

La atribución del uso de la vivienda conyugal en los casos de crisis matrimoniales y sus efectos frente a terceros

<http://www.iuriscivilis.com>

I.- Introducción

El régimen jurídico de la vivienda familiar en una situación de crisis matrimonial se recoge en los **arts. 90, 91, 96 y 103 del Código Civil**.

En este último precepto, se recoge como medida provisional mientras se sustancia el correspondiente procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

En los restantes artículos mencionados, se recoge como medida definitiva, una vez firmes las sentencias que ponen fin a dichos procedimientos.

Asimismo es compatible la atribución de este derecho como medida provisionalísima del **art. 104 del CC**.

El **artículo 103 del CC**, ha sido redactado por la Ley de 7 de julio de 1981, a excepción del apartado 1, redactado según la **Ley 42/2003, de 21 de noviembre**, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

El citado precepto no constituye, en cuanto a su finalidad, una novedad y tiene su precedente en el **art. 68 del CC**, cuya redacción originaria ha sido sucesivamente modificada por las Leyes de 24 de abril de 1958 y 2 de mayo de 1975.

La finalidad del precepto es atender y resolver distintas cuestiones a las que es preciso dar solución mientras dura el juicio a que aboca la situación de crisis matrimonial.

Por lo que respecta a **la vivienda familiar y a su utilización** en ese período de tiempo, el art. 103.2º del CC establece que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez determinará, "teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección", cuál de ellos ha de continuar en el uso de la misma. Prevé, pues, la atribución del uso de la vivienda familiar en exclusiva a uno de los cónyuges, si bien, en cualquier caso, esta atribución tiene carácter provisional. Dura lo que el juicio y termina con él (**art. 106 del CC**).

Los arts. 90, 91 y 96 del CC, en cambio, suponen una innovación introducida por la Ley 30/1981, carente de antecedentes en la legislación anterior y constituyen una de las aportaciones más significativas de dicha Ley al régimen jurídico de la vivienda familiar configurado por el Código Civil.

En efecto, a través de la regulación contenida en esos artículos se pone de relieve que dicho régimen trasciende a la existencia misma de la relación conyugal que lo origina: las disposiciones que lo integran se independizan de esa relación y se aplican igualmente una vez disuelta, anulada o suspendida.

En este sentido, uno de los efectos propios de estas crisis matrimoniales **es la atribución del uso de la vivienda conyugal a uno de los cónyuges, cuando no es titular de la misma**.

Así **el art. 96 del CC** prevé que: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella **corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden**.

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

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

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

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan clara, como a priori pudiera parecer, en especial por la necesidad que ha tenido la jurisprudencia del TS de interpretar el contenido de este precepto y determinar su posición sobre su naturaleza jurídica y sobre todo en lo relativo a los posibles efectos, en los casos de actos de disposición de la vivienda conyugal, frente a terceros, del otorgamiento de este derecho de uso a uno de los cónyuges.

Por ello, el objeto de este artículo se enfocará a la realización de un análisis jurídico de la atribución del derecho de uso de la vivienda conyugal en los supuestos del advenimiento de crisis matrimoniales, acorde con un dispar tratamiento por la multiplicidad del caso concreto y los criterios que vienen aplicando nuestros tribunales en la jurisprudencia más reciente.

II.-El concepto de domicilio conyugal

Como paso previo a desarrollar la materia en cuestión, resultará tremendamente necesario determinar el concepto de domicilio familiar y/o conyugal y comprender la debida protección que el ordenamiento jurídico le garantiza.

La expresión «domicilio conyugal» se introduce en el C.c. con la Ley 30/1981, de 7 de julio ', aun cuando la idea que encierra esa expresión no fuera desconocida por dicho cuerpo legal, que aludía a ella en diversos preceptos.

De acuerdo con la caracterización general que del domicilio ofrece el **art. 40 C.c.**, el domicilio conyugal puede configurarse como el lugar donde se localiza "el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles" de que ambos cónyuges son titulares.

De este domicilio, el **art. 70 C.c.** predica un criterio de fijación específico: su determinación a través del "común acuerdo" de los cónyuges.

Atendiendo a su consideración como lugar de "ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones", el domicilio conyugal determina el mismo en un doble sentido: frente a terceros y entre los cónyuges.

Respecto de terceros, el domicilio conyugal desarrolla una función de localización de ambos consortes, unificando el domicilio individual de cada uno de ellos en una sede común; entre los cónyuges, el domicilio conyugal se configura como lugar donde se desenvuelve o debiera desenvolverse la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro.

En este sentido, pues, el domicilio conyugal desempeña una doble función, susceptible de ser diferenciada y que caracteriza su consideración como domicilio: como lugar de localización de la persona, referido a cada uno de los cónyuges, y como lugar de localización de la relación jurídica existente entre ellos.

III.- La atribución del uso de la vivienda conyugal

Proteger la vivienda familiar es proteger a la familia, ya que esta vivienda es un patrimonio preferente al servicio de la familia.

La vivienda familiar es un bien familiar, porque es la familia la que tiene el uso, el disfrute y la atribución de esa vivienda. Hasta aquí no hay problema y todos estamos de acuerdo.

La problemática se presenta cuando, en casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, se tiene que "decidir" quién de los ex-cónyuges se queda con la vivienda familiar (llámese casa, chalet o piso).

Todo ordenamiento jurídico debe proteger la vivienda familiar, tanto en la situación estable del matrimonio como en una situación de crisis o fracaso matrimonial.

Es cierto que las sentencias de separación, divorcio o nulidad matrimonial las dictan los Jueces, pero también es cierto que son los mismos cónyuges los que pueden decidir conjuntamente todas las medidas provisionales como, por ejemplo, quién y cómo se queda con el uso y atribución de lo que era el domicilio conyugal **art. 90, literal c del Código Civil**), **puesto que si ya están divorciados o separados no tendría sentido seguirlo llamando domicilio conyugal.**

Cuando el divorcio o la separación es de mutuo acuerdo, pueden pactarse todas las medidas previas mediante el convenio regulador; y si no es de mutuo acuerdo, el medio más idóneo para solucionar los conflictos familiares, sería el de la mediación familiar o el de la negociación, para lo cual los Abogados de familia podemos desempeñar un papel fundamental, ayudando a que temas tan importantes como son el acuerdo sobre la vivienda familiar, la pensión de alimentos, la guarda y custodia compartida o el régimen de visitas de los padres, la visita de los abuelos, etc... sean decididos de común acuerdo por las partes implicadas.

Es también una manera de ayudar a "descargar" a los Jueces de todas estas cuestiones inherentes a la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Lo que no decida la pareja entre sí, lo tendrá que decidir el Juez (**art. 103.2 del Código Civil**), con las consecuentes desavenencias entre las partes.

Los arts. 90 a 101 del CC se ocupan de regular los efectos comunes de la nulidad, separación y el divorcio.

Se tratan tanto los efectos de naturaleza personal (guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas de los mismos...), cómo los de naturaleza económica o patrimonial (alimentos, liquidación del régimen económico del matrimonio, pensión compensatoria, atribución del uso de la vivienda familiar). Estos efectos quedarían englobados en **el derecho económico post-matrimonial**.

Como ya hemos señalado, en los momentos de crisis matrimoniales, desaparecida la obligación de vivir juntos entre los cónyuges (**art. 68 del CC**) que regía durante la vida normal del matrimonio, la cuestión a solucionar en la práctica es la de **cuál de los cónyuges seguirá ocupando la vivienda familiar**.

Aunque la atribución del uso de la vivienda familiar se hace en la sentencia o en la ejecución de la misma (medidas definitivas), ello no implica que también se haga en las medidas provisionales (**art. 103 del CC**) y en las llamadas previas o provisionalísimas (**art. 104 del CC**) que durarán hasta que sean sustituidas por las definitivas (**art. 771 y ss LEC**).

En principio, podría pensarse que el uso de la vivienda familiar sería del cónyuge titular, sin embargo **el legislador ha entendido que el no titular también ha de poder optar a seguir residiendo en la misma**.

Esto es así, porque sobre la vivienda familiar priman los intereses familiares sobre los particulares de cada cónyuge, pues como consecuencia del matrimonio, el cónyuge no titular configuró unas expectativas sobre la vivienda donde además ambos cónyuges de común acuerdo fijaron el domicilio conyugal.

En esta línea se ha llegado a decir por la doctrina que lo pretendido por el legislador no es tanto la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, pues ya la tenía, como **la privación del derecho al otro**.

La reforma de la Ley 30/1981 otorga protagonismo al principio de autonomía de la voluntad. De manera que serán los cónyuges los que decidan sobre el uso de la vivienda familiar en el convenio regulador que será aprobado por el juez, salvo que fuera dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los esposos (**art. 90**).

Si los cónyuges no llegan a un acuerdo el juez decidirá conforme a los criterios contenidos en el **art. 96**, entre los cuales se reconoce el derecho de atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Así el citado **art. 96 del CC** señala que:

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

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

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

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

La vivienda familiar se configura como un **patrimonio al servicio de la familia como colectividad**, es decir, como una especie de propiedad familiar que trasciende a los propios cónyuges, aunque sea un bien privativo de uno de ellos.

La protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso.

En los casos de nulidad, separación o divorcio de los esposos, la cuestión a determinar será a cual de los cónyuges le será atribuido el uso, quien será reconocido como titular de un derecho de uso que tiene una naturaleza especial. **Nos encontramos ante un derecho de uso temporal.** Es un derecho personalísimo, no puede enajenarse ni transmitirse por ningún título.

La protección atiende al interés más digno de protección, **concediendo facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo y a pesar de la renuncia por el no titular.**

Con independencia de que sea o no un derecho real, lo cierto es que en todo caso **constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario**, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro.

Así mismo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado admite que **el derecho de uso es inscribible con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, constituyendo una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario no usuario con oponibilidad a terceros.**

Esta inscripción podría hacerse, sino sobre la base de una configuración de derecho real, por la vía de una prohibición de disponer.

El TS en Sentencia de 14 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7919) define el derecho de uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, sino como un "ius ad rem", con accesibilidad al Registro de la Propiedad.

El mismo Tribunal matiza en la misma sentencia que lo que no puede impedirse es su realización ejecutiva (embargo, subasta, etc.), para dar satisfacción a créditos exigibles; e, incluso, debe advertirse, en aras a la protección de la buena fe del tercer hipotecario que, la falta de enjuiciado por la STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713) para la cual, el derecho de uso que sobre la vivienda tenía la esposa del deudor hipotecario atribuido en la sentencia de separación, inoponible frente al adjudicatario de una vivienda hipotecada que actuó de buena fe.

Dicho de otro modo, si el derecho de uso no hubiera tenido acceso al Registro solo sería oponible al tercero cuando éste hubiese conocido de otro modo la existencia de la atribución del uso al no titular.

Es opinión dominante que la atribución de este derecho requiere que uno o ambos esposos fueran titulares de un derecho (propiedad, arrendamiento, usufructo, etc) que les facultara el uso o goce de la vivienda familiar, pues si esta se disfrutaba sin título (precario), como se tratará más adelante, difícilmente la atribución del uso será defendible frente al tercero titular que podrá ejercitar las acciones que correspondan.

El juez en la atribución del uso debe decidir lo que sea más conveniente para el interés de los hijos o del cónyuge más necesitado de protección.

Por ello, la renuncia a este derecho de uso por el cónyuge no titular o la falta de petición o el acuerdo de los cónyuges no será obstáculo para que el juez la atribuya.

Este criterio operativo de atribución tampoco debe quedar anulado por la legislación que lo contradiga, por ejemplo, la normativa sobre el derecho de uso y adquisición de las viviendas militares.

Cuando la **atribución del uso se asigne al cónyuge no titular su duración será limitada**, haya sido o no definida en la sentencia, lo cierto es que esta medida podrá ser modificada o extinguida convencional o judicialmente, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron la atribución (**arts. 90. 3 y 91 del CC**).

En definitiva, **la duración de este derecho de uso va a depender del motivo de atribución**, así cuando el criterio no haya sido la existencia de hijos (art. 96.1 del CC), la duración será "prudencial", es decir deberá mantenerse durante un periodo de tiempo razonable que permita al cónyuge no titular dejar de ostentar el interés más necesitado de protección, no faltan pronunciamientos para los que la duración sería la imprescindible para corregir el desequilibrio.

Así mismo, aún reconociéndose que la limitación temporal del uso es la regla general, ha sido dicho que "no es obligado fijar un término en casos en que la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera".

Resulta a este respecto significativa la RDGRN de 20 febrero de 2004, según la cual, para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso reconocido en la sentencia de separación no es necesario señalar plazo de duración, porque tal derecho de uso siempre tendrá un plazo máximo, la vida del cónyuge a quien se atribuye.

Sin embargo, sin llegar a tales extremos, la solución más adecuada debería modular la duración del derecho con la efectiva necesidad de vivienda del cónyuge beneficiario del uso y la acreditada utilización de la misma.

Por ello es razonable admitir la modificación de medidas y la atribución de la vivienda familiar al cónyuge titular por falta de ocupación de la casa por el cónyuge beneficiario durante un periodo de tiempo y sin causa justificada, aún en el caso de existencia de hijos bajo su guarda.

Así mismo, cabe decir que el abuso o falta de cuidado en el uso de la vivienda provocaría también la modificación de la medida y cesación en el uso atribuido.

A diferencia de lo previsto para la pensión compensatoria (**art. 101 del CC**) **la Ley no contempla como causa de extinción del derecho la circunstancia de que el cónyuge beneficiario viva maritalmente con otra persona, a no ser que se entienda reconocida en la "alteración sustancial de las circunstancias" que motivan la modificación de la medida, situación que no sería considerada cuando el interés tenido en cuenta en la atribución del uso hubiera sido el de los hijos.**

A salvo que la situación de convivencia con tercero determinase la pérdida de la guarda y custodia y en consecuencia la extinción del derecho de uso.

IV.- Naturaleza Jurídica del derecho de uso.

La polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la atribución de uso de la vivienda familiar establecida por el **art. 96 del Código Civil** ha dividido a los autores más avezados en esta materia.

La jurisprudencia del tribunal Supremo ha sido contradictoria: por una parte, la sentencia de 21 de mayo de 1990 en un litigio en el que un condómino solicitaba el desalojo (no por vía de precario, rechazada unánimemente por los Tribunales, como más adelante se explicará, sino por la vía del declarativo ordinario) de la esposa separada y la prole de otro condueño que antes de la separación ocupaba el piso con su familia, declara que «sobre las cosas comunes no puede realizar un comunero un acto que perjudique a la comunidad ni puede impedir a los partícipes que usen de su derecho», por lo que «sólo mientras subsistiera la tolerancia podría seguirse».

Por otro lado, la sentencia de 2 de diciembre de 1992 rechazó, en una acción reivindicatoria por parte de los ex-suegros con el fin de conseguir el desalojo de la ex-esposa beneficiaria, el cese en el disfrute de la vivienda, desalojo y reintegro posesorio, porque se considera acreditada la existencia de un comodato sin plazo, sin que se haya justificado ni alegado siquiera la necesidad urgente de los dueños para recuperar el piso, y por imperativo además del artículo 7.1 del Código Civil.

Sin embargo, a partir de la STS de 22 de abril de 1994, el alto Tribunal parece inclinarse definitivamente, por su inclusión dentro de los derechos reales oponibles *erga omnes* e inscribibles en el Registro de la Propiedad, siguiendo el criterio de O' Callaghan, aunque configurado como atípico y calificado como familiar.

De esta forma, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al uso de la vivienda familiar y a su oponibilidad a terceros, la doctrina consolidada en dicha sentencia establece en cuanto declara que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros, (en igual sentido las STS 18 de octubre de 1994, de 6 de junio y 27 de noviembre de 2007, entre otras).

No obstante, la Resolución de 14 de mayo de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, no sigue la tesis jurisprudencial:

«El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar.

Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

En consecuencia, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho» (Fundamento de Derecho Segundo).

Ahora bien, la STS de 2 de octubre de 2008 fija como doctrina que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial (vid STS de 26 de diciembre de 2005).

Bibliografía

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU, La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español, Barcelona, 1992.

PILAR DOMINGUEZ MARTÍNEZ. [Definición y atribución del domicilio familiar](#). Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Nota sobre la elaboración de este artículo. La confección de este artículo se ha basado en la transcripción de una parte del trabajo realizado por Pilar Domínguez Martínez, a quién le corresponde su autoría.