Resolución de la DGRN, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8733), dispone que: *«El artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble puede constituir la vivienda habitual de la familia bien el consentimiento o autorización necesarios si, en efecto, el derecho que se transmite sirve de soporte para la constitución en él de la vivienda habitual, bien la justificación de que el inmueble no tiene tal carácter o, simplemente, la manifestación por el disponente en tal sentido. No basta para entender realizada tal manifestación el dato de que el domicilio del disponente que consta en la escritura no coincida con el inmueble de que se dispone puesto que el domicilio de un cónyuge, puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble. Ni tampoco basta el que en una de las cláusulas de la escritura se exprese que los comuneros venden la finca "libre de cargas, gravámenes y arrendamiento", pues en esta fórmula de estilo no se contiene evidentemente la especial manifestación exigida por el*

ción de voluntad del disponente acerca de su carácter no familiar, y la falta de la constancia registral de tal carácter perjudica al cónyuge no titular al hacer inoperante su protección frente al tercer adquirente de buena fe. Se parte de la presunción *iuris tantum* del carácter familiar de la vivienda salvo manifestación contraria del disponente (117).

Esta manifestación del cónyuge disponente sobre el carácter no familiar de la vivienda ha de contenerse en la escritura en que conste el acto dispositivo, pudiendo realizarse por apoderado (118).

Por su parte, en relación con el embargo de la vivienda habitual, consecuencia de un proceso de ejecución, el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario —que no se considera desarrollo normativo del art. 1320 del CC (119)— tras la reforma operada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, establece: «*cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge titular*». Aquí no se presume el carácter familiar de la vivienda. De manera que, si no consta tal carácter salvo que sí resulte del mandamiento judicial, el cónyuge no titular no va a ser notificado y se anotará el embargo de la vivienda. Aunque la notificación al cónyuge no titular no paraliza la ejecución, si posibilita al menos que pueda obtener el alzamiento de la traba, pagando el crédito del actor.

Hechas estas consideraciones, si ambos cónyuges son cotitulares en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas de la vivienda familiar, cabe plantearse si sobre la base de lo establecido en el artículo 399 del Código Civil, que permite

Reglamento Hipotecario, de que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia del disponente (lo cual, en sí, técnicamente puede no ser carga o gravamen o arrendamiento)».

(117) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 313; ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 68.

(118) HERRERO GARCÍA, M.^a J., «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 592. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 17 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9718).

(119) Vid., la Resolución de la DGRN, de 13 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5967), en la que se indica que el artículo 1320 del Código Civil en ningún caso puede servir de soporte para el contenido normativo del artículo 144.5 del RH, pues este tiene una significación y alcance que desbordan claramente los de aquella norma legal, y es que mientras el artículo 1320 del Código Civil establece una cautela que solo es de aplicación cuando se disponga de la vivienda habitual, el artículo 144.5 RH, en cambio, establece un trámite procesal aplicable a todo embargo de vivienda, a menos que conste que no es habitual del deudor. En esta línea, vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 23 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1083); de 29 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/1091); y de 9 de marzo de 2000 (*RJ* 2000/1100).

Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 131, señala que «el artículo 1320 del Código Civil no impide que la vivienda y los bienes de uso ordinario sigan respondiendo de las deudas contraídas unilateralmente por un cónyuge, que les afecta según su condición privativa o ganancial». Vid., también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/881), en la que se indica que «el artículo 1320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual realizados en forma unilateral por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno, pues, no podría hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores en virtud de las deudas contraídas por uno de los cónyuges»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 5 de diciembre de 2006 (*JUR* 2003/73630).

a todo condueño enajenar, ceder o gravar su cuota, necesita para tales actos, por tratarse de vivienda familiar, contar con el asentimiento del otro cónyuge atendiendo a lo que dispone el artículo 1320 del Código Civil. La respuesta a tal cuestión ha de ser afirmativa, pues se trata de actos dispositivos que perjudican la estabilidad y permanencia en el uso y el disfrute de la vivienda familiar a quienes forman parte del grupo familiar (120). Así es posible que, ante la venta de la cuota, el comunero extraño no tenga ningún obstáculo jurídico como el carácter familiar de la vivienda para ejercer la acción de división. E, igualmente, cuando se grava con una hipoteca la cuota, puede un eventual embargo de la misma poner en peligro el uso de la vivienda. Estamos, pues, ante actos dispositivos que, por afectar a la vivienda familiar, exigen la aplicación del régimen de protección previsto en el artículo 1320 y previamente analizado, con el objeto de garantizar el uso de la vivienda familiar y la salvaguarda de la misma ante el proceder arbitrario de uno de los cónyuges. En todo caso, el asentimiento que se ha de prestar el otro cónyuge copropietario no lo hace en condición de tal copropietario, sino del cónyuge. Se trata, en esencia, de proteger la vivienda familiar, dotándola para ello de un régimen específico que posibilita que ambos cónyuges puedan consentir o, en su caso, solicitar la correspondiente autorización judicial ante actos o negocios dispositivos que puedan poner en peligro su uso y disfrute por la familia. En este caso, la entrada de un tercero extraño a la relación matrimonial que, lógicamente querrá disfrutar de su adquisición, va a exigir una distribución de uso de la cosa común, pues, como el resto de los comuneros tiene derecho a servirse de esta, siempre que no perjudique el interés de la comunidad; además de poder ejercitar en cualquier momento la acción de división de la cosa común.

Ahora bien, si en lugar de enajenar, ceder o gravar la cuota o, asimismo, renunciar a ella, cualquiera de los cónyuges opta por ejercitar la acción de división de la cosa común con la posible venta en pública subasta del bien, y la entrada de licitadores extraños. Cabe preguntarse si estamos, igualmente, ante un acto dispositivo encuadrable en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. A tal cuestión dedicaremos el siguiente apartado.

1. LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

La comunidad de bienes, tal y como se encuentra regulada en el Título III del Libro II del Código Civil (art. 392 a 406 CC), en su modalidad de comunidad romana o por cuotas opera sobre la base de considerar que estamos ante una

(120) En la misma línea, MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 136-137; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 297; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», en *Anuario de Derecho Civil*, T. XVIII, abril-junio de 1965, pág. 366; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, pág. 77, señalan que, la *actio communi dividundo* es un acto de disposición contrapuesto al acto de administración. Igualmente, lo consideran acto de disposición patrimonial DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 81. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857), que lo califica de acto de disposición a título oneroso.

situación incidental o transitoria, poco rentable y desfavorable; de ahí que partiendo de la no existencia de vínculo jurídico alguno que obligue a permanecer en situación de comunidad, se posibilite que cualquiera de los comuneros pueda salir de esta situación de comunidad, no solo disponiendo de su cuota, sino también ejercitando la acción de división de la cosa común, salvo que se haya pactado la indivisión (art. 400 CC). Los precedentes históricos de esta acción aparecen en el Derecho Romano (D. 10, 3, 14, 2), y con posterioridad en las Partidas (P. 5, 5, 3) y en el Fuero Real (FR. 3, 4, 2). Se describe con el carácter de absoluta —pues no hay excepción alguna a su ejercicio—, indiscutible, incondicional e imprescriptible (art. 1965 CC), pues se trata de una facultad que nace y renace en todo momento, pues proviene de la relación de comunidad y debe entenderse subsistente mientras la propia comunidad dure (121). Ni siquiera la existencia de derechos reales, distintos del condominio, que pudieran ser titularidad de terceros, constituyen un obstáculo para que se ejercite la acción de división (122). Tiene como objeto el solicitar el cese del estado de indivisión en el que se encuentra la comunidad de bienes, así como adjudicar entre los comuneros la cosa común.

La facultad de ejercer la división de la cosa se encuentra sometida a los siguientes límites: *a)* El ejercicio debe acomodarse siempre a las exigencias de la buena fe consagradas en el artículo 7 del Código Civil; *b)* No podrá exigirse la división de la cosa común cuando exista un pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400.2) (123). Para que sea válido el pacto de indivisión se exige que el mismo sea por tiempo determinado y que este no exceda de diez años, permitiéndose, no obstante, que llegado el vencimiento del plazo, se pueda prorrogar mediante nuevo convenio. En todo caso, además de la limitación temporal indicada, tal pacto debe ser aprobado por todos los copropietarios. Por lo que, si alguno de los copropietarios no participa en dicho acuerdo, puede solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, sin que los demás puedan oponerse a ello.

De todas formas, no solo el propietario tiene la facultad de salir de la comunidad de bienes solicitando la división de la cosa común, sino que, además, puede imponer esta a los demás copropietarios. De todas formas, podrá hacerse la división con el consentimiento unánime de los demás comuneros en el supuesto de estar todos interesados en la misma (art. 402 CC).

Ahora bien, tal acción de división ha de ejercitarse por el cauce procesal del juicio declarativo que corresponda en función de la cuantía (ordinario o verbal), teniendo en cuenta que para la determinación de la misma se estará al

(121) ECHEVARRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 561; ESPÍN ALBA, I., «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 525; GULLÓN BALLESTEROS, A., «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», *op. cit.*, págs. 378-379, que añade como característica la irrenunciabilidad, si bien precisa que hay que compaginarla adecuadamente con el pacto de indivisión. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003/3040).

(122) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª, de 23 de junio de 1988 (RJ 1988/5882).

(123) MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, «Comentario al artículo 400 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1103.

valor de la cosa al tiempo de interponerse la demanda, conforme al precio de mercado, o en la contratación de bienes de la misma clase (arts. 249.2 y 250.2 en relación con los arts. 251.2 y 3 de la LEC). Está legitimado activamente para ejercitar la acción cualquier persona que ostente la condición de comunero en el momento de hacerlo. De forma que, se trata de una acción real que debe dirigirse contra el resto de los comuneros. La división se regirá por las reglas concernientes a la división de las herencias (art. 406 CC). El resultado que se obtenga será la adjudicación en propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común, o, en el caso de que no fuera posible la división de la cosa, en la entrega de una parte del precio obtenido por la venta de la cosa, proporcional a la cuota que tenía en la comunidad (124).

Tras esta breve referencia a la acción de división de la cosa común, sobre la cuestión planteada en líneas precedentes, no cabe duda que la acción de división ejercitada por uno de los cónyuges constituye un acto de disposición en la medida que puede poner en peligro la estabilidad o permanencia en el uso o disfrute de la vivienda por parte de la familia con la entrada de un tercero extraño (125). Operamos como en los supuestos de venta, cesión o gravamen de la cuota, atendiendo al alcance específico que hemos dado en líneas precedentes al término «disposición de derechos» que emplea el artículo 1320 del Código Civil cuando se refiere a la vivienda familiar; que, como bien sabemos, siempre va orientada a la protección de la familia.

Ahora bien, si la acción de división la ejercita un tercero extraño copropietario de la cosa común, aunque estemos ante una vivienda familiar, no hay obstáculo jurídico alguno que le impida su solicitud, como igualmente, si decide enajenar, ceder, o gravar su cuota, pues el artículo 1320 del Código Civil protege solo a la vivienda familiar frente a la actuación arbitraria del cónyuge titular.

IV. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

En situación de crisis matrimonial hay que arbitrar una serie de medidas entre las que se encuentra la atribución del uso de la vivienda que se convierte en definitiva tras la aprobación del convenio regulador (art. 90 CC), o por decisión judicial en el caso de un procedimiento contencioso (art. 106 CC). La ley, al margen de a quien corresponde la titularidad del bien, concede el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario a aquel de los cónyuges, al que se atribuye la guardia y custodia de los hijos, y a falta de estos, al cónyuge más necesitado de protección (art. 96.1 y 3 CC). Aunque la guarda y custodia representa uno de los criterios de atribución del uso de la vivienda, sin embargo, mayoritariamente se considera como único titular de este derecho de uso

(124) Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 28 de junio de 1999 (*RJ* 1999/6133), que los actos de división y adjudicación de la cosa común no son propiamente transmisiones patrimoniales, a efectos civiles o fiscales, sino una mera concreción o especificación de un derecho abstracto o preexistente.

(125) En contra, ECHEVARRÍA SUMMERS, F., «Comentario al artículo 405 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 569, para quien «la división no puede calificarse como un acto de transmisión, sino como un acto de declaración o consolidación de la propiedad por transformación de lo que antes era un dominio compartido e incierto, en lo que después resulta un dominio exclusivo y cierto».

al cónyuge y no los hijos; si bien, estos también resultarán beneficiados por tal adjudicación (126). Si bien, no faltan quienes consideran como titulares también a los hijos además de al cónyuge custodio (127).

Se opta, no obstante, por la temporalidad en la atribución del uso, con posibilidad de prórroga (128). Y, como se dispone en el artículo 233-20.6 y 7 del Código Civil catalán, la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, siempre que sean idóneas para satisfacer las necesidades del otro cónyuge y los hijos; y, asimismo, si la vivienda pertenece, en todo o en parte, al cónyuge que no es beneficiario, la atribución del uso de la vivienda puede ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria.

Ahora bien, si la vivienda familiar tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los dos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (129), y el cónyuge cotitular no usuario decide enajenar la cuota o ejercitar la acción de la cosa común, cabe plantearse si subsiste el uso de la vivienda establecido en sentencia judicial y atribuido al otro cónyuge; o si la venta o la acción de división la realiza el tercero extraño —cotitular de la vivienda—, igualmente subsiste tal uso. A tales cuestiones dedicamos el presente apartado. Si bien, nos parece oportuno previamente hacer referencia a las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza del uso de la vivienda atribuido al cónyuge no titular, pues condicionará las conclusiones a las que lleguemos en relación con la problemática planteada.

Si bien, hemos de partir de la base que es frecuente que el único o uno de los más importantes bienes del matrimonio sea una vivienda familiar de imposible división material (130), y que el cónyuge beneficiario del uso ante la actuación

(126) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español», *op. cit.*, pág. 212; TAMAYO CARMONA, J. A., «Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición», *op. cit.*, pág. 107; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 381. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167) y de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009/3006).

(127) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 96 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. II, Edersa, Madrid, 1982, pág. 410. Algunos van más allá y consideran titulares exclusivos a los hijos, y el cónyuge únicamente se aprovecha de ese beneficio «en virtud de que se le haya otorgado la guarda y custodia», vid., VICENTE DÍAZ, M., «Cuestiones sustantivas y procesales en los bienes gananciales en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 5, febrero de 1988, pág. 269.

(128) Vid., artículo 233-20.5 del Código Civil catalán.

(129) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/51364).

(130) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1993 (*RJ* 1993/4832); de 30 de abril de 2008 (*RJ* 2008/2822); de 21 de abril de 2010 (*RJ* 2010/3543), y de 30 de abril de 2012 (*RJ* 2012/5235), donde se señala que cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando esta sea posible y útil por reunir las unidades resultantes las condiciones de habitabilidad y no existe conflictividad entre los cónyuges; y añade, asimismo, que «cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del artículo 96 del Código Civil, es decir, la protección del interés del menor». En esta línea, el artículo 552-11.6 del Código Civil catalán al disponer que «*las comunidades ordinarias que existen entre los cónyuges, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, pueden dividirse considerando como una sola división la totalidad o una parte de los bienes*

del otro cónyuge que pretende acabar con la situación de comunidad no pueda, por falta de medios económicos, adquirir la cuota propiedad del otro.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO Y LA DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

Hay dos grandes posiciones doctrinales, de un lado la de quienes consideran que el derecho de uso tendrá una naturaleza jurídica diversa en función de cuál sea el título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda (derecho real, derecho personal, atribución por razón del cargo, precario o comodato, etc.); y de otro, aquellos que tratan de delimitar la naturaleza jurídica de este derecho atribuido judicialmente de un modo unitario para todos los casos.

Con relación a la primera corriente doctrinal que anticipamos, nos parece la más acertada, no se unifica la naturaleza del derecho de uso en torno a una sola calificación, sino que aquella se adapta a las diversas situaciones en las que previamente se ha sustentado la titularidad de la vivienda familiar constante matrimonio. En esta línea, CUENA CASAS destaca que «la naturaleza del derecho de uso no tiene por qué ser la misma en situaciones de base distintas». Por ello cree «que dar una solución unívoca en todas las hipótesis ha enturbiado sobremanera este problema generando una extraordinaria inseguridad jurídica, puesto que no han faltado resoluciones que han considerado que era factible que un juez gravara con un derecho de uso la propiedad de un tercero sin el consentimiento de este». Error grave, considera la autora, pues en lugar de resolverse aplicando los principios generales, «se ha pretendido solucionar negando el carácter real del derecho de uso y configurando un *derecho de naturaleza mutante* en función de la situación planteada». Es por ello que, a su juicio, «el derecho de uso tiene naturaleza real cuando la titularidad de base de los cónyuges sea real. Si no lo es, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta». Y concluye, «efectivamente, negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes*, incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía» (131).

sometidos a este régimen, de acuerdo con el artículo 232-12. Se aplica el mismo criterio en los casos de separación de hecho y ruptura de la pareja estable».

(131) CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 344-346.

Previendo estas distintas situaciones, el artículo 233-21.2 del Código Civil catalán dispone: «*Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias*».

Por su parte, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1274), que, aunque niega la naturaleza de derecho real al uso atribuido judicialmente, luego, sin embargo, le otorga las mismas consecuencias que de tal naturaleza derivan, y, asimismo, en la relación con la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar hace referencia a la existencia de alguna de las diversas situaciones

Con relación a la otra corriente doctrinal apuntada, hay que señalar que en el seno de la misma las posiciones no son unívocas. Así, hay quienes defienden su naturaleza de *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. LACRUZ BERDEJO, reconociendo la difícil calificación jurídica del uso, estima que «podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial» (132). Al mismo derecho real típico se refiere CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, al señalar que «en principio, se tratará de un derecho real de usufructo inalienable, inembargable y personalísimo, o un derecho real de habitación con esas mismas características y extendido a toda la vivienda» (133). Para MANZANO FERNÁNDEZ es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)» (134). En términos similares, VILLAGRASA ALCAIDE entiende que «debe zanjarse la polémica sobre su naturaleza, dejando sentado que se trata de un derecho real, aunque no asimilable al derecho de uso en general (por ejemplo, no es posible que el usuario se convierta en arrendador), en el sentido —más coherente— de las disposiciones reguladoras del derecho en el Código Civil español» (135). RODRÍGUEZ DE ALMEIDA señala, asimismo, que aunque parece que «nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar “familiar”, en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y, por tanto, delimita su contenido y características; (...) no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y es, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad» (136). Por último, sosteniendo su carácter real, aunque como *sui generis* o atípico, se pronuncian JUANES PECES y GALVÁN ARIAS (137).

Frente a esta tesis, hay autores que defiende su naturaleza personal. Así MURCIA QUINTANA niega taxativamente que se trate de un derecho real, pues está «incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, siendo, por tanto, de carácter fundamentalmente personal e intransferible» (138). DE LA PUENTE ALFARO señala, asimismo, que no es real «porque no se cumplen

jurídicas descritas en que puede encontrarse la vivienda y, por ende el uso que en relación con la misma se atribuya (FD 6.º y 7.º).

(132) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA), Dykinson, Madrid, 2005, pág. 102.

(133) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Protección legal de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 1609.

(134) MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª del M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 166.

(135) VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La atribución del uso de la vivienda familiar», en *Anales VII-2004/2005. Centro para la Investigación y el Desarrollo del Derecho Inmobiliario y Mercantil*, núm. 7, pág. 32.

(136) RODRÍGUEZ DE ALMEIDA M.ª G., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008-III, núm. 710, pág. 2522.

(137) JUANES PECES, Á., y GALVÁN ARIAS, J. R., «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992-4, pág. 1041.

(138) MURCIA QUINTANA, E., «Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)», *op. cit.*, pág. 251.

los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición)» (139); y MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta que «el que este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código Civil» (140).

No faltan posturas intermedias, que como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión» (141); o ELORRIAGA DE BONIS, que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de lo segundo, su oponibilidad *erga omnes* y acceso al Registro de la Propiedad (142).

Otros lo consideran como una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres (143).

Finalmente, hay autores que optan por calificarlo de derecho *sui generis*. Así, Díez-PICAZO afirma que estamos ante «una situación jurídica original» (144); o como señala SERRANO GÓMEZ, ante «un derecho real limitado peculiar» (145); o, en fin, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno,

(139) DE LA PUENTE ALFARO F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698, 2006, pág. 2371.

(140) MARTÍN MELÉNDEZ M.^a T., «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», en *Actualidad Civil*, núm. 19, primera quincena noviembre de 2005, pág. 2336.

(141) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1, pág. 1333.

(142) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, págs. 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código Civil. Así pues, concluye que también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable.

(143) SALAZAR BORT, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 136-139.

(144) Díez-PICAZO, L., «La situación jurídica del matrimonio separado», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1961, pág. 897.

(145) SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Colección de Jurisprudencia Práctica, Madrid, 1999, págs. 23-24 y 30.

como precisa ROCA I TRIÁS (146). Una concentración en el beneficiario del derecho de uso del *ius possidendi* que durante la convivencia correspondía a ambos cónyuges (147).

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (148), señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia del citado Tribunal, de 18 de octubre de 1994, de forma más contundente considera que es un derecho real familiar de eficacia total (149); y la sentencia del Alto Tribunal, de 22 de abril de 2004, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros (150). En esta línea, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999, lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad (151).

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (152), sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2004 (153); o, en fin, le otorgan una naturaleza *sui generis*, aunque reconociendo su posibi-

(146) ROCA I TRIÁS, E., «Comentario del artículo 96 del Código Civil», en VV.AA., *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 612-613.

(147) ESPIAU ESPIAU, S., «La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español», *op. cit.*, págs. 200-201; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», en *Aranzadi Civil*, 1994-1, pág. 83.

(148) *RJ* 1992/10136. En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3807).

(149) *RJ* 1994/7722.

(150) *RJ* 2004/2713. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3807), parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 2.ª, de 2 de junio de 1995 (*AC* 1995/1654); de la misma Audiencia y Sección, de 27 de marzo de 1999 (*AC* 1999/4128); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5815); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 5 de mayo de 2000 (*JUR* 200/210394); de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, 4 de diciembre de 2001 (*AC* 2002/297); de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698), y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, de 18 de enero de 2006 (*AC* 2006/671).

(151) *RJ* 1999/7680. Vid., asimismo, la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 2 de abril de 2003 (*JUR* 2003/142698).

(152) *RJ* 1994/2945. Vid., también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994/10330); y la Sección 1.ª, de 18 de enero de 2009 (*RJ* 2010/1274); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 7 de junio de 1994 (*AC* 1994/1027).

(153) *RJ* 2004/1234.

lidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo ser oponible a terceros (154), o destacan su naturaleza de derecho personal (155) o su carácter asistencial (156), o para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor de decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real (157). Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 25 de octubre de 1999 (158), manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*; y en esta línea, la Resolución de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004 (159), considera el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de enero de 2010 (160), que califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar; cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostentan el interés más necesitado de protección que, desde un punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

(154) Vid., en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 23 de enero de 1997 (AC 1997/197). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de julio de 1999 (AC 1999/1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y *sui generis* que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar; y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del *ius possidendi* sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuanto tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese *ius possidendi* así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

(155) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (AC 1993/1901); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 27 de mayo de 2004 (JUR 2004/186909).

(156) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15 de diciembre de 1994 (AC 1994/2304); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 21 de marzo de 1996 (AC 1996/475); y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001/19256).

(157) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10330); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de 29 de marzo de 2010 (AC 2010/1211).

(158) RJ 1999/6085. Vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007/6167).

(159) RJ 2004/2376. En el mismo sentido, las Resoluciones de la DGRN, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/3155); de 27 de agosto de 2008 (RJ 2008/8285); de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009/634), y de 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010/1667).

(160) RJ 2010/2323. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (La Ley 171465/2010).

En todo caso, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad (161).

Como reseñamos al inicio de nuestra exposición, coincidimos con la posición de aquellos que consideran que el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función del precisamente del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que también lo sea el derecho que le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Sobre tales bases hemos de proceder a analizar las cuestiones planteadas en relación con la enajenación o gravamen de la cuota por parte del cónyuge copropietario no usuario, o del ejercicio de la acción de división, tanto por parte de este como por un tercero copropietario que, esencialmente, van nuevamente ligadas a la naturaleza que se atribuya al derecho de uso concedido al cónyuge usuario cotitular o no.

Así, para el caso de enajenación, cesión, gravamen o renuncia de la cuota por parte del cónyuge copropietario no usuario, tuviera el derecho de uso la consideración de derecho real o derecho personal, tales actos de disposición sobre la base legal del artículo 96.4 del Código Civil, en cuanto pudiesen poner en peligro tal uso concedido en sentencia judicial, exigirían el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Partimos de una limitación de la facultad de disposición por parte del cónyuge cotitular no usuario (162).

(161) Vid., por todos, DE LA PUENTE ALFARO, F., «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre de 2006, núm. 698, pág. 2372; y las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10136); y de 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2713). Por su parte, el artículo 233-22 del Código Civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

(162) En esta línea, GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, pág. 84; PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, junio de 2012, págs. 77-78, señala que «el consentimiento del párrafo cuarto del artículo 96 del Código Civil para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponde al cónyuge no titular es requisito de eficacia, se logra la protección deseada sin necesidad de cuestionar la naturaleza real o no del derecho de uso». Por tanto, añade la autora, «el derecho a continuar en la vivienda familiar exige su oponibilidad frente a terceros y los actos de disposición sobre la misma no quedan impedidos mientras sean compatibles con el derecho de uso, a fin de garantizar la continuidad del mismo».

Ahora bien, es posible sostener la misma solución con relación a la acción de división, esto es que la restricción a la facultad de disposición del citado artículo 96.4 alcance también al ejercicio de la acción de división en cuanto que este queda supeditado al consentimiento del cónyuge cotitular usuario o, en su caso, autorización judicial (163). Lo cierto es que nadie puede ser obligado a permanecer en estado de indivisión, pues el derecho de cada comunero a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 400 CC) —salvo pacto de indivisión— en los términos ya reseñados es un derecho personalísimo, irrenunciable e imprescriptible, por lo que no se puede privar de su ejercicio al cónyuge copropietario, aun existiendo un derecho de uso atribuido judicialmente a favor del otro (164). Cabe entonces preguntarse si resulta compatible la acción de división con la subsistencia del derecho de uso. Parece que, hoy por hoy, es doctrina jurisprudencial consolidada la que admite el ejercicio de la acción de división de la cosa común por uno de los comuneros con la subsistencia de tal derecho de uso (165). El adquirente del bien tenga o no lugar la adquisición en

(163) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857), configura la división o partición como acto dispositivo a título oneroso, aunque su fin esencial no sea el de enajenar y adquirir, sino el de determinar o especificar derechos. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 16 de octubre de 1992 (*AC* 1992/1379), señala que, para que cese la comunidad entre cónyuges o excónyuges en el supuesto de vivienda familiar, será preciso que medie consentimiento de ambas partes o autorización judicial. Si bien, no en el caso de vivienda familiar perteneciente *pro indiviso* a los cónyuges y a un tercero. Igualmente, exigen el consentimiento del cónyuge titular del uso para que ejercite la acción de división el otro cónyuge, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3.ª, de 2 de enero de 1996 (*AC* 1996/111); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 27 de enero de 2000 (*JUR* 2000/159871).

(164) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6852); de 31 de octubre de 1989 (*RJ* 1989/7040); y de 1 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5314); y la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 14 de marzo de 1992 (*AC* 1992/419), el ejercicio de la acción de división no puede apreciarse como abuso del derecho. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 5.ª, de 14 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/298493), señala que la división es un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario.

Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522), se señala que no procede la acción de división por que el uso atribuido a la esposa tiene la consideración de derecho real innominado oponible *erga omnes*. Un uso excluyente de los demás comuneros que necesariamente ha de completarse con su impermeabilización ante la acción divisoria de la cosa común.

(165) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10684); de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6439); de 16 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9144); de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3428); de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3448); de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/524); y de 1 de abril de 2011 (La Ley 14453/2011); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1181); de la Audiencia Provincial de Almería, de 29 de junio de 1994 (*AC* 1994/1090); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 29 de abril de 1998 (*AC* 1998/4472); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 4 de febrero de 2000 (*AC* 2000/163); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 10 de abril de 2000 (*AC* 2000/1770); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 8 de mayo de 2000 (*AC* 2000/1164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/89); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 23 de septiembre de 2002 (*AC* 2003/114); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16.ª, de 21 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/139318); y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (*AC* 2011/819).

pública subasta debe soportar tal derecho de uso. En consecuencia, con esta forma de proceder se deja sin aplicación la restricción de la facultad dispositiva prevista en el artículo 96.4 del Código Civil, y asimismo, se parte de la oponibilidad *erga omnes* de tal derecho —consecuencia que es la propia de un derecho real— y, por ende, no se supedita necesariamente la subsistencia del mismo a su inscripción. Así, las sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2010 (166) y de 18 de enero de 2010 (167), sostienen que el derecho del cónyuge titular del derecho de uso es oponible a terceros que hayan adquirido directamente de propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división. Y, en la misma línea, la reciente sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 27 de febrero de 2012 (168), que además de afirmar que debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente, ya que no está obligada a permanecer en la comunidad, y puede imponer la división a su exmarido, sostiene que de ello no puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido a aquel, cuyo interés se ha considerado más digno de protección. Esta consolidada posición jurisprudencial viene a ser, igualmente, acogida por un sector de la doctrina, al que nos sumamos (169).

En este contexto podemos trasladar lo expuesto a los casos de enajenación, cesión o gravamen de la cuota, y parece que la respuesta ha de ser afirmativa, por lo que también en estos supuestos subsiste el derecho de uso. Insistimos de nuevo en el distinto tratamiento de la cuestión en el artículo 1320 del Código Civil y en el artículo 96.4 del mismo cuerpo legal más favorable para el cónyuge usuario copropietario o no en las situaciones de crisis matrimonial.

No obstante, la existencia de esta consolidada tendencia doctrinal y jurisprudencial que posibilita la subsistencia del derecho de uso pese a la acción de división, hay que señalar que también se ha cuestionado en alguna otra resolución acerca del carácter o no de tercero del cónyuge usuario frente a la comunidad e invocando para ello el artículo 405 del Código Civil, pues no es obstáculo para la división la existencia de derechos reales o personales sobre la cosa común o la cuota. MIGUEL GONZÁLEZ señala que en relación a este precepto, se debe distinguir según que el derecho del tercero recaiga sobre la cosa común o sobre la cuota ideal que corresponda a un determinado comunero, ya que en este último caso el titular del derecho tiene una posición subordinada a la de su causante. Estos últimos parece que son a los que se refiere el artículo 403 del Código Civil cuando habla de cesionarios. De manera que podrán oponerse, e incluso impugnar la división efectuada, pero lo que no pueden pretender es que la división materializada no afecte a sus derechos, que al igual que la cuota ideal de su causante, se concreta en la parte adjudicada tras la división. En cambio, los terceros que son

(166) RJ 2010/2323.

(167) RJ 2010/1274.

(168) RJ 2012/3383.

(169) DÍAZ MARTÍNEZ, «Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, 1998-2, pág. 384, señala que, salvo que existan pactos de indivisión entre los cónyuges titulares del inmueble habrá que estimar la acción de división, sin perjuicio de que subsista el derecho de uso; de tal manera que los terceros adquirentes, independientemente de cómo califiquen la ocupación, tienen que soportarlo, mientras se mantengan las circunstancias que lo originaron; ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», en *La Ley* 1995-4, pág. 985.

titulares de derechos sobre la cosa común, es decir, aquellos cuya posición no se encuentra subordinada a la de un comunero concreto, son a los que se refiere el artículo 405 del Código Civil, y en consecuencia, son a los que no perjudica o afecta la división, a menos que presten su consentimiento a la alteración de su derecho (170). Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (171), se afirma categóricamente que «el consorte no es tercero a estos efectos por ser, *per se*, un copropietario de partida»; sin embargo, en la sentencia del mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1999 (172), parece no descartar su consideración como tercero.

Lo cierto es que entiendo acertada la consideración de parte y no de tercero del cónyuge cotitular de la cosa común, al que no obstante, en el proceso de nulidad, separación o divorcio, se atribuye el uso de la totalidad de la vivienda familiar.

Ahora bien, cabe, asimismo, plantear que es lo que acontece cuando son copropietarios de la vivienda, los cónyuges o uno de ellos y un extraño. En este caso, si el tercero decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común se extingue el derecho de uso, pues aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido» (173).

Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que determine la adopción de cualquier otra que pallee tal pérdida.

Por otra parte, si la cotitularidad de la vivienda familiar es del cónyuge no usuario y de un tercero. Si la acción de división la ejercita aquel, se señala que es preciso recurrir a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario para que se dé traslado de la demanda al cónyuge, a fin de que si le conviene, se persone en el procedimiento en defensa de su derecho y en previsión de una maliciosa inactividad procesal del cónyuge titular. En todo caso, solo se impedirá la sentencia estimatoria si el otro condueño no cónyuge no exige la división. De todas formas, si este insta la división, ninguna posibilidad de actuación tiene el cónyuge usuario en defensa de su derecho (174).

Finalmente, señalar que recientemente en un supuesto de condominio como el descrito, el tercero comunero no instando la acción de división, sino la acción de desahucio frente al cónyuge del otro copropietario al que se había atribuido el uso de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio, ha prosperado al

(170) MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 405 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1116.

(171) *RJ* 1994/6439.

(172) *RJ* 1999/9493. En la misma línea, ABELLA RUBIO, J. M.^a, *La división de la cosa común en el Código Civil*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005, pág. 329, al señalar que se trata el derecho de uso de un derecho real y conforme al artículo 405 del Código Civil no se ve perjudicado por la división de la cosa común.

(173) ELORRIAGA DE BONIS, F., «Régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 509; GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *op. cit.*, pág. 84; CUENA CASAS, M., «El régimen jurídico de la vivienda familiar», *op. cit.*, pág. 361.

(174) GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V., «Atribución del uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», *op. cit.*, pág. 86.

atribuirse a este precisamente la condición de precarista en la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010 (175), que pretende unificar doctrina sobre la materia y que, asimismo, cuenta con un voto particular de los Magistrados Excmos. Señores don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y don Antonio SALAS CARCELLER. Así, se dispone en su *Fundamento de Derecho* 8.º que: «1.º La demandada recurrente no tiene título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda, porque existe una situación de precario; 2.º La demandante, ahora recurrida, doña Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad». En el caso enjuiciado por dicha sentencia, la demandante y su hermano son titulares dominicales de una vivienda, en la que aquel estableció su domicilio conyugal al contraer matrimonio con la demandada. Interpuesta demanda de separación contenciosa de dicho matrimonio, el uso y disfrute de la citada vivienda fue atribuida a la esposa.

El punto de conflicto que se resuelve en esta sentencia es si el cónyuge del condómino, que tiene atribuido el uso, es o no precarista. El artículo 394 del Código Civil —inspirado en un criterio que ya aparecía en la Ley 26, Título II del Libro VII del Digesto— consagra el uso solidario de la cosa común, de manera que, si esta lo permite, el uso no necesariamente habrá de quedar sujeto a la medida que determine la cuota. Los límites en que se concreta el uso son principalmente tres: que se utilice la cosa conforme a su destino, que no se cause perjuicio a la comunidad, y que no se impida al resto de los partícipes el uso de la cosa o derecho en cuestión. Si bien, en determinados casos es necesario acordar el uso del bien o derecho común, ya que por su propia naturaleza no es posible un uso solidario, al resultar imposible que todos se puedan servir de la cosa de manera simultánea y directa (176). En el presente caso, así se hizo y se acordó por el marido y su hermana que el uso de la vivienda familiar correspondiese al matrimonio. Por otra parte, a diferencia de los supuestos habituales de precario donde la titularidad del bien pertenece a terceros ajenos al matrimonio, en este caso el marido es también copropietario de la cosa común. De forma que el derecho a poseer del cónyuge usuario deriva de un título originario como es la copropiedad del marido y del acuerdo con el otro comunero. La atribución del uso y disfrute se otorga al matrimonio, si bien la sentencia de separación lo concreta en un uso exclusivo del cónyuge del condómino, sin que tal título judicial modifique el título originario de posesión. Además, hay que señalar que este mismo Tribunal en alguna ocasión ha considerado precarista al cónyuge usuario sobre la base de que el contrato de comodato se había convenido por los padres titulares con el hijo al que no se atribuye después el uso de la vivienda, y no con su cónyuge (177). Es por ello que consideramos que en este caso el cónyuge usuario no es precarista, y coincidimos con el parecer expuesto por ambos Magistrados en el voto particular, discrepando, en consecuencia, de la postura de la ponente de esta sentencia. De todas formas, es el acuerdo de los comuneros el título que priva temporalmente del uso, y por ende, de la facultad de posesión inherente al dominio a la copropietaria demandante, por tanto será en este ámbito donde debe actuar e instar las acciones oportunas para recuperar

(175) RJ 2010/1274.

(176) Vid., la Resolución de la DGRN de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/4921).

(177) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 2009 (RJ 2009/2806); de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323); y de 30 de abril de 2011 (RJ 2011/3724).

la posesión (uso) de la cosa común, entre las que no se encuentran, a nuestro parecer, precisamente la acción de desahucio por precario instada contra el cónyuge usuario. No obstante, la atribución judicial del uso de la vivienda a la esposa limita la facultad dispositiva del cónyuge copropietario (art. 96.4 CC), por lo que este no podrá modificar el pacto posesorio existente entre comuneros sin contar con el consentimiento de cónyuge usuario (178).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA RUBIO, J. M.^a: *La división de la cosa común en el Código Civil*, 2.^a ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2007.
- CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B.: «Protección legal de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, núm. 588, septiembre-octubre de 1988.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.: «La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto de 1987.
- COSTAS RODAL, L.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.
- CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en *Tratado de Derecho de Familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. XVIII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, edición coordinada por Pedro-Juan VILADRIKH, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986.
- GARCÍA-MAURINO, S., y DEL CARPIO FIESTA, V.: «Atribución del uso de la vivienda familiar, y *actio communi dividundo*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994.
- HERRERO GARCÍA, M.^a J.: «Comentario al artículo 1320 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

(178) En este sentido, MARÍN VELARDE, A., «Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de enero de 2010», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2012-2, pág. 293.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*: *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.
- LUCINI CASALES, Á.: «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXVI-1990, núms. 596 al 601.
- MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986-1.
- RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- ROBLEDO VILLAR, A.: «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial», en *La Ley* 1995-4.
- TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1986 (*RJ* 1986/1857).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988/6852).
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10684).
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6439).
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3428).
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999/9493).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 26 de junio de 2007 (*RJ* 2007/3448).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/524).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010/2323).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010/1274).
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 8 de octubre de 2010 (*La Ley* 171465/2010).
- STS, Sala Primera de lo Civil de 1 de abril de 2011 (*La Ley* 14453/2011).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012/3383).
- RDGRN de 10 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987/8733).
- RDGRN de 27 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4921).
- RDGRN de 13 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5967).
- RDGRN de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7680).
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007/6167).
- RDGRN de 7 de diciembre de 2007 (*RJ* 2007/8526).
- RDGRN de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008/3155).
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010/1667).
- SAP de La Rioja, de 14 de marzo de 1992 (*AC* 1992/419).
- SAP de Barcelona, de 21 de marzo de 1992 (*AC* 1992/522).
- SAP de Barcelona, de 12 de mayo de 1993 (*AC* 1993/1181).
- SAP de Almería, de 29 de junio de 1994 (*AC* 1994/1090).
- SAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 4 de junio de 1997 (*AC* 1997/1245).
- SAP de Asturias, Sección 4.^a, de 29 de abril de 1998 (*AC* 1998/4472).
- SAP de Girona, Sección 2.^a, de 4 de febrero de 2000 (*AC* 2000/163).
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 8 de mayo de 2000 (*AC* 2000/1164).
- SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 23 de septiembre de 2003 (*AC* 2003/114).
- AAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 2 de febrero de 2011 (*AC* 2011/819).

RESUMEN

DISPOSICIÓN. VIVIENDA FAMILIAR
DIVISIÓN COSA COMÚN.
ATRIBUCIÓN DEL USO
CRISIS MATRIMONIAL

La protección de la vivienda familiar se contiene en los artículos 1320 y 96.4 del Código Civil, tanto constante matrimonio como en situaciones de crisis conyugal, donde la exigencia de consentimiento del cónyuge no titular o, en su caso, autorización judicial, como la naturaleza que se le dé al uso atribuido en sentencia de separación o divorcio van a determinar el alcance de tal protección frente a terceros adquirentes; y, asimismo, van a condicionar la respuesta que se dé a la realización de actos como la enajenación, cesión o gravamen de la cuota, o la acción de división común en una situación de copropiedad romana o por cuotas con relación a la vivienda familiar. El análisis de tales preceptos y su aplicación a estos concretos actos es en lo que vamos a centrar el presente estudio.

ABSTRACT

DISPOSITION. FAMILIAR HOUSING
DIVISION SEWS COMMONLY.
ATTRIBUTION OF THE USE
MATRIMONIAL CRISIS

The protection of the familiar housing controls itself in the articles 1320 and 96.4 of the Civil Code so much constant marriage as in situations of conjugal crisis, where the exigency of assent of the spouse not to title or, in his case, judicial authorization, as the nature that gives him to the use attributed in judgment of separation or divorce they are going to determine the scope of such a protection opposite to third buyers; and, likewise, they are going to determine the response that is given to the accomplishment of acts as the alienation, transfer or charge of the quota, or the action of common division in a situation of Roman co-ownership or for quotas with relation to the familiar housing. The analysis of such rules and his application to these concrete acts is on what we are going to centre the present study.

EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA PENSIÓN COMPENSATORIA
Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.
CUESTIONES JURISPRUDENCIALES

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—III. CARACTERES.—IV. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE MATRIMONIO Y DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.—V. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PENSIÓN COMPENSATORIA: A) INTRODUCCIÓN. B) PACTOS FIJANDO LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN. C) PACTOS MODALIZANDO LA PENSIÓN. D) PACTOS QUE SEÑALAN UNA INDEMNIZACIÓN O CLÁUSULA PENAL POR LA RUPTURA. E) RESERVA DE RECLAMAR LA PENSIÓN EN UN ULTERIOR PROCEDIMIENTO. F) SUPUES-