

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL Y COMPENSACIÓN AL CÓNYUGE PROPIETARIO*

Matilde Cuenca Casas

Profesora Titular de Derecho Civil
Catedrática acreditada
Universidad Complutense

RESUMEN: Se analiza en el presente trabajo el impacto patrimonial de la atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, particularmente cuando dicho inmueble es propiedad privativa del cónyuge no usuario. Se estudian las ventajas de la posible compensación patrimonial al cónyuge propietario así como el diseño eficaz de la misma y su impacto en la pensión de alimentos y eventual pensión compensatoria.

ABSTRACT: *This paper analyzes the patrimonial impact of the allocation of the use of the family home in marital crisis situations, particularly when the property belongs to the other spouse. The possible benefits of patrimonial compensation to the owner spouse, the effective design of it and their impact on the eventual alimony and spousal support are studied in this work.*

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial, compensación económica, uso de la vivienda familiar, alimentos.

KEY WORDS: *Marital crisis, economic compensation, use of the family home, alimony.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CARÁCTER GRATUITO DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: CONSECUENCIAS. 3. LA NECESIDAD DE UNA COMPENSACIÓN POR EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD EN TODO O EN PARTE DEL CÓNYUGE NO CUSTODIO. DISTINTAS OPCIONES. 3.1. *Ponderación de la atribución del uso de la vivienda en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria.* 3.2. *Atribución del uso de la vivienda y liquidación de gananciales.* 3.3. *La compensación económica independiente.* 4. EN PARTICULAR, LA CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL DEL CÓNYUGE USUARIO CON UN TERCERO. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones más conflictivas en los procesos de crisis matrimoniales, sobre todo en el contexto actual de crisis económica.

Al margen de quien sea el cónyuge propietario del inmueble, el artículo 96 del Código Civil dispone que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario «corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Puede con ello

* Este trabajo ha contado con la financiación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto SEJ 2010/17847 sobre «La nueva familia ante el derecho público y privado». Investigadora principal: Matilde Cuenca Casas.

sucedir que siendo la vivienda privativa de uno de ellos o común, el uso de inmueble se atribuya al cónyuge al que se le conceda la custodia de los hijos menores. Tal uso es «gratuito» por lo que, independientemente de su capacidad económica, el cónyuge custodio, podrá residir sin coste alguno por tal concepto en el inmueble. Si, como suele ser habitual, el cónyuge propietario hubiera solicitado un préstamo hipotecario para adquirir la vivienda, deberá ocuparse de abonarlo, así como los gastos de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI). Se trata de cargas derivadas de la propiedad y sólo el dueño deberá abonarlas, tal y como ha aclarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹ (sentencia del TS de 28 de marzo de 2011 [RJ 2011/939] y 26 de noviembre de 2012 [RJ 2013/186]). Si la vivienda es común, tales cargas deberán ser abonadas por ambos cónyuges.

Son muchos los problemas que esta norma plantea y que no pueden ser tratados en su integridad en el presente trabajo².

Me voy a centrar en las consecuencias que conlleva esta «gratuidad» del derecho de uso en la solución de la crisis familiar, contrastándolo con lo que acontece en otros ordenamientos y en recientes regulaciones de ámbito autonómico, teniendo a la vista la reforma de dicho precepto en el Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio³ (en adelante ACP).

2. EL CARÁCTER GRATUITO DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: CONSECUENCIAS

La valoración de las consecuencias que tiene la constitución del derecho de uso sobre la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial no se puede llevar a cabo sin aludir a la naturaleza de tal derecho o, más bien, a su comportamiento en la práctica.

A la vista de la falta de concreción por parte del legislador de la naturaleza de ese «uso» concedido al cónyuge no titular, la doctrina ha elaborado diversas teorías en torno a su caracterización⁴, pero pocos han llevado hasta sus últimas consecuencias la opción escogida. Y es que de poco vale reflexionar sobre la naturaleza de una institución si luego no se es consecuente con los efectos prácticos que de tal opción se

¹ CUENA CASAS, M., *Divorcio y pago de hipoteca* (http://www.lexfamily.es/revista_portada.php?codigo=948).

² Los trato más extensamente en mi trabajo, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Tratado de Derecho de la familia (t. III), coordinado por Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M., Thomson-Aranzadi, 2011, pp. 275 y ss.

³<http://www.juecesdemocracia.es/LegislacionActual/Anteproyecto%20de%20Ley%20Custodia%20Comp%20artida%20CM%2019-7-13.pdf>.

⁴ Cfr. CUENA CASAS, M., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit., pp. 336 y ss. vid. MARTÍN MELÉNDEZ, MT, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 CC)*, Cizur Menor, 2005, pp. 225 y ss. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», RCDI, núm. 710, 2008, pp. 2518- 2524.

derivan. Tal es lo que ha acontecido en algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha negado la consideración de tal derecho como de naturaleza real, si bien cuando analizaba el caso de vivienda que no era propiedad de ambos cónyuges⁵. Efectivamente, si sobre la vivienda no existiese derecho de dominio y los cónyuges sólo fueran arrendatarios o comodatarios, al tratarse de derechos personales, no cabría constituir sobre el inmueble un derecho real de goce⁶. Es evidente, que un juez de familia no podría gravar a favor de los cónyuges un bien que no pertenece a ninguno de ellos sin intervención del dueño del inmueble.

Aunque se mantenga la naturaleza real del uso contemplado en el artículo 96 CC para el supuesto del que parte el Código Civil, que es la titularidad de los cónyuges, ello no significa que tal naturaleza sea la misma en todas las hipótesis⁷, puesto que cuando los cónyuges poseen por virtud de un derecho personal, no es conceptualmente posible gravar una propiedad ajena al margen de la voluntad del propietario del inmueble. Juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido» (*resolutio jure dantis, resolvitur ius concessum*) relativa a la regla de derechos sobre derechos: la atribución del uso seguirá la suerte del derecho sobre el que recae y extinguido aquél se extingue también éste⁸. El uso atribuido al esposo no titular se funda en el del cónyuge titular del que deriva y es oponible a terceros en la medida que el derecho que le sirve de sustrato, también lo es⁹. Así lo pone de

⁵ Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 (RJ, 1994/2945), considera que el derecho de uso atribuido al no titular «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges.

⁶ DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», RCDI nº 698, 2006, p. 2371, construye toda su argumentación sobre este planteamiento.

⁷ En este sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, 1994, nº 1. BIB 1994/73, p. 11, quien en relación con la configuración del derecho de uso como derecho real, afirma que «esta doctrina es plenamente asumible cuando, como en el caso litigioso ocurría, el uso de la vivienda había sido adjudicado en un procedimiento matrimonial en el cual estaba presente el titular dominical del inmueble pues pertenecía con carácter privativo al esposo no adjudicatario. Ahora bien, hay que prevenir la mala utilización que de tal doctrina pueda realizarse intentando generalizar su solución a supuestos en los cuales los esposos no sean titulares dominicales de la vivienda cuyo uso se adjudica a uno de ellos. En tal caso debe insistirse en que la Resolución judicial no crea *per se* un derecho originario, nuevo, oponible *erga omnes* sino que, a lo sumo, frente a tales terceros, podrán oponerse por el cónyuge ocupante las facultades de que antes disponían ambos esposos». Cfr. también del mismo autor, «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Aranzadi Civil*, 1999, nº 17, pp. 65 y ss. BIB, 1998/1193.

⁸ ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Cizur Menor, 1996, p. 509.

⁹ Hace aplicación de esta doctrina, O'CALLAGHAN MUÑOZ, «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I, p. 1335, cuando refiriéndose a un supuesto en el que los cónyuges eran precaristas afirma que «si no hay título de ocupación, real o personal, caso de precario, el cónyuge a quien se le ha dado el derecho de ocupación continuará en la vivienda, pero sin más apoyo que aquel precario. El otro cónyuge antes precarista quedará sin derecho alguno, pero tampoco antes lo tenía. El cónyuge que tiene derecho de ocupación en la vivienda objeto de precario, está por tanto, sometido a que en cualquier momento cese el precario [...]. Por tanto, no se trata de un derecho de ocupación, derecho subjetivo, real y autónomo, sino que tiene una posición subordinada al

manifiesto claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323) «*nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio*»¹⁰.

Por ello, no me parece reveladora la jurisprudencia que niega la naturaleza real del derecho de uso cuando el supuesto de hecho que contempla es aquel en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 [RJ 2010/1274]). Para permitir al tercero propietario recuperar la posesión del inmueble no era necesario negar el carácter real al derecho de uso, sino simplemente aplicar las normas generales de derecho patrimonial.

Así pues, entiendo que, aunque existan hipótesis en las que, por su naturaleza, el uso contemplado en el artículo 96 CC no pueda comportarse como un derecho real, ya que la posesión de los cónyuges se sustenta sobre un derecho personal, ello no constituye un argumento, a mi juicio, válido para negar el carácter real de tal derecho¹¹.

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

precario, sobre el cual se ha constituido. No se ha creado ningún derecho nuevo, porque ningún derecho existía antes». Comparte este planteamiento RAMS ALBESA, J, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, p. 113. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 junio 1993 (AC 1993, 1130), indica que «ha de partirse de que la relación jurídica en virtud de la cual un matrimonio ocupa como vivienda familiar un inmueble de propiedad ajena no sufre alteración ni cambio de naturaleza por el hecho de que, en convenio regulador de separación o divorcio, o por decisión judicial, se atribuya a uno de ellos con exclusión ineludible del otro, el uso y disfrute de la vivienda, dado que esa atribución exclusiva no puede trascender y afectar a quien no ha sido parte en el convenio ni en el proceso».

¹⁰ En mi opinión, la nueva regulación de esta materia en el Código Civil de Cataluña supone un ejemplo de adecuada técnica legislativa en tanto que se contempla como hipótesis especial que no prejuzga la naturaleza real del derecho de uso, el caso de que la posesión del inmueble de los cónyuges no se fundamente en una titularidad jurídico real. Dispone en este sentido el art. 233-21 que «*si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de la propiedad, los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7, 2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias*». En suma, la norma no deja de ser una aplicación de la regla general «resuelto el derecho del concedente se resuelve el derecho concedido», consecuencia de la imposibilidad de gravar un inmueble ajeno sin el consentimiento del titular. En fin, la solución es consecuencia de los principios generales que gobiernan nuestro derecho patrimonial.

¹¹ Así parece admitirlo ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 509, cuando refiriéndose a la teoría del derecho real, considera que «esta tesis flaquea cuando la titularidad en virtud de la cual la familia ocupa el hogar es de carácter personal».

derecho oponible *erga omnes*¹² incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía¹³. ¿Qué sentido tiene negar la condición de derecho real para luego admitir la oponibilidad *erga omnes* en las hipótesis en las que los cónyuges o uno de ellos es propietario del inmueble? Ciertamente, es posible que situaciones que no tienen la consideración de derecho real se les dote de eficacia *erga omnes*, pero no parece que tengan mucho sentido los esfuerzos doctrinales tendentes a negar la consideración del uso como derecho real, para posteriormente hacer derivar las mismas consecuencias que de tal naturaleza se derivarían¹⁴. Cosa distinta es que la negación de esa categoría se sustente en que tal derecho de uso no tiene naturaleza patrimonial, sino *familiar*¹⁵, (aunque a mi juicio con evidente contenido patrimonial) pero lo cierto y a los efectos que aquí interesan, *se comporta como derecho real oponible erga omnes*, a pesar de que dicho efecto se justifique en la protección de la familia. Negar que se trata de un derecho real afirmando que es de naturaleza familiar¹⁶, no aclara su naturaleza ni resuelve ningún problema, ante la ausencia de una categoría general que englobe este tipo de derechos de los que se pueda predicar una discriminación de régimen jurídico. A la vista de la jurisprudencia del TS, incluso de aquella que niega su consideración de derecho real, cabe deducir que se trata de un derecho que es oponible frente a terceros. Basta comprobar la doctrina que mantiene el TS respecto a la subsistencia del derecho de uso tras el ejercicio de la acción de división de la cosa común¹⁷.

¹² Así lo hace el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de enero de 2010 que mantiene la ineficacia frente a terceros del derecho de uso cuando la posesión de los cónyuges se ostenta por virtud de un derecho personal y, por el contrario, se admiten los efectos *erga omnes* cuando uno o ambos cónyuges son propietarios del inmueble. En esta última hipótesis, el derecho de uso se comporta como un derecho real (a pesar de que contradictoriamente se niega esta caracterización) y en la primera no.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000

¹⁴ Así, DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», RCDI nº 698, 2006, p. 2372, niega incluso que el cónyuge usuario tenga un derecho subjetivo, limitándose a ejercitar un derecho ajeno, y, sin embargo, admite la inscripción en el Registro de tal posibilidad (no la llama derecho) y su eficacia *erga omnes*. Si el punto de llegada es el mismo ¿por qué negar incluso al usuario su condición de titular de un derecho?

¹⁵ RDGRN de 20 de febrero de 2004, RDGRN de 14 de mayo de 2009.

¹⁶ Así lo hace GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M, «La oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar», RCDI, núm. 737, 2013, p. 1895, quien considera que se trata de un derecho de naturaleza familiar que provoca una limitación de la facultad de disposición oponible *erga omnes*, pero a su vez reconoce un contenido positivo, una serie de facultades, más cercanas al contenido de un derecho real, también oponible *erga omnes*. Efectivamente, el derecho del cónyuge usuario va más allá, pues lo esencial es el derecho a poseer un inmueble del que no es titular exclusivo. No solo tiene derecho a impedir la disposición unilateral del mismo por el titular, aspecto éste que a mi juicio es secundario, pues lo decisivo para el usuario es poder permanecer en la vivienda, algo que logra aunque se enajene la vivienda sin su consentimiento, dado que el tercer adquirente deberá respetar el derecho de uso si estaba inscrito.

¹⁷ Como señala el TS en sentencia de 18 de enero de 2010, « el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división» (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000 , 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras).

Si hay un extremo sobre el que existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia es sobre la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad¹⁸ del derecho de uso concedido al cónyuge no titular¹⁹, admitido legalmente en el artículo 233.22 del Código Civil catalán y contemplado en el Anteproyecto de Ley sobre ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, cuyo artículo 8 aborda la modificación del artículo 96 CC²⁰. Aunque pueda parecer lo contrario, el hecho de que la ley expresamente disponga la inscribibilidad del derecho de uso, es un argumento en contra de su carácter real, ya que, de serlo, entraría *iure proprio*, por la vía del régimen general de la inscripción de los derechos reales (art. 2 LH). Sí era un argumento a favor de su carácter real el que la jurisprudencia admitiera sin base legal el acceso al Registro de tal derecho. Dada su naturaleza de derecho oponible *erga omnes*, era inscribible (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004, RJ2004/2713), lo que no es lo mismo que afirmar que tal eficacia se la brinda el Registro, como ocurre por ejemplo con los arrendamientos.

Sin embargo, la regulación proyectada, en la línea del CCCat, declara expresamente su inscribibilidad, lo cual implica, a mi juicio, que es el Registro de la Propiedad el que brinda tal eficacia real al derecho de uso, careciendo de ella si el uso no está inscrito. De esta forma, el uso no inscrito no sería oponible a terceros y el conocimiento extrarregistral del mismo no debería implicar mala fe a los efectos del artículo 34 LH, al igual que tampoco lo es el conocimiento de derechos de naturaleza personal. Si se admite que el uso no inscrito es oponible a terceros que lo conozcan al margen del Registro (como hace la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2000, RJ 2000/10430)²¹, se está considerando que el derecho de uso es un auténtico derecho real.

¹⁸ La disposición adicional 9ª de la Ley de 7 de julio de 1981 (hoy derogada) establecía que «*las sentencias de separación, nulidad o divorcio se comunicarán de oficio a los Registros civiles en que consten el matrimonio de los litigantes y los nacimientos de los hijos. A petición de parte podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio*». En la actualidad, art. 727.5ª y 10ª LEC. Vid. STS de 22 de abril de 2004 (RJ2004/2713).

¹⁹ Dado lo dispuesto en el art. 2.2º LH y 7 RH, la naturaleza real en origen de este derecho permitiría su acceso al Registro, sin necesidad de norma *ad hoc* que lo estableciera. Efectivamente, nuestra legislación hipotecaria permite el acceso al Registro de la Propiedad de los «*títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales*». El carácter real del derecho constituye el fundamento de la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad. Excepcionalmente, la Ley permite el acceso de determinados derechos personales a los que se le quiere dotar de determinada eficacia *erga omnes*, como es el caso de los arrendamientos. Cuando esto sucede, es el legislador el que expresamente lo tiene que establecer habida cuenta que el Registro de la Propiedad solo publica derechos con trascendencia real. Es por ello, que cuando se declara expresamente por la ley la accesibilidad de un pacto al Registro de la Propiedad ello, a mi juicio, constituye un signo precisamente de su falta de carácter de derecho real pues, de tenerlo, entraría sin necesidad de mención expresa por el legislador

²⁰ «*El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad*».

²¹ Vid comentarios a esta sentencia por CORTADA I COTIJO, N, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de vivienda familiar. Mala

Lo que parece claro es que el derecho de uso inscrito es oponible a terceros, comportándose como una auténtica carga real, lo cual y volviendo al tema que me ocupa, implica que el cónyuge no propietario que se ve privado del uso de la vivienda, ve gravada la misma, sin que obtenga ningún tipo de contraprestación por ello. Si la enajenara sin consentimiento del usuario no titular (el cual sigue siendo exigido en la nueva redacción del artículo 96 CC en la redacción dada por el ACP, lo cual me parece censurable)²², el tercer adquirente debería respetar el derecho de uso inscrito en el Registro de la Propiedad, lo cual de facto convierte en inalienable tal inmueble (pues poco interés en el mercado suscitará dicha carga), por más que nominalmente el propietario no custodio siga siendo propietario y ostente la facultad de disposición.

Por lo tanto, no solo el cónyuge propietario ve comprometida su facultad de uso y disfrute, sino de hecho, también la de libre disposición. Incluso desde la perspectiva del principio de responsabilidad patrimonial universal²³, la vivienda familiar gravada con un derecho de uso a favor del cónyuge custodio, si bien puede ser embargada, el adquirente en pública subasta lo hará con subsistencia del derecho de uso. Efectivamente, si el derecho de uso constaba en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación de embargo, el adquirente del inmueble en pública subasta deberá respetar dicho derecho sobre la vivienda familiar²⁴. Ello implica que el cónyuge propietario también pierde, en la práctica, un activo que podría serle útil para el acceso al crédito. En suma, de la mano del Derecho de familia, se produce una suerte de expropiación temporal, *sin justiprecio*, que puede conducir al dueño incluso a situaciones de exclusión social.

Este efecto patrimonial que para el propietario del inmueble tiene la atribución del derecho de uso al cónyuge custodio se fundamenta en la protección de los hijos

fe del adquirente de ésta en subasta judicial», CCJC, abril-septiembre, nº 56, 2001, pp. 609 y ss. MONDEJAR PEÑA, M.I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2002-1, pp. 440 y ss.

²² Ya critiqué la redacción del art. 96.4 CC en mi trabajo, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, cit, pp., 302 y ss. La nueva redacción del Anteproyecto confirma la incoherencia de configurar el derecho de uso como un derecho de ocupación oponible *erga omnes* y exigir al mismo tiempo el consentimiento del titular de tal derecho para la enajenación del inmueble. Tal consentimiento, como ocurre en la teoría general de los derechos reales, será necesario para la extinción del derecho de uso con la enajenación. Vendido un inmueble sin tal asentimiento, el comprador lo adquiere con subsistencia del derecho de uso, si el usuario no prestó su asentimiento, en los mismos términos de la enajenación de cualquier inmueble gravado.

²³ Vid CUENA CASAS, M, *Vivienda habitual y responsabilidad patrimonial universal en Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., pp. 418 y ss. LÓPEZ FRÍAS, A, «El derecho de uso ex art. 96 CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», RCDI nº 729, 2012, pp. 111 a 136

²⁴ ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, nº 16, 2002p. 32. ACHÓN BRUÑE, MJ, «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006, p. 43.

menores o del cónyuge más necesitado de protección en el supuesto de inexistencia de aquéllos. La teoría del apego apoya la inconveniencia de que se produzcan y acumulen en el niño numerosas pérdidas. Es decir, que tras la ruptura se mantenga en lo posible el entorno doméstico, afectivo, social, escolar.²⁵ El interés de los hijos (*favor filii*) en mantener una estabilidad en la residencia que haga menos traumático el cambio que ya supone la separación o divorcio de los progenitores está en la base de la adopción de esta medida por el legislador. Como se ha dicho, se trata de una medida de marcado *carácter asistencial*, que busca el mantenimiento de las mismas condiciones familiares existentes antes de la ruptura y se considera como contribución a las cargas familiares cuando el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que ostente la custodia de los hijos menores. En ausencia de éstos y caso de que se trate de hijos mayores de edad o se atribuya al cónyuge más necesitado de protección, la medida no deja de tener tal carácter asistencial por cuanto es este interés más digno de protección el que la justifica²⁶, al margen de la pensión de alimentos y compensatoria que en su caso se hayan decretado.

Se ha justificado la «expropiación» que en el orden patrimonial padece el titular de la vivienda en el cumplimiento que le corresponden respecto de los hijos del deber de velar por ellos, procurarles una formación integral, evitarles perturbaciones dañosas, peligros o perjuicios, mientras son menores y están sujetos a patria potestad²⁷. A mi juicio, se ha magnificado sobremanera el impacto que para los menores tiene un cambio de vivienda tras un proceso de crisis matrimonial y considero que el deber de velar por los hijos no deja de estar cumplido con un cambio de vivienda. Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 CC creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio. Pienso que puede compatibilizarse tal función asistencial con la atención a la pérdida patrimonial que padece el propietario. No hay que olvidar que el cónyuge custodio se ve indirectamente beneficiado por la atribución del uso de la vivienda por razón de ostentar la guarda y custodia de los menores y la ley prescinde de cualquier criterio de capacidad económica de éste, lo cual puede generar situaciones de enriquecimiento y desequilibrio que favorecen la confrontación entre los cónyuges. De nada vale postular la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, si el acudir a un procedimiento judicial le supone a uno de los cónyuges indudables ventajas.

²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, R., *Familia post-divorcio. Funciones parentales*. Cuadernos de Derecho Judicial, t. X, Derecho de familia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 91.

²⁶ ROCA I TRIAS, E., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 608.

²⁷ MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., «Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio», *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, coordinado por González Porras, JM y Méndez González, P., t. II, Murcia, 2004, p. 3106.

Así mismo, no hay que olvidar que desde el año 2005, no es preciso alegar causa alguna para instar el procedimiento de divorcio, cambio que puede generar situaciones que cabría calificar de emocionalmente perversas: el cónyuge propietario se ve privado del uso de su vivienda por decisión unilateral del otro que puede haber incumplido los deberes del matrimonio (arts. 66 y ss CC). La percepción de injusticia que tiene el cónyuge propietario (repudiado) es máxima, lo que —insisto— invita a la litigiosidad (y en ocasiones a la *violencia*) y que la lucha por la custodia de los menores esconda un interés patrimonial claro²⁸.

El hecho de que el cónyuge usuario pueda tener importantes ingresos económicos y ello no pueda tener impacto en la situación del que se ve privado del uso, más allá de su incidencia indirecta en la fijación de la pensión de alimentos para los menores, a mi juicio, no se justifica suficientemente en el deber de asistencia a los menores, quienes pueden estar perfectamente asistidos aunque el cónyuge custodio compense económicamente al propietario por el uso de la vivienda. Como se ha señalado, la tesis del valor patrimonial del derecho de uso no resulta incompatible con el carácter asistencial del mismo pues la protección a la familia no niega el valor económico que dicha protección conlleva. La evidente función familiar de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar no tiene por qué privarle de su valor económico²⁹.

Negar esta circunstancia favorece abusos y una muestra de ello son los hechos enjuiciados por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021). En sentencia que decreta la separación de los cónyuges se atribuye el uso de la vivienda a la madre a la que se le concede la custodia del hijo común. Posteriormente, la madre abandona la vivienda familiar trasladándose a convivir con un tercero. Interpuesta demanda de divorcio, se adjudica el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, propietario de la vivienda. Se recurre la sentencia ante la Audiencia por entenderse que infringía el artículo 96 del CC dado que no se había atribuido el uso al cónyuge custodio. Tal pretensión es desestimada por la Audiencia por entender que la necesidad de habitación del menor estaba cubierta en su nueva residencia. A pesar de ello, se recurre ante el Tribunal Supremo por considerarse contradictorio y contrario al artículo 96 el que se conceda la custodia a la madre y el uso de la vivienda se conceda al otro progenitor, obviando el interés del menor...

²⁸ Resalta este aspecto, TAMAYO CARMONA, JA, *¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?* 2011 <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar> para quien «omitir las connotaciones económicas que tal circunstancia supone para la parte que se ve privada del uso y disfrute (titular o cotitular del derecho de ocupación) probablemente ha generado mayores controversias que una solución menos drástica o al menos matizada, como la posibilidad de no desligar la titularidad de la propiedad o derecho de ocupación, del derecho de uso mediante las suficientes compensaciones económicas a fin de procurar satisfacer las necesidades habitacionales de los hijos, dentro de la partida de pensión alimenticia».

²⁹ VELÁZQUEZ MARTÍN, MA, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», AC, p. 350.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia señalando que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, *no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia*. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. *La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho*, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el 7 CC (en el mismo sentido, la sentencia del TS 5 de noviembre de 2012, RJ 2012/10135). Resulta sorprendente que un caso tan claro pueda llegar hasta el TS, fruto de la elevación del carácter asistencial de la medida hasta sus últimas consecuencias, exigiéndose una reserva de derecho de uso, a pesar de no residir el menor en el domicilio familiar. Ejercicio abusivo favorecido —insisto— por una interpretación literal de la norma, carente de toda justificación.

Con todo, se aprecia una evolución de la jurisprudencia del TS en relación con el hecho de que la finalidad asistencial que viene a cumplir la atribución del uso de la vivienda familiar cuando es privativa del progenitor no custodio, puede cumplirse también a través de otros medios, como puede ser mediante el pago de un alquiler en vivienda adecuada. En este sentido, la sentencia del TS de 17 de junio de 2013 (RJ 2013/4375) excepciona el automatismo de la aplicación de la regla del artículo 96 CC «cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) lo que no sucede cuando pasan a residir en casa de los padres del progenitor custodio porque podrían ser desalojados». En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 5 noviembre de 2012 (RJ 2012/10135), 19 de noviembre (RJ 2013/7447) y 3 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7834).

El sistema actualmente vigente en materia de uso de vivienda plantea serios problemas cuando el progenitor custodio convive maritalmente con un tercero ¿Tiene esta situación alguna repercusión en las medidas adoptadas en el proceso de divorcio? Si, por ejemplo, la vivienda fuera privativa del ex marido, ¿debe éste abonar el pago del préstamo hipotecario, los gastos derivados de la propiedad mientras un tercero vive

gratis en su vivienda con su ex mujer y sus hijos? Siendo el derecho de ocupación gratuito de la vivienda una medida de protección de los menores ¿puede beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, propietario o cotitular de la vivienda? Pues parece que según lo dispuesto en el artículo 96 CC, sí. Incluso la práctica nos proporciona ejemplos de «abuso» por parte del cónyuge usuario que incluso alquila a terceros habitaciones sobrantes para obtener ingresos adicionales, aun cuando se trata de la vivienda propiedad del cónyuge no custodio.

3. LA NECESIDAD DE UNA COMPENSACIÓN POR EL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD EN TODO O EN PARTE DEL CÓNYUGE NO CUSTODIO. DISTINTAS OPCIONES

A pesar de que la disociación entre la titularidad de la vivienda y el derecho de ocupación de la misma que se produce por consecuencia de la atribución judicial del derecho de uso al cónyuge custodio (siendo los menores beneficiarios de la medida aunque no titulares del derecho)³⁰, tiene carácter *asistencial*, no cabe duda que tiene importantes repercusiones en el patrimonio de los cónyuges y por ello debería ser susceptible de valoración económica³¹. Como he señalado, los efectos de esta medida cuando el bien es propiedad privativa de uno de los cónyuges, son extraordinariamente severos, por cuanto supone una privación de la posesión del inmueble por parte de su titular y, por otro lado, la eficacia *erga omnes* del derecho de uso implica que se comporta como un gravamen que bloquea el valor económico del bien en tanto que impide su enajenación voluntaria libre de cargas.

En el Proyecto del Gobierno sobre modificación de la regulación del matrimonio en el CC se preveía que el uso de la vivienda podía corresponder al cónyuge no titular «mediante las oportunas compensaciones»³². El Grupo Parlamentario comunista propuso, en la enmienda número 124, la supresión de este inciso argumentándose que «al no apreciarse ni la naturaleza ni el alcance de éstas, se abre una vía de inseguridad, pues el cónyuge más débil económicamente bajo una interpretación posible del precepto puede verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pueden corresponderle por otros conceptos, en cuanto ‘compensación’ por el uso de la vivienda»³³.

El argumento de la enmienda citada no me parece decisivo pues bastaba con permitirle al juez, en el caso concreto, valorar las circunstancias económicas del usuario para verificar la procedencia de una compensación. La ley no hay previsto la posibilidad de

³⁰ Resolución de la DGRN de 9 de julio de 2013.

³¹ VELÁZQUEZ MARTÍN, «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», AC, núm. 10, marzo 2002, p. 343.

³² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A; Proyectos de Ley núm 123, de 13 de marzo de 1980.

³³ Sobre el *iter* parlamentario del art. 96 CC, vid. VALLADARES, E, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982, p.426.

compensaciones y los antecedentes de la norma abogan por esta interpretación, pero la gratuidad debería haber sido impuesta de manera expresa³⁴.

3.1. Ponderación de la atribución del uso de la vivienda en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria

Se ha considerado que *de facto* existe compensación patrimonial por la atribución del uso de la vivienda en cuanto se considera satisfacción *in natura* de la prestación alimenticia³⁵.

El ACP parece ir en esta dirección al disponer en su artículo 8, que modifica el artículo 96 CC, que «la atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge». Se sigue el criterio establecido con anterioridad en el artículo 233-20.7 del CCCat que señala que «la atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge».

No se trata de una compensación de deudas en sentido técnico (art. 1192 CC)³⁶, sino de que se tenga en cuenta la atribución del uso de la vivienda común o propiedad privativa de uno de los cónyuges, a la hora de fijar la pensión de alimentos para los menores o, en su caso la pensión compensatoria. Siendo ambas de naturaleza distinta, lo cierto es que nacida la deuda alimenticia, ésta no es compensable con otros posibles gastos que por razón de la vivienda familiar deba satisfacer el cónyuge no custodio (art. 151 CC)³⁷.

El Código Civil nada dice al respecto, pero entiendo que la posibilidad de computar el gasto de alojamiento a la pensión de alimentos se puede deducir del artículo 142 CC³⁸, sin necesidad de una previsión específica. Hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia es variable en función de las necesidades de los menores y la capacidad económica del alimentante. Si la vivienda es propiedad del progenitor no custodio en todo o en parte, y el uso se atribuye al otro, es claro que la necesidad de vivienda no habrá que valorarla a los efectos del cálculo de la pensión de alimentos porque tal

³⁴ GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M, t. II, Madrid, 1982, p. 408.

³⁵ MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, p. 379.

³⁶ En tal sentido lo entiende VERDERA IZQUIERDO, B., *Incidencia de la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar*, Libro homenaje al Prof. Rams Albesa, coordinado por Cuenca Casas, M, Anguita Villanueva, L y Ortega Domenech, J, Madrid, 2012, p. 1644.

³⁷ En este sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2000 (Recurso de Apelación 721/1999).

³⁸ ROCA TRIAS, E., *Comentario al art. 96 CC, en Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 608.

necesidad no existe al estar ya cubierta, lo cual no sucedería si el régimen fuera de arrendamiento, ya que la renta abonada en tal concepto sí habría que incluirla. Si las necesidades son menores, la pensión siempre será menor. Por ello, por la propia esencia de la obligación de alimentos, indirectamente, la atribución del uso de vivienda propiedad del no custodio, afectará a la cuantía de la pensión, aunque no se diga de manera expresa por el legislador. La necesidad de alojamiento es una de las que deben atender los progenitores y las demás deberán satisfacerse en función de la capacidad económica y es imperativa su fijación cuando se trata de menores sujetos a patria potestad.

Sí habría, a mi juicio, auténtica compensación si se valora económicamente el uso de la vivienda, teniendo en cuenta por ejemplo, las rentas que se abonan en inmuebles similares, prorrateando la parte que correspondería por el uso de los menores, únicos beneficiados por la pensión de alimentos tras el divorcio de sus progenitores. Tal renta operaría como un gasto a tener en cuenta en la prestación alimenticia, aplicándose el criterio de la proporcionalidad, de manera que como tal gasto se satisface *in natura* por el propietario de la vivienda, indirectamente el resto de los gastos serán menores. Las opciones son las siguientes.

Por ejemplo, se debe atender a los gastos de dos menores y se ha concedido el uso de la vivienda al cónyuge custodio, siendo propiedad exclusiva del otro.

- La renta que se abona de media en la zona por un inmueble de similares características asciende a 400 euros. La cantidad imputable a los menores sería 2/3 de 400 y que asciende a 266 euros.
- Otros gastos de los menores (parte proporcional de suministros, colegio, vestido y alimentación): 734 euros.
- Total de necesidades a cubrir: 1.000 euros
- El propietario no custodio aporta el 60% de los ingresos y el otro el 40%.

Según el criterio de proporcionalidad de la obligación de alimentos respecto a la capacidad económica de los obligados (art. 146 CC), el progenitor no custodio deberá abonar 600 euros de pensión. Como ya ha satisfecho por razón del uso de la vivienda 400 euros, la pensión que debe abonar es de 200 euros. Esto es lo que implica, a mi juicio, ponderar el uso de la vivienda como *contribución en especie* para la fijación de los alimentos de los hijos, en el sentido propuesto por el Derecho catalán.

La otra opción es entender que el gasto por vivienda indirectamente reduce la pensión de alimentos por cuanto tal necesidad está cubierta³⁹ y, por ello los gastos de los

³⁹ Este es el sentido que parece tener la afirmación de que la atribución del uso de la vivienda es una de las formas de contribuir a las cargas de conformidad con el artículo 154.1 en relación con el artículo 141.1 del Código Civil (ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 388, MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002, p. 380, Más acertadamente a mi juicio, entiende RIBERA BLANES, B., *La contribución a las cargas del matrimonio en*

menores ascienden, en el ejemplo propuesto, solo a 734 euros. El progenitor no custodio se beneficia de tal circunstancia por cuanto al aportar la vivienda, no debe abonar gasto adicional y debe satisfacer el 60% de 734 euros, por lo que debe abonar la cantidad de 440 euros. Si no se atribuyera el uso de la vivienda al cónyuge custodio y se trasladara a una vivienda en alquiler, tal renta se computaría en la pensión alimenticia y, siguiendo con el ejemplo propuesto, si tal renta fuera de 400 euros, los gastos totales de los menores llegarían a 1.000 euros (pues no la totalidad de la renta se imputaría a los menores, sino solo 2/3). En este caso, la pensión alimenticia a pagar por el progenitor no custodio ascendería a 600 euros. Como se puede apreciar, las diferencias de planteamiento se traducen de forma evidente en el terreno cuantitativo.

A mi juicio, para que efectivamente se pudiera considerar como compensación patrimonial al cónyuge usuario por la vía de la reducción de la pensión alimenticia, *la atribución del uso de la vivienda familiar debería someterse a la regla de la proporcionalidad* propia de la pensión de alimentos, lo cual requeriría una regulación expresa. No basta para llegar a este resultado con que la ley se limite a señalar que la atribución del uso «se tendrá en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia», tal y como hace el ACP. Deben establecerse y objetivarse los criterios para la computar el uso de la vivienda como contribución en especie. La indefinición de la norma generará inseguridad jurídica.

Ello no significa afirmar que el fundamento de la atribución del uso de la vivienda con base en artículo 96.1 sea el pago de la obligación de alimentos, pues la necesidad de alojamiento se podría cubrir desde el punto de vista de la pensión alimenticia de otras posibles formas⁴⁰. Lo que pienso es que, atribuido el uso al cónyuge por su condición de ostentar la custodia de los hijos comunes, los gastos derivados de la vivienda que asume el otro cónyuge por su condición de propietario, deben ponderarse como contribución en especie para la fijación de alimentos a los hijos y, en su caso, la pensión compensatoria en el sentido apuntado, aplicando la regla de la proporcionalidad. De seguirse la segunda opción apuntada, sólo se produciría una compensación indirecta⁴¹ puesto que si la vivienda está pagada, el hecho de que los hijos habiten allí supone un ahorro del gasto que supondría alojarlos en otro inmueble. Al no existir ese gasto, indirectamente, la pensión alimenticia será menor.

El ACP dispone en su artículo 8, que modifica el artículo 96 CC, que la atribución del uso sobre la vivienda familiar «se tendrá en cuenta al fijar la cuantía [...] de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge», en la línea

el régimen de separación de bienes, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 116 que «la aportación de un bien inmueble para contribuir a las cargas del matrimonio ha de valorarse atendiendo a la renta que tendría que satisfacer por el arrendatario de un bien de similares características, a un tercero. No sería difícil fijar el precio, simplemente habría que atender a los criterios de mercado».

⁴⁰ Vid. sobre esta cuestión, SALAZAR BORT, S, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001p. 64 y ss.

⁴¹ CERVILLA GARZÓN, MD, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005, p. 156.

marcada por el artículo 233-20.7 del CCCat. Así mismo, el artículo 9 de ACP modifica el 97 CC introduciendo una nueva circunstancia que deberá tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria por desequilibrio económico: «la atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere». Parece seguirse el mismo criterio que el contemplado en el artículo 233.15. e) CCCat que a la hora de establecer los criterios a tener en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria dispone que se valorarán especialmente «*los nuevos gastos familiares del deudor, si procede*».

Sin embargo, tal equivalencia no es total. En el texto del ACP se refiere a los gastos de la vivienda dada en uso que genera para el propietario que no puede habitar en ella (por ejemplo, IBI, préstamo hipotecario etc.). Es decir, se valora el empobrecimiento del deudor referido a la vivienda familiar, pero no se tienen en cuenta los nuevos gastos que el propietario no usuario tiene que asumir para satisfacer su *propia* necesidad de vivienda. Así, por ejemplo, si el inmueble cuyo uso se ha atribuido al cónyuge que ha padecido el desequilibrio económico, se encuentra pagado en su totalidad (porque ya se abonó la totalidad del préstamo hipotecario), los gastos a valorar serán el IBI y, en su caso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros⁴². Por lo tanto, son los gastos que «la misma» (la vivienda familiar) genere los que se tienen en cuenta como pago en especie de la pensión compensatoria. Si por ejemplo tales gastos ascienden a 300 euros mensuales y a su vez el propietario debe alquilarse un inmueble de similar categoría cuya renta es de 600 euros mensuales, solo los 300 euros se valorarán como pensión compensatoria, sin que se pueda tener en cuenta el «ahorro» que le supone al cónyuge usuario disfrutar de una vivienda de tales características por referencia a las rentas de mercado que pagan por un inmueble de iguales características. Por lo tanto, si se fijara una pensión compensatoria, por ejemplo, de 600 euros, solo 300 cabría considerarlos pago en especie. No se tiene en cuenta, por tanto, la carga total que para el propietario supone la privación del uso. Se compensa pero no se repara, cosa que solo se lograría teniendo en cuenta el enriquecimiento real del usuario y el empobrecimiento efectivo del deudor.

El criterio adoptado por el CCCat es diferente porque valora «los nuevos gastos familiares del deudor». Aquí, entiendo que sí se tiene en cuenta por ejemplo, la renta (que en el ejemplo era de 600 euros) que se vea obligado a pagar el propietario por el alquiler del inmueble, además de los que todavía debe abonar por su condición de

⁴² El art. 8 de ACP que modifica el art. 96 introduce en su número 5 la regla de que tales gastos corresponden al usuario salvo que sean abonados por el propietario: «*Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios*».

dueño de la vivienda familiar cuyo uso ostenta el cónyuge custodio. Creo que el ámbito de aplicación del precepto es más amplio y a mi juicio, más correcto por cuanto se tienen en cuenta ambas variables: los gastos de la vivienda que tiene que seguir abonando el propietario y los gastos que le genera abandonar la vivienda familiar.

3.2. *Atribución del uso de la vivienda y liquidación de gananciales*

En caso de que los cónyuges se encuentren casados en el régimen de sociedad de gananciales, habida cuenta del valor patrimonial que tiene la adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio, cabe plantearse si puede computarse como tal carga en la liquidación de la sociedad de gananciales⁴³, imputándose su valor como adjudicación al cónyuge usuario, sobre todo en los casos en los que se adjudica la propiedad de la vivienda familiar al cónyuge no usuario.

Y es que, de no operar de esta forma, el cónyuge usuario tenderá a que en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudique la propiedad en todo o en parte al otro cónyuge pues le sale más rentable si el uso no le supone coste alguno. Para evitar esta situación, se ha postulado que, atribuido el derecho de uso a uno de los cónyuges, en el proceso de liquidación de gananciales la tendencia debe ser adjudicar la propiedad de la vivienda al cónyuge usuario, de manera que se extinga el derecho de uso por consolidación con la propiedad o más bien que tal derecho de uso no nazca por ser ya propietario de la vivienda el progenitor custodio. Así lo entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de enero de 1990 (RJ 1990/31). Pero obsérvese que para el cónyuge usuario tal opción puede ser «letal», pues normalmente se generará una sobreadjudicación que provocará un derecho de reembolso para el cual puede no tener liquidez y le obligue a sobreendeudarse.

Ningún interés tiene el cónyuge usuario en adjudicarse la propiedad de la vivienda cuando, adjudicándosele al esposo, el usuario «vive gratis» y además casi con toda probabilidad se convierta en acreedor de su consorte por un derecho de reembolso por razón de la sobreadjudicación que se realice a favor de otro cónyuge. Como se ve, si el derecho de uso es «gratis», también en el terreno de la liquidación de la sociedad de gananciales se favorece la confrontación entre los cónyuges y, a mi juicio, un enriquecimiento injustificado (aunque sea con base en el art. 96 CC) a favor del cónyuge usuario, incluso en los casos en los que tras la liquidación, los cónyuges se atribuyen la propiedad de la vivienda por partes iguales en un régimen de comunidad romana por cuotas (art. 392 y ss. CC). El derecho a poseer el inmueble correspondiente a todo copropietario, se ve bloqueado por el derecho de uso atribuido en el proceso de crisis matrimonial al copropietario custodio.

De ahí que de las pocas sentencias del Tribunal Supremo favorables a este

⁴³ Trata específicamente este problema VELÁZQUEZ MARTÍN, *Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales*, cit., pp. 343 y ss.

planteamiento, como es el caso de la 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10113), se entienda que «no cabe admitir que en el momento de la liquidación de la sociedad, se produzca un enriquecimiento sin causa legítima, apoyándose en el torcido criterio de que el uso le pertenecía ya por virtud de la sentencia firme de separación», concluyendo que «resulta, por ello ajustado a Derecho la solución que al problema dio la sentencia de primera instancia que tuvo en cuenta tales circunstancias, pero no como una carga que gravite sobre el inmueble, esto es como una carga que debe descontarse de su valor total sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003/72804): «se ha de partir de que el derecho de uso de la vivienda familiar constituye un activo ganancial como beneficio o fruto implícito a la misma, y su atribución en exclusiva a uno de los cónyuges conlleva inevitablemente un desequilibrio patrimonial entre ambos, considerándose así, tanto por la atribución de un derecho con un valor económico a uno de los cónyuges, como por la privación al otro cónyuge de los beneficios derivados del disfrute de ese derecho que con anterioridad detentaba».

Efectivamente, cuando tras la extinción de la sociedad de gananciales se adjudica el uso, propiedad en parte común o privativa del otro progenitor, hay que distinguir dos perspectivas: por un lado, la necesidad de alojamiento de los menores (auténticos beneficiarios de la norma pero no titulares del derecho de uso)⁴⁴ y, por otro, la necesidad de alojamiento del progenitor custodio. Aunque el objetivo de la medida no es satisfacer ésta, la misma se logra por efecto reflejo de la convivencia con los menores. Pues bien, cuando me refiero a la necesidad de que se compute el uso de la vivienda en la liquidación de la sociedad de gananciales, me estoy refiriendo a la utilidad del inmueble que percibe el progenitor usuario respecto del que no opera la finalidad asistencial cuando la atribución del uso se lleva a cabo por su condición de cónyuge custodio. Tal uso entiendo que debe ser valorado e incorporado al activo adjudicado al cónyuge usuario.

Para la valoración del derecho de uso, valdría el criterio imperante en la legislación fiscal, en particular, el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁴⁵, que establece los

⁴⁴ Resolución de la DGRN de 9 de julio de 2013.

⁴⁵ 1. La base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca.

2. En particular, serán de aplicación las normas contenidas en los apartados siguientes:

a) El valor del usufructo temporal se reputará proporcional al valor total de los bienes en razón del 2 por 100 por cada período de un año sin exceder del 70 por 100. En los usufructos vitalicios se estimará que el valor es igual al 70 por 100 del valor total de los bienes cuando el usufructuario cuente menos de veinte años, minorando, a medida que aumenta la edad, en la proporción de un 1 por 100 menos por cada año más con el límite mínimo del 10 por 100 del valor total.

jurídica si se estableciera por plazo superior a treinta años o por tiempo indeterminado se considerará

criterios de valoración de los derechos reales de usufructo, uso y habitación, estableciéndose dos modos distintos en función del carácter temporal o vitalicio del derecho.

Ello encontraría dificultades en los casos en los que no está determinado la duración del uso⁴⁶, como es el caso del atribuido al cónyuge que tenga la custodia de los hijos comunes, en tanto no es posible saber el momento en el que alcanzarán la independencia económica. Sin embargo, entiendo que cabría hacer una valoración aproximada de la duración, pues tampoco se trata de «reparar» el perjuicio que sufre el cónyuge no adjudicatario, dado que la medida tiene carácter asistencial. Cuando se atribuye al cónyuge custodio por razón de los hijos, mediatamente se beneficia a un cónyuge que posiblemente en otras circunstancias no habría tenido derecho al mismo con base al párrafo tercero del artículo 96, por lo que entiendo que la compensación debería proceder en la liquidación de la sociedad de gananciales, aunque en menor proporción, dada la ponderación que del uso debe hacerse en la pensión alimenticia. A estos efectos, la duración sería la estimada independencia de los menores con objeto de proceder a una capitalización y adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Si el cónyuge custodio se convierte en propietario exclusivo tras la liquidación de la sociedad de gananciales, le corresponden *iure proprio* los gastos que en tal concepto se deriven. Ello significa que la necesidad de alojamiento de los menores, la satisface el cónyuge usuario, de forma que a la hora de fijar la pensión de alimentos para los menores que debe abonar el progenitor no custodio, una parte proporcional de tales gastos es imputable a los menores por lo que debe considerarse como necesidad satisfecha en especie por el progenitor custodio, de forma que su participación en el resto de los gastos sea menor. Es decir, el propietario de la vivienda, sea usuario o no, debe satisfacer por tal concepto una serie de gastos a través de los cuales se satisface la necesidad de vivienda de los menores. Ello tiene que ser tenido en cuenta siempre a la hora de fijar la pensión de alimentos.

fiscalmente como transmisión de plena propiedad sujeta a condición resolutoria. nuda propiedad se computará por la diferencia entre el valor del usufructo y el valor total de los bienes. En los usufructos vitalicios que, a su vez, sean temporales, la nuda propiedad se valorará aplicando, de las reglas anteriores, aquella que le atribuya menor valor.

b) El valor de los derechos reales de uso y habitación será el que resulte de aplicar al 75 por 100 del valor de los bienes sobre los que fueron impuestos, las reglas correspondientes a la valoración de los usufructos temporales o vitalicios, según los casos.

⁴⁶ El art. 8 ACP se refiere al carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. Así lo dispone en el nuevo art. 96.3 CC: «En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas».

Por ejemplo, si tras la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge custodio se hace adjudicario de la vivienda ganancial y la misma genera unos gastos de 600 euros. Teniendo a su cargo dos hijos menores, 400 euros (2/3 del total) son imputables a los menores. La proporción de ingresos de ambos progenitores es de 60% para el no custodio y 40% para el custodio. El resto de los gastos de los menores ascienden a 600 euros. Por lo tanto, si los totales (incluido los de alojamiento) son 1.000 euros, el progenitor no custodio abonaría 600 euros y el custodio 400. Como éste ya abona los gastos de alojamiento, no tendrá que hacerse cargo del resto. Lo digo porque aunque en el procedimiento de crisis matrimonial, sólo se fija una pensión de alimentos que debe abonar el no custodio, ello no significa que el cónyuge custodio no tenga obligación de contribuir a la cobertura de las necesidades de los menores (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2011 (RJ 2011/3021)). Aunque se adjudique la propiedad de la misma tras la liquidación de gananciales, una parte proporcional del coste derivado de la propiedad constituye contribución en especie a la cobertura de la necesidad de vivienda que debe ser valorada a los efectos de la fijación de la pensión alimenticia en el sentido señalado y tanto cuando el propietario es el usuario como cuando lo es el no custodio.

El verdadero problema se plantea, como he dicho, cuando el adjudicatario de la vivienda ha sido el cónyuge no custodio o, directamente, se han adjudicado los cónyuges la vivienda familiar a partes iguales en régimen de comunidad de bienes, en el propio convenio regulador. Cuando se adjudica la propiedad del inmueble al cónyuge no usuario, su empobrecimiento es evidente, pues debe asumir los gastos derivados de la propiedad, sin tener derecho a poseer el inmueble, además del citado derecho de reembolso que probablemente se generará por hacerse con la propiedad del bien (en el caso —frecuente en la práctica— de que se hayan satisfecho los gastos de la vivienda privativa con recursos comunes, art. 1358 CC). De ahí que al menos en la liquidación de la sociedad de gananciales deba, a mi juicio, computarse el derecho de uso⁴⁷ como activo que recibe el cónyuge adjudicatario.

Sin embargo, a pesar de todo lo dicho, mayoritariamente la postura de la jurisprudencia es la de negar que pueda compensarse el derecho de uso en las operaciones de liquidación de gananciales. En este sentido, la sentencia del TS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998/151) señala que: «la adjudicación del uso del domicilio familiar [...], no es un plus de atribución a la hora de partir, sino un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo». La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de julio de 2002 (JUR 2002/279710) resume la jurisprudencia relativa a si

⁴⁷ En este sentido, LÓPEZ-BREA, *El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial*, en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010, p. 300. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2007 admite que se compute el uso de la vivienda como carga.

el uso y disfrute debe tener algún reflejo en las operaciones liquidatorias del haber ganancial sustentando su argumentación en que no se trata de un derecho real y ello «pone en entredicho el criterio de quienes, a partir de esa premisa, consideran la posibilidad de su ponderación como carga que afecta al valor del bien o deuda frente a la sociedad». Y añade que «su consideración como carga que provoca una disminución del precio o valor del bien se asienta sobre una premisa apriorística que se aprecia endeble, pues no contiene nuestro ordenamiento regla alguna de la que resulte que la existencia de una carga o gravamen sobre el bien determina una disminución de su valor en el mercado; otra cosa es si pueda provocar mayores dificultades en la venta del bien, y, de otro lado, en cuanto a su consideración como deuda de la sociedad, se plantea, entonces, quien es el acreedor de esa deuda». Y esto es lo que pasa con el beneficio de uso y disfrute y la liquidación del haber ganancial, pues si la decisión sobre la dicha medida debe venir resuelta en razón a criterios asistenciales respecto de los hijos y al cónyuge más débil o necesitado, contemplándose la vivienda familiar, no desde un plano material, sino como «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente unipersonal que en ella se asienta». También justifica la ausencia de valoración del uso en la liquidación de la sociedad de gananciales en el carácter asistencial de la medida. En suma, el derecho de uso sobre la vivienda conyugal pueda tener una cierta trascendencia *erga omnes* y acceder al Registro de la Propiedad, pero, a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, no puede ser considerado como una carga que infravalore la propiedad. No integra un crédito del titular del derecho contra la comunidad, sino una forma de protección del interés más necesitado dentro de la familia en crisis, que tiene alcance *erga omnes*, pero que no constituye propiamente un derecho real ni otorga un plus de protección respecto a la situación posesoria que ostentaba la familia antes de la decisión familiar, no encajando, en definitiva, en ninguno de los conceptos del pasivo que se contienen el artículo 1398 CC (Sentencia de la AP de Zaragoza de 1 de abril de 2003 (AC 2003/1227)).

El obstáculo básico a la admisión de la compensación del derecho de uso en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales se centra en el carácter *asistencial* de tal medida, complemento de la prestación alimenticia. Sin embargo, hay que tener presente que cuando tal uso se hace a favor del cónyuge que ostenta la custodia de los hijos comunes, el carácter asistencial incide en éstos y no necesariamente en aquél por lo que el argumento de dicho carácter no tiene, a mi juicio, peso suficiente.

Por otro lado, el hecho de que se considere que el derecho de uso no tiene carácter real tampoco me parece argumento suficiente en la medida que, como he razonado anteriormente, a pesar de que nominalmente la jurisprudencia le niegue tal carácter, lo cierto es que se comporta como tal, actuando como carga oponible *erga omnes*, siendo irrelevante que se configure como derecho especial familiar o no. Lo que me parece criticable es afirmar como se hace en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de abril de 2003 (AC 2003/1227) «el derecho de uso sobre la vivienda conyugal pueda tener una cierta trascendencia *erga omnes* y acceder al Registro de la

Propiedad, pero, a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales, no puede ser considerado como una carga que infravalore la propiedad». Si sobre la finca hay un derecho oponible *erga omnes*, ello infravalora la propiedad y afirmar lo contrario creo que es ir contra la realidad de las cosas y sumergirse en la abstracción de los conceptos sin solucionar de manera coherente problemas reales. El cónyuge usuario puede oponer su derecho frente a terceros lo que ocasiona que el inmueble necesariamente padezca una disminución de valor de mercado porque el derecho de uso tiene un valor económico que mengua el valor de salida del inmueble. Es obvio que al potencial comprador del inmueble que es vivienda familiar no le es indiferente el tener que respetar la posesión de un tercero en el mismo que no tener que hacerlo. En definitiva, aunque el cónyuge usuario cuando tiene la custodia de los hijos comunes no es el beneficiario de tal medida⁴⁸, el hecho cierto es que se beneficia de ello y en ningún precepto del CC se señala que tal beneficio deba ser gratuito.

3.3. *La compensación económica independiente*

Como he señalado repetidamente, la función asistencial de la atribución del uso de la vivienda familiar, particularmente cuando se atribuye al otro progenitor por razón de la custodia de los menores, no es incompatible con su compensación patrimonial que se justifica por el enriquecimiento que obtiene el cónyuge usuario y no los menores que son los auténticos beneficiarios. En esta medida debe ser, a mi juicio, objeto de compensación autónoma para los casos en que no exista la posibilidad de computarlo en la liquidación de la sociedad de gananciales (porque no rija tal régimen), ni de imputarlo a una eventual pensión compensatoria porque no proceda por darse una situación de desequilibrio económico que la justifique.

Piénsese en un supuesto de cónyuges casados en régimen de separación de bienes, donde el cónyuge custodio tiene importantes ingresos y la propiedad es en todo o en parte propiedad del otro progenitor. A mi juicio, no hay una razón que justifique la ausencia de compensación a un propietario privado de su posesión y que puede tener una situación patrimonial más negativa que la del cónyuge custodio. Más que pelear por privarle del uso por ser el interés del dueño más necesitado de protección, parece una solución más «saludable» que el custodio pueda compensarle patrimonialmente.

⁴⁸ En este sentido, la sentencia de la AP de Madrid de 20 de junio de 2002, señala que «debe precisarse que la valoración de los bienes en el procedimiento de liquidación es una de las cuestiones que mas problemas plantea. Uno de ellos es precisamente la valoración del derecho de uso de la vivienda conyugal cuando las sentencias de separación o divorcio atribuye su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio, en cuyo caso si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al art. 93 del CC y como tal no computable en el momento de la partición».

Esta es la opción que, acertadamente, acoge el artículo 6 de la Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011, de 1 de abril, en adelante LRVF):

«En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores».

Como se puede apreciar, se valora el enriquecimiento que percibe el cónyuge usuario con referencia al coste que una vivienda de similares características tendría en el mercado, para lo que será necesario aportar al procedimiento justificaciones o informes de agentes de la propiedad inmobiliaria que acrediten lo que se abona en concepto de renta en la zona donde se encuentre ubicada la vivienda, teniendo en cuenta, además las características propias de la misma⁴⁹. Tal y como está redactada la norma, sí parece excepcionarse la regla del artículo 151 CC por cuanto permite la compensación de la deuda de alimentos con la que se le deba al obligado a prestarlos por razón de la concesión del uso de la vivienda. Dado que la compensación viene a subsanar el enriquecimiento del cónyuge usuario, entiendo que solo podrá imputarse a los gastos ordinarios una parte proporcional de tal renta que sirve como baremo para fijar tal compensación. Así, por ejemplo, existiendo dos hijos menores, y siendo la renta abonada en la zona por el uso de una vivienda de similares características de 600 euros, solo 400 deberían compensarse con los gastos ordinarios.

Por otro lado, a pesar de ello, será preciso delimitar ambas cantidades (gastos ordinarios y compensación por uso de la vivienda), ya que al ser el uso de la vivienda una medida de carácter temporal, en caso de cese del uso, el propietario deberá abonar todos los gastos ordinarios sin necesidad de que haya que recurrir a una modificación de medidas con objeto de adaptar la pensión de alimentos a la nueva situación creada cuando el dueño recupera su vivienda.

La ley valenciana establece el derecho a la compensación también en el caso de que el uso se atribuya al cónyuge que tenga más dificultades para acceder a la vivienda⁵⁰ (art.

⁴⁹ CORDERO CUTILLAS, I, *Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, Actualidad Civil, marzo 2013, núm. 3.

⁵⁰ Así lo dispone el art. 6.1 LRVF: *A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que*

6.1), aunque no se le haya concedido la custodia. En este supuesto, y habiendo divorcio el cómputo de la misma con los gastos ordinarios tiene dudoso alcance, salvo que se refiera a su valoración para el pago de la pensión compensatoria que en su caso se haya fijado, dado que no existe derecho de alimentos entre divorciados.

Con todo, y mostrándome favorable a una compensación económica a favor del propietario privado del uso de la vivienda, me parece criticable la imperatividad de la norma valenciana que no permite al juez valorar las circunstancias del caso concreto al señalar que «se fijará» una compensación. Si a ello se une el dato que la custodia de los menores no es el criterio decisivo para que sea atribuido el derecho de uso, sino las dificultades de un progenitor de acceder a una vivienda, siempre que ello sea compatible con los intereses de los menores, no se entiende bien el rigor de la norma. Si se le concede el uso al cónyuge con más dificultades económicas, éstas también pueden impedirle el pago de una compensación al propietario, referenciada a una renta de mercado en viviendas de similar categoría.

Más equilibrada me parece la regulación contenida en el Código Civil francés que prevé la posibilidad en el artículo 285.1 del *Code*⁵¹ de que el juez fije un arrendamiento forzoso del inmueble privativo de uno de los cónyuges cuando se atribuye su uso al otro por razón de la custodia de los hijos comunes. El juez *podrá* fijar un arrendamiento forzoso atendiendo a las circunstancias y capacidad económica del cónyuge usuario⁵². Se prescinde de la imperatividad propia de la Ley valenciana, siendo a mi juicio, más equilibrada la solución del Derecho francés. La duración de tal arrendamiento viene a coincidir con el periodo de tiempo que tarden los menores en alcanzar la mayoría de edad y puede revocarse tal medida en caso de nuevo matrimonio del usuario o convivencia marital con terceros, o cambio en la capacidad económica del usuario⁵³ o el cese de la convivencia con los menores⁵⁴ tal y como se deduce del último inciso del precepto que permite la revisión de la medida si sobrevienen circunstancias que lo justifiquen. Se trata de un arrendamiento que presenta ciertas particularidades, con cierto carácter personalísimo en tanto que el usuario no puede ceder su derecho a terceros. Fallecido el propietario, tal arrendamiento es inoponible a los herederos por lo que se producirá su extinción⁵⁵.

sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda.

⁵¹ «*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande.*

Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient».

⁵² BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP N 1982 p.63, n° 38 et ss.

⁵³ J. BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement cit.*, p. 63, n° 73.

⁵⁴ GARE, Th, in *Droit du logement, droit au logement et stratégies familiales*, dirigido por J. RUBELLIN DEVICHI, Presses universitaires de Lyon 1988, p. 46.

⁵⁵ COUTANT-LAPALUS, CH, *Le sort du logement de la famille en cas de séparation du couple*, AJ Famille 2008, p. 364.

También es posible en el Derecho francés que el uso de la vivienda familiar se atribuya en concepto de pensión compensatoria cuando se den todos los requisitos para la procedencia de ésta⁵⁶. En suma, la patrimonialidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges es característica en el Derecho francés y, como se puede apreciar, no es incompatible con la función asistencial de tal medida.

El ACP no afronta con eficacia el desequilibrio que genera la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que es previsible que la litigiosidad que actualmente genera se mantendrá tras la reforma. Sólo se introduce la posibilidad de que la atribución del uso de la vivienda se pueda tener en cuenta para fijar, en su caso, la pensión compensatoria del cónyuge que haya padecido un desequilibrio económico y la pensión de alimentos a favor de los menores, sin aportar criterio alguno para que se pueda proceder a tal valoración. La situación de desequilibrio es evidente y constituye un estímulo negativo a la salida convencional de la crisis. De nada vale postular la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, si el acudir a un procedimiento judicial le supone a uno de los cónyuges indudables ventajas. La regulación proyectada es, a mi juicio, insuficiente: debe concederse al juez la posibilidad de fijar una compensación patrimonial para el cónyuge no titular, en función de la capacidad económica del usuario.

4. EN PARTICULAR, LA CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL DEL CÓNYUGE USUARIO CON UN TERCERO

Un supuesto especialmente conflictivo es el que se plantea cuando atribuido el uso de la vivienda al cónyuge no titular por razón de la custodia de los hijos comunes, dicho cónyuge inicia una convivencia marital con una tercera persona en el inmueble propiedad privativa del otro que deberá abonar la deuda hipotecaria que en su caso pese sobre la vivienda familiar en la que habita un «tercero». Si nada se ha pactado en convenio regulador, ¿podría por este solo hecho solicitar el propietario de la vivienda una modificación de medidas y recuperar el uso de la vivienda familiar? La misma situación se plantea obviamente cuando el cónyuge usuario contrae nuevo matrimonio y su nuevo marido/mujer se traslada a vivir a la vivienda habitual propiedad del padre de sus hijos. Esta causa está prevista para la extinción de la pensión compensatoria (art. 101 CC), pero no para la atribución del uso sobre la vivienda. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 21 de junio de 1999 (JUR 1999/272220) se considera que la convivencia de un tercero, pareja de la madre, en la vivienda habitual es un

⁵⁶ Art. 274 Code: «Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera la prestation compensatoire en capital parmi les formes suivantes :

1° Versement d'une somme d'argent, le prononcé du divorce pouvant être subordonné à la constitution des garanties prévues à l'article 277.

2° Attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier. Toutefois, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation».

«motivo carente de entidad legal a efectos revocatorios de la medida en controversia». Contraria es la solución que la Audiencia Provincial de Almería dio al mismo supuesto en la sentencia de 19 de marzo de 2007 (AC 2007/505). Disuelto el matrimonio por divorcio, se atribuye el uso de la vivienda común (era ganancial pero no se ha procedido a la liquidación de gananciales por lo que integra la comunidad post ganancial) de ambos cónyuges, a la esposa que obtuvo la custodia del hijo común. Iniciada por la madre del niño una convivencia marital con un tercero que pasa a residir en la vivienda familiar, la AP considera que «resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del tan reiterado piso (art. 91, último inciso CC), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando.

Lo dicho, como se ve, ni afecta a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución al marido de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o conviniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho. Debemos además añadir que la sustancial mejora de la situación económica de la madre desde la separación hasta el momento presente, perfectamente acreditada en autos, le hace capaz de hacer frente a la adquisición de otra vivienda o de la mitad de la que tiene junto con el recurrente, si a este acuerdo llegan⁵⁷».

⁵⁷ En la sentencia de la AP Granada de 14 de diciembre de 1992, ante un supuesto también de convivencia marital de un tercero en la vivienda familiar se deniega la solicitud de modificación de medidas en orden a la atribución del uso sobre la vivienda familiar, pero se señala que el marido podrá proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales y a la venta del inmueble para que se proceda al reparto del precio obtenido entre los cónyuges. Solución cuanto menos curiosa, porque la enajenación en pública subasta requiere el consentimiento del otro cónyuge, que además era copropietario de la vivienda, y caso de hacerla autónomamente el cónyuge no custodio, el adquirente en pública subasta deberá respetar el derecho de uso.

La solución adoptada por la sentencia me parece «justa», pero no considero que sea conforme al artículo 96.1 CC. Si la atribución del uso de la vivienda se realiza al cónyuge, pero en atención a la custodia que ostenta sobre los hijos menores, siendo éstos los beneficiados de tal medida, me parece claro que no se ha producido una alteración extraordinaria de las circunstancias que afecte a los menores que, insisto, es en atención a los cuales se establece la medida, jugando factores como la necesidad de mantener su entorno vital social tras la separación o divorcio de los padres. La convivencia marital de un tercero en el inmueble, desde un plano estricto de interpretación del artículo 96 CC no permite la modificación de la medida (en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2003 (JUR 2003\196943). Sí se alteraría si no existieren hijos comunes y la atribución del uso de la vivienda al cónyuge se hubiera realizado con base en el párrafo tercero del artículo 96 CC⁵⁸, en tanto las condiciones de la usuaria han cambiado y no se encontraría en el estado de necesidad que justificó la medida. De hecho, este supuesto está expresamente contemplado en el artículo 233-24.2b) del CCCat.

Esta es la solución que me parece correcta desde el punto de vista jurídico, aunque me parezca escandalosa e indignante para el dueño del inmueble. La protección de los hijos, la salvaguarda del entorno no puede conducir a que el cónyuge titular tenga que financiar la necesidad de vivienda del querido/a de la madre/padre de su hijo. La dignidad del otro cónyuge debe ser también tenida en cuenta y la ley no debe amparar esta situación extraordinariamente humillante.

De ahí que se haya propuesto en las conclusiones IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios de Familia una modificación legislativa para resolver esta situación:

«No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

«En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una

⁵⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona 1986, p. 292; ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 565, LÓPEZ BREA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 275. CABEZUELO ARENAS, L., «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21, p. 317.

desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido⁵⁹».

En la línea de esta propuesta, el auto de la AP de Madrid de 5 de mayo de 2000, en un supuesto en el que la esposa usuaria convivía en el domicilio conyugal con su segundo marido, adopta una resolución bien distinta a las citadas anteriormente. Ante la presencia de un tercero en el domicilio familiar, el marido denunció este hecho y el órgano a quo dictó providencia mediante la que se acordaba requerir a la esposa a fin de que no hiciera extensivo su título de ocupación sobre dicha vivienda, propiedad privativa de su ex esposo, para ser utilizada por su segundo marido, «utilizando solamente dicho título de ocupación a los fines que fueron concedidos en la sentencia firme de este divorcio, es decir para vivienda de ella y los hijos del matrimonio». Tal resolución fue impugnada por la esposa resolviendo el tribunal que, tras analizarse la naturaleza y contenido del derecho de uso que contempla el citado artículo 96, las únicas autorizadas para tal ocupación de la vivienda eran las hijas y la madre, no terceras personas, ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que estas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente, valorándose al efecto, de modo especial, que dicho bien era de carácter privativo del esposo. Existe pues una obligación negativa que ha sido incumplida por la esposa, por lo que se decreta la obligación de ésta de indemnizar a quien fue su primer marido, dueño de la vivienda familiar, los daños y perjuicios causados:

«Es cierto que en el caso no podía actuarse contra el actual esposo de la señora P., por vía de lanzamiento, al ser un tercero ajeno al proceso matrimonial, pero ello no excluía la exoneración de toda responsabilidad civil de quien, conforme a lo antedicho, venía obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno originario constituido por aquélla y las hijas comunes; en definitiva se le imponía una obligación negativa, esto es de no hacer, cuya posible transgresión encuentra su correctivo jurídico-procesal en el artículo 925 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El mismo, por pura lógica, no puede abocar al cumplimiento específico de la obligación quebrantada, pero ello no implica el que la misma quede en un pronunciamiento judicial vacío de cualquier contenido ejecutivo, que haga inútil toda la actividad hasta entonces desplegada en el curso del procedimiento; y en efecto, el citado artículo previene que en tales supuestos quien “quebrantare la sentencia se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios, los que se indemnizarán al que hubiera obtenido la ejecutoria en la forma expresada en el artículo que antecede”».

La sentencia citada compensa las consecuencias que la rígida interpretación del artículo 96 CC tiene para el cónyuge titular. No consigue la posesión de la vivienda, pero sí una indemnización. En cualquier caso, la solución no deja de ser un «parche para solucionar

⁵⁹ <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015010007014001/1263544586696esES.html> (consultado el 10 de febrero de 2014)

un problema que debe recibir respuesta por parte del legislador».

A mi juicio, la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego en materia de vivienda familiar es que el cónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda familiar compense económicamente al que se ve privado del derecho a ocupar una vivienda que es total o parcialmente suya. Sólo en supuestos de incapacidad económica del cónyuge usuario el juez debería exonerarle de pagar tal compensación que puede traducirse en el pago de una renta (como sucede en Valencia) o que tal uso sea valorado, en caso de que rigiera la sociedad de gananciales, en su liquidación como activo que se adjudica a uno de los cónyuges.

El «gratis total» actualmente existente genera situaciones conflictivas entre los progenitores que son las que realmente perjudican al menor y convierte la pelea por el uso de la vivienda (y en ocasiones de la custodia de los menores al que va vinculado) en el centro de los pleitos matrimoniales. De esta forma, si el progenitor custodio rehace su vida (algo a lo que también tiene derecho) conviviendo maritalmente con un tercero en la vivienda, al menos el propietario habrá recibido alguna compensación económica. Lo que, a mi juicio, no es admisible es que al amparo de una norma (art. 96 CC) que pretende proteger a los menores, puedan terceros enriquecerse a costa del propietario de la vivienda, solo por haber iniciado una relación con una persona separada o divorciada que tenga la custodia de sus hijos. Si se genera una nueva unidad familiar, o bien se procede a una desafectación de la vivienda familiar o se compensa económicamente al propietario.

BIBLIOGRAFÍA:

ACHÓN BRUÑEN, M.J., «La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2006.

ALGARRA PRATS, «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16, 2002.

BEAUCHARD, *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce*, JCP N, 1982, p. 63, núm. 38 y ss.

CABEZUELO ARENAS, L, «Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero. Comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, núm. 21.

CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.

CORDERO CUTILLAS, I., «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven», *Actualidad Civil*, marzo 2013, núm. 3.

CORTADA I COTIJO, N., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial», CCJC, abril-septiembre, núm. 56, 2001, pp. 609 y ss.

COUTANT-LAPALUS, CH., «Le sort du logement de la famille en cas de séparation du couple», *AJ Famille*, 2008.

CUENA CASAS, M., *Divorcio y pago de hipoteca*, <http://www.lexfamily.es/revistaportada.php?codigo=948>

CUENA CASAS, M., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Tratado de Derecho de la familia (t. III), coord. por Yzquierdo Tolsada, M y Cuenca Casas, M, Thomson-Aranzadi, 2011, pp. 275 y ss.

CUENA CASAS, M., *Uso de la vivienda familiar y convivencia extramatrimonial con un tercero*. <http://hayderecho.com/2014/01/09/uso-de-la-vivienda-familiar-y-convivencia-extramatrimonial-con-un-tercero/>

ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Cizur Menor, 1996.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986.

GARCÍA CANTERO, G, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, M., t. II, Madrid, 1982.

GARE, Th., *Droit du logement, droit au logement et stratégies familiales*, dirigido por J. RUBELLIN DEVICHI, Presses universitaires de Lyon, 1988.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro», en RCDI, núm. 710, 2008, pp. 2518-2524.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M, «La oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar», RCDI, núm. 737, 2013.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», *Aranzadi Civil*, 1994, núm. 1. BIB 1994/73.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *Aranzadi Civil*, 1999, núm. 17, pp. 65 y ss. BIB, 1998/1193.

LÓPEZ-BREA, «El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial», en *El derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 2010.

LÓPEZ FRÍAS, A., «El derecho de uso ex art. 96 CC ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», RCDI núm. 729, 2012, pp. 111 a 136.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p.1, 2 y 3 CC)*, Cizur Menor, 2005, pp. 225 y ss.

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., «Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad del matrimonio», en *Libro Homenaje al Prof. Albaladejo*, coordinado por González Porras, J.M. y Méndez González, P., t. II, Murcia, 2004.

MONDEJAR PEÑA, M.I., «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 18, 2002-1, pp. 440 y ss.

MURCIA QUINTANA, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-I.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, R., «Familia post-divorcio. Funciones parentales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, t. X, Derecho de familia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

DE LA PUENTE ALFARO, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», RCDI núm. 698, 2006.

RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, p. 113.

RIBERA BLANES, B., *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROCA I TRIAS, E., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol I, Madrid, 1984.

SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2001.

TAMAYO CARMONA, J.A., *¿Patrimonialización del derecho de uso sobre la vivienda familiar?*, 2011 <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar>.

VALLADARES, E., *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, Madrid, 1982.

VELÁZQUEZ MARTÍN, M.A., «Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído», AC, p. 350.

VERDERA IZQUIERDO, B., «Incidencia de la modificación de medidas de la convivencia de un tercero en la vivienda familiar», *Libro homenaje al Prof. Rams Albesa*, coordinado por Cuenca Casas, M., Anguita Villanueva, L. y Ortega Domenech, J., Madrid, 2012.

Fecha de recepción: 23-3-2014

Fecha de aceptación: 30-3-2014