ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA / EDICIÓN SEMESTRAL / AGOSTO 2023 / VALENCIA-ESPAÑA

Publicación de circulación Internacional
Actualidad Jurídica Iberoamericana
https://www.revista-aji.com

Editan:
Instituto de Derecho Iberoamericano.
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
web: www.idibe.org

Tirant lo Blanch.
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).
Telf. +34 963 61 00 48.
Correo electrónico: tlb@tirant.com
web: www.tirant.com

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: SCOPUS (Q3), CIRC ("B"), ANVUR (clase "A"), RRDe (Q1), IDR (C2), LATINDEX y MIAR.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea, Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB) y Ores Scientific Plattaform.

Impreso en España
Diagramación: Elias On - elias.on@live.com

SUMARIO

19

VIVIENDA Y FAMILIA EN EL SIGLO XXI

Proyecto "Red temática vivienda y familia en el siglo XXI", REDVIFAM, Programa Acciones de dinamización y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, subprograma estatal de generación de conocimiento, en el marco del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación, 2017-2020, ref.: RED2018-102339-T, convocatoria 2018.

Directoras: María Dolores Cervilla e Isabel Zurita Martín.
Coordinadores: Covadonga López Suárez y Alejandro Nieto Cruz.

PRESENTACIÓN

María Dolores Cervilla e Isabel Zurita Martín.

DOCTRINA

01/ Más que un inmueble: la "domus" en la sociedad y el Derecho Romano. María José Bravo Bosch (España) 16

02/ El juicio de desahucio de ocupas. Soluciones procesales al lanzamiento. Federico Adan Doménech (España) 48

03/ La adquisición de la vivienda familiar en el régimen de gananciales. M.ª Amalia Blandino Garrido (España) 70

04/ El artículo 96 del Código civil en el punto de mira. María Dolores Cervilla Garzón (España) 104

05/ Exigencias de las entidades de crédito en la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual. Francisco José Climent Diranzo (España) 142

06/ Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación. Araceli Donado Vara (España) 160

07/ La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja: análisis legal y jurisprudencial del art. 96.1 CC y propuestas de "lege ferenda". Pilar María Estellés Peralta (España) 200

08/ Ejecución hipotecaria y ordinaria de la vivienda habitual como subespecie del proceso de ejecución inmobiliaria general. María Luisa Fernández Núñez (España) 260

09/ Parejas de hecho y arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de arrendamientos urbanos de 1994. Ignacio Gallego Domínguez (España)....284

10/ Los límites impuestos a las facultades de uso y disfrute de los propietarios para luchar contra la escasez de vivienda disponible en alquiler en España. Antonio Gálvez Criado (España) 334

11/ Cuestiones civiles y registrales de actualidad en relación a la vivienda habitual familiar. Francisco Javier Gómez Gálligo (España) 384

12/ Algunas cuestiones sobre el régimen de la vivienda familiar en arrendamiento. Francisco Javier Jiménez Muñoz (España) ... 414

13/ Percepción de cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de vivienda en el Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda, una oportunidad perdida. Rocío López San Luis (España) 446

14/ La subrogación arrendaticia "inter vivos" como medida de protección de la familia. Covadonga López Suárez (España)..... 476

15/ Una década de reformas en el régimen arrendaticio de vivienda. Especial referencia a la reforma operada por la ley por el derecho a la vivienda. Isabel L. Martens Jiménez (España) 506

16/ Alcance de la protección que ofrece el artículo 1320 del Código Civil a la vivienda familiar. Angustias Martos Calabrús (España) 558

17/ Protección de la propiedad y el crédito entre la ponderación de intereses y la razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lorenzo Mezzasoma (Italia).....580

18/ La sucesión *mortis causa* de la vivienda familiar y fallecimiento de uno de los cónyuges o unidos de hecho. Carmen Mingorance Gosálvez (España).....600

19/ La redefinición del derecho de propiedad sobre la vivienda en la era de los bienes comunes. A propósito de la ley 12/2023 del derecho a la vivienda. M.ª Belén Sainz-Cantero Caparrós (España) 630

20/ El derecho de hipoteca y la vivienda familiar tras La ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Esther Mª Salmerón-Manzano (España).....664

21/ Vivienda familiar: el derecho de uso, su inscripción registral y supuestos especiales de extinción. Encarnación Sandoval Caro (España).....692

RECENSIÓNES

22/ De las Heras García, M. A.: La cautela sociniana frente a la legítima, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 272 pp. José Ramón de Verda y Beamonte..... 716

23/ Galicia Aizpurúa, G. (dir.) y Castellanos Cámara, S. (coord.): Asimetrías en el sistema español de garantías reales, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021. José Ramón de Verda y Beamonte 720

24/ García Mayo, M.: Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial, Bosch (La Ley), 2023. José Ramón de Verda y Beamonte 735

25/ Leciñena Ibarra, Ascensión (dir.): Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad, Editorial Aranzadi, Pamplona, noviembre, 2022. Enrique Varsi Rospigliosi 739

26/ Meco Tébar, F. (coord.): Comentarios a la Ley Valenciana de Infancia y Adolescencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. José Ramón de Verda y Beamonte 744

27/ Pizarro Moreno, E.: El Derecho comparado como valor en alza; a propósito de las Instituciones de Derecho Comparado, público y privado, Dykinson, Madrid, 2020. Irene Nuviala Lapieza 748

28/ Ramón Fernández, F.: Medidas en el ámbito jurídico para el acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023. José Ramón de Verda y Beamonte 754

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Enrico Al Mureden
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università di Bologna, Italia

Dr. Marco Angelone
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Vicenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Cesare Massimo Bianca (†)
Professore Emerito di Diritto Privato, LUMSA, Roma, Italia

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático Emértito de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina
Dr. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dra. Gisela María Pérez Fuentes
Catedrática de Derecho Civil, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosenvald
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dr. Dario Scarpa
Professore Associato di Diritto Privato, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Antonella Tartaglia Polcini
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Sannio, Italia

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Filippo Viglione
Professore Ordinario di Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Professore Associato di Diritto dell'Economia, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dra. Margarita Castilla Barea
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Pilar Estellés Peralta
Profesor Agregado de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia
"San Vicente Mártir", España

Dr. Riccardo Mazzariol
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente: Dr. Gonzalo Muñoz Rodrigo
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Belén Andrés Segovia
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universitat Jaume I, España

D. Francesco Angeli
Assegnista di ricerca, Università degli studi di Perugia, Italia

Dr. Adrián Arrebola Blanco
Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Doctora, Universidad Complutense de Madrid, España

D. Álvaro Bueno Biot
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Borja del Campo Álvarez
Profesor Sustituto de Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España

Dra. Ana Isabel Blanco García
Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Andrea Casanova Asencio
Investigadora Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España.

Dr. Giovanni Cina
Inverstigador postdoctoral de Diritto Comparato, Universidad de Padua, Italia

Dr. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Dra. Elena de Luis García
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Massimo Foglia
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Bérgamo, Italia

Dr. Giuseppe Garofalo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Manuel García Mayo
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla, España

Dr. Carlos Gómez Asensio
Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Manuel Ángel Gómez Valenzuela
Profesor Sustituto Interino de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Contratado Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

Dr. Francesco La Fata
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad de Florencia, Italia

D. Marco Li Pomi
Assegnista di Ricerca, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

Dña. Covadonga López Suárez
Investigadora Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Herrero Medina
Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Romano e Historia del Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Andrés Marín Salmerón
Investigador Postdoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

D. Mario Neupavert Alzola
Investigador Predoctoral del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, España

Dr. Javier Martínez Calvo
Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Manuel Ortiz Fernández
Profesor Ayudante de Derecho Civil, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

D. Jesús Palomares Bravo
Investigador Predoctoral en Departamento de Derecho Civil, Universidad de Málaga, España

Dra. Carla Pernice
Ricercatore di Diritto dell'Economia, Universidad Luigi Vanvitelli, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Monica Pucci
Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Perugia, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Florencia, Italia.

D. Juan Carlos Rocha Valle
Notario y Defensor Público en el área del Derecho Civil, Nicaragua

Dr. Valerio Rotondo
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de Molise, Italia

Dra. Romina Santillán Santa Cruz
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Contrado Doctor de Derecho del Trabajo,Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Daniel Vicente Martínez
Profesor Contratado en el Área de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional de Valencia, España

Dr. Calogero Valenza
Assegnista di Ricerca, Uiversidad de Palermo, Italia

Dra. Sara Zubero Quintanilla
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil, Universidad Complutense de Madrid, España

PRESENTACIÓN

El hecho de presentar este número monográfico de Actualidad Jurídica Iberoamericana, que bajo el título "Actualidad jurídica en torno a la vivienda familiar" se dedica a los últimos resultados de la investigación llevada a cabo en el seno de Red Temática REDVIFAM, "VIVIENDA Y FAMILIA EN EL SIGLO XXI", financiada por el Ministerio de Ciencia dentro del plan estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación, suscita en nosotras sentimientos contradictorios. Por un lado, la satisfacción y el orgullo de haber liderado un grupo de excelentes investigadores de los que tanto hemos aprendido y que, bajo el paraguas de REDVIFAM, han consolidado lazos académicos y personales y compartido experiencias científicas y de trabajo en las universidades (Madrid, Cádiz, Almería y Málaga) que nos han acogido para celebrar las jornadas, congresos, seminarios y reuniones organizadas y previstas en la memoria de la Red. Por otro, la tristeza de no poder dar continuidad, por carecer de financiación al haber finalizado el proyecto en diciembre 2022, a las actividades que este potente grupo humano ha realizado durante los tres años de vigencia, con frutos y productos relevantes en cantidad y calidad.

La pandemia, sin bien desaceleró el ímpetu con el que comenzamos en la primera reunión en Jerez en febrero 2019 (un mes antes de que el COVID nos impidiera el contacto humano), no fue capaz de frenar, ni mucho menos eliminar, la ilusión con la que el grupo inició su andadura. Tras el paréntesis del confinamiento, el proyecto se reanudó y podemos afirmar que se ha cumplido, en su integridad, el plan de trabajo y las actividades diseñadas en la memoria. Asimismo, las interacciones realizadas, ha dado como fruto tres obras colectivas (*Vivienda y colectivos vulnerables,* Aranzadi, 2021, *La vivienda en las crisis familiares, Tiran lo Blanch, 2021 y La vivienda familiar ante los retos de la crisis,* Dykinson, 2022) y, como broche de oro, este número titulado *Problemas actuales en torno a la vivienda familiar.*

Los veinte trabajos de distinta índole que se incluyen en esta obra componen, como un prisma, una visión completa sobre los conflictos jurídicos que se generan en torno a la vivienda que se edifica bajo el eje vertebrador de la actualidad; pues hemos orillado otros planteamientos que, si bien interesantes, carecían de ese dato innovador. Con una excepción, el artículo "Más que un inmueble: La domus en la sociedad y el Derecho romano", que tiene su causa en de la conferencia de clausura impartida por la Dra. Bravo Bosch en el congreso celebrado en Almería (noviembre 2022) organizado por el grupo de REDVIFAM de la Universidad de Almería que lideró Belén Sainz Cantero, CU de Derecho Civil, con el Colegio de Registradores de Andalucía Oriental. Dicha conferencia despertó tanto interés y

debate entre los asistentes, que decidimos incorporarla a esta obra colectiva, con la intención de partir del principio: el Derecho romano; pues nuevos problemas, en algunos casos, tienen su origen en otros que no lo son tantos. Quizás porque la Historia se repite, ya que el ser humano, en esencia ha variado poco, y sus relaciones familiares se siguen edificando en sentimientos semejantes y que no caducan por el transcurso del tiempo.

Tras este primer trabajo, pórtico de otros muchos ya referidos al momento presente, se desgranan, siguiendo el orden alfabético, el resto de las aportaciones. En ellas el lector encontrará respuesta a diferentes problemáticas jurídicas protagonizadas por la tensión entre intereses contrapuestos proyectados sobre el preciado bien de la vivienda. Artículos de investigación aplicada que miran a la sociedad y que han sido realizados, en su mayoría, por profesores de universidad que demuestran poseer una especial sensibilidad a los problemas sociales, buscando ofrecer a los aplicadores del Derecho reglas útiles orientadas a su solución.

Aunque minoritaria, quisiéramos destacar la participación de juristas profesionales que, si bien no pertenecen a la Academia, son cercanos a ella y nos brindan la oportunidad de disfrutar del análisis desde una perspectiva más práctica.

Vaya por delante nuestro agradecer a los profesores De Verda y Chaparro por su confianza en el proyecto y la oportunidad de publicar los últimos trabajos llevados a cabo en REDVIFAM en esta prestigiosa Revista.

Nuestras últimas líneas como "lideresas" de REDVIFAM van dirigidas a sus miembros, el sustrato humano que la ha hecho posible. Como dijimos en la primera reunión en Jerez con los investigadores principales de cada uno de los nueve equipos que formaron la Red, estáis con nosotras, no porque seáis buenos (que lo sois, sin duda "los mejores"), sino porque sois nuestros amigos. Hoy más amigos que entonces, tras tres años de trabajo y experiencias académicas y personales compartidas. Como consecuencia de los equipos que cada uno de ellos conformó, hemos incorporado a nuestro acervo académico a otros muchos compañeros con los que, hasta entonces, no habíamos trabajado. Hemos crecido juntos y seguiremos construyendo UNIVERSIDAD en el futuro. Todo lo vivido ya forma parte de nuestra identidad de persona y de profesora de universidad por lo que quedará con nosotras para siempre.

María Dolores Cervilla e Isabel Zurita

DOCTRINA

MÁS QUE UN INMUEBLE: LA "DOMUS" EN LA SOCIEDAD Y EL DERECHO ROMANO

MORE THAN A PROPERTY: THE "DOMUS" IN SOCIETY AND ROMAN LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 16-47

María José
BRAVO BOSCH

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: La "domus", en la antigua Roma, no era solo un espacio físico sino el hogar formado por los miembros de un grupo familiar sometido a la potestad del mismo paterfamilias. La vivienda, por lo tanto, era considerada por el derecho romano como un símbolo que debía protegerse, y en la que además debía residir la mayor parte del tiempo la mujer si quería ser considerada virtuosa y ejemplar. Con el paso del tiempo, surgió un nuevo modelo residencial, la "insula", edificación vertical de condiciones habitualmente deplorables, si bien con algunas excepciones. La regulación jurídica de estas construcciones intentó frenar la especulación, pero las medidas preventivas fueron insuficientes para evitar los conflictos en el derecho inmobiliario.

PALABRAS CLAVE: Domus; insula; acciones populares; senadoconsulto Hosidiano; Volusiano; especulación inmobiliaria.

ABSTRACT: *The "domus", in ancient Rome, was not only a physical space but the home formed by the members of a family group under the authority of the same paterfamilias. The house, therefore, was considered by Roman law as a symbol that had to be protected, and in which the woman had to reside most of the time if she wanted to be considered virtuous and exemplary. With the passage of time, a new residential model emerged, the "insula", a vertical building in usually deplorable conditions, although with some exceptions. The legal regulation of these constructions tried to curb speculation, but preventive measures were insufficient to avoid conflicts in real estate law.*

KEY WORDS: *Domus; insula; popular actions; senate consult Hosidiano; Volusiano; real estate speculation.*

SUMARIO.- I. DOMUS.- II. "INSULA".- III. CONCLUSIONES.

La palabra "Domus", identificada habitualmente con la casa, como espacio físico que los romanos distinguían como su vivienda, en mejores o peores condiciones, como veremos a continuación, no goza del criterio unívoco de la doctrina en cuanto a su significado, ya que algunos autores sugieren la ampliación semántica de este famoso término, declarando también como domus la unión de un grupo emparentado, que incluye la familia, los esclavos, los agnados, los cognados, los antepasados e incluso el patrimonio.

Esta utilización del término domus como casa física, pero también como hogar, conformado por los miembros de un grupo familiar sometido a la potestad de un mismo paterfamilias ha sido reivindicado ya desde hace tiempo por parte de la doctrina[1], en un intento de demostrar el uso común de la vivienda y del lugar en el que el dominus, el dueño, ejercía su control, basándose en pasajes en los que resulta difícil saber si pretendían uno u otro significado[2].

Hay, sin embargo, suficientes pasajes en los que domus puede simbolizar solo un elemento físico. Bien es cierto que los testimonios que tenemos a nuestra disposición son de épocas más tardías, pero puede servir como ejemplo el hecho de que durante e inmediatamente después de su exilio, Cicerón expresó repetidamente su preocupación por recuperar su domus, su vivienda particular. Es más, cuando menciona la decisión del Senado que ordena su reconstrucción, se refiere claramente a la estructura física y no al dominio doméstico, y existen muchos otros ejemplos claros como para permitirnos conceder mucha plausibilidad a la diferencia de matices de Ernout, al margen de que no pretendemos en este prestigioso foro que los matices filológicos constituyan el núcleo de nuestra intervención, sino solo esta pequeña alusión inicial, que sirve a los efectos de considerar un hogar como residencia física pero también como el hogar espiritual o el núcleo familiar unido en torno al mismo espacio físico cotidianamente compartido.

1 Ernout, A.-Millet, A.: *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine. Histoire des mots,* 3ª ed., Lib. C. Klincksieck, París, 1951, p. 326: "maison; de la *domi*, loc., 'chez soi, à la maison' par oppos. à *peregri*, *foris* et à *militiae*… *domus* désigne la maison en tant que symbole de la famille: *domus te nostra tota salutat* Cic., *Att.*4,13, et aussi 'l' école, la secte', apostando por el significado dual del término *domus*.

2 Ernout, A.: "Domus, fores et leurs substituts", en *RPh*, 1932, núm. 6, pp. 297-314, reimp. en *Philologica,* París, 1946, pp. 103-118, destacaba la utilización adverbial de *domus* como apoyo para la tesis del uso común del término en relación a la vivienda pero también al grupo familiar.

• María José Bravo Bosch
Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad de Vigo. Correo electrónico: bravobosch@uvigo.es

I. DOMUS.

La domus, en el sentido de espacio físico, es el que vamos a utilizar como referencia principal para poner de relieve la importancia de la vivienda en la sociedad y el derecho romano.

En un principio, la casa como morada independiente era el estilo de vivienda habitual, situada preferentemente en el campo[3], al margen de las mansiones imperiales que no se pueden comparar con el resto de viviendas de la ciudadanía romana.

En palabras de Marco Lucio Vitrubio Polión, reconocido arquitecto romano, en su obra "Los diez libros de arquitectura", en el libro sexto[4], la proporción de la antigua casa itálica debe seguir una serie de cánones para conseguir las medidas perfectas de una construcción, siempre compuesta por una parte esencial, el atrium, el conocido atrio. Circundado por las habitaciones que lo rodeaban, y frecuentemente con un pequeño jardín en su parte posterior, surgió posteriormente la necesidad de un peristylium, un peristilo, cuyo nombre nos indica el aposento masculino de una casa griega, ahora convertido en jardín caracterizado por pórticos con columnas, en el que se abrían estancias de diferente tamaño a cada lado.

La casa romana típica, en cierto modo de carácter señorial, no era el único modelo que había en la antigua Roma. Bien al contrario, la vivienda individual, o mejor dicho, el domicilio de una familia unida por el vínculo de poder y autoridad de un mismo paterfamilias, pronto fue sustituido por manzanas de casas de alquiler, las insulae, puesto que la economía urbana, en constante crecimiento, hacía necesario la importación de mano de obra del campo o de otros lugares,

3 Si bien el tener en propiedad una casa no resulta indefectiblemente unido con el concepto de arrendamiento rústico de terrenos, bien es cierto que los terratenientes, principales moradores de *domus*, eran los arrendadores que explotaban grandes fundos agrícolas directamente o por medio de representantes, ya en época imperial, como señala MENTXACA R.: *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986, pp. 34 ss.

4 Vitrubio, *Los diez Libros de Arquitectura*, trad. esp., Biblioteca Miguel de Cervantes, Alicante, 2014, prólogo libro sexto, p. 69: "Cuando observo que el prestigio de esta ciencia tan noble está en manos de personas carentes de los mínimos conocimientos, de inexpertos, e incluso de individuos que no tienen la más mínima idea ni de arquitectura ni de construcción, no puedo menos que elogiar a aquellos padres de familia que, alentados por la seriedad de su erudición, deciden construir por sí mismos; antes que confiar en personas inexpertas prefieren valerse por sí mismos, para gastar su dinero siguiendo su propia voluntad y no confiar en el capricho de personas ajenas. Nadie se atreve a hacer en su propia casa un trabajo de artesanía, como pueda ser de zapatero, de batanero o cualquier otra actividad que sea fácil de practicar, pero sí se atreven a ejercer de arquitectos, porque las personas que profesan la arquitectura se auto definen con toda facilidad como arquitectos, cuando en realidad ignoran este arte auténtico. Por todo ello, me he decidido a escribir, con todo el cuidado posible, un estudio completo de Arquitectura, con todas sus normas, en la convicción de que mi trabajo será positivamente reconocido por todos. Y ya que en el libro quinto he tratado sobre la situación más ventajosa de los edificios públicos, en éste iré explicando la teoría de los edificios privados. Y la simetría de sus proporciones".

que llegaban a la Urbs deseosos de prosperar, pero que no podían hacer frente al coste de viviendas inasequibles para su ínfima capacidad económica.

Existía también otro modelo de arrendatario, que requería los servicios de alquiler de viviendas pero con un status elevado, al trasladarse a la urbe para llevar a cabo determinados negocios, y luego regresar a su lugar de origen, por lo que el régimen de alquiler de vivienda tampoco era igual para todos, en las mismas condiciones o el mismo tipo de viviendas ofrecidas, ya que mientras unos podrían disfrutar de una casa a la altura de su desahogada posición económica, otros debían adaptarse, en número mucho mayor, a un lugar mucho menos apetecible, pero que entraba dentro de sus posibilidades.

Con esta variedad de edificaciones a disposición de la población, estimamos necesario ofrecer en primer lugar, las características de la domus prevista para el uso y disfrute de una sola familia, concretadas en las siguientes:

1º) Una domus típica, que pueda servir de modelo, carecía de vista exterior, sin huecos para ventanas, ya que se entendían como elementos extraños en la construcción, y cuando existían, eran de reducido tamaño, sin encuadramiento exterior, con un aspecto tosco y deslucido que no refiere la realidad de lo que encierran los muros de la casa.

2º) La orientación habitual era hacia el interior, por el atrio, amplio y luminoso, que al estar abierto en el techo, de allí toma el aire y la luz que tienen las habitaciones construidas a su alrededor, y también por el jardín del peristilo, más amplio que el atrio, y por lo tanto con más luz.

3º) Una característica diferencial con respecto a otras construcciones es que la domus se concebía como edificación de planta baja, y cuando se edificaban otras plantas era por exigencias sobrevenidas familiares, no por deseo estético de la propia domus construida, aunque poco a poco no resultó tan extraño visualizar casas de dos o tres plantas.

4º) Cada uno de los espacios que conforman la casa están destinados única y exclusivamente a un solo uso. De este modo, el triclinium se destinará a comedor[5], el cubiculum a la alcoba, el tablinum a sala de reunión o cuarto de trabajo del paterfamilias, y así con todas las demás habitaciones previstas[6].

5 Dunbabin, K.M.D.: "Triclinium and Stibadium", en *Dining in a Classical Context*, (ed. por W.J. Slater), The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1991, p. 125, afirma que incluso en los últimos siglos del Imperio, el *triclinium* siguió destinándose, tanto en su uso público como privado, a comedor.

6 Carcopino, J.: *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio*, trad. esp., ed. Temas de Hoy, Madrid, 2001, p. 45: "La *domus* está formada por salas de proporciones fijas, previstas para un uso determinado, alineadas una tras otra siguiendo un orden invariable: *fauces, atrium, alae, triclinium, tablinum* y *peristilum*".

En esta casa, cerrada sobre sí misma, después de la puerta, ianua, se debía atravesar un corredor, fauces[7], para poder llegar al atrium. Incluso se preveía a veces la construcción de una puerta, entre este vestíbulo y el atrio, que impedía ver su interior aunque la puerta principal estuviese abierta, es decir, negaba información visual a los curiosos interesados en conocer el interior de la domus.

El atrium era espacioso[8], con una amplia abertura en el techo (compluvium), que se correspondía con una pila cuadrada (impluvium), que era la destinada a recoger el agua de la lluvia[9]. El desagüe que se construía en el impluvium, revestido de pozo cilíndrico, puteal, llevaba el agua recogida hasta una cisterna subterránea, que era el depósito familiar de agua de la casa. Tal era la importancia del atrium, que la familia lo utilizaba para trabajar, comer y dormir, si bien con el tiempo se dispusieron a ambos lados del atrio unas habitaciones de pequeñas dimensiones, alae, que servían de dormitorios y despensa.

Las habitaciones se calentaban con estufas de bronce portátiles o con braseros fijos, aunque la verdad es el frío parece la tónica dominante en invierno. Con respecto al alumbrado, los romanos utilizaban velas, candelas, de cera o de sebo, y lámparas de aceite, lucernas, pero daban una escasa iluminación por lo que se debían utilizar muchas lucernas si se quería iluminar una estancia con claridad suficiente.

El tablinum[10], abierto sobre el atrio, eje central de la casa y centro de la vida familiar, era el lugar destinado para guardar los libros de cuentas, los archivos de la

7 Greenough, J.B.: "The Fauces of the Roman House", en *Harvard Studies in Classical Philology* , 1890, núm. 1, pp. 2 ss.

8 Vitrubio, *Los diez libros*, cit., 6.3.1-2: "Deben distinguirse cinco clases diferentes de atrios, cuyos nombres responden precisamente a su aspecto: «toscano», «corintio», «tetrástilo», «displuviado» y «abovedado». Los atrios toscanos son aquellos en los que las vigas, que cruzan el ancho del atrio, tienen unos puntales pendientes y unos maderos (que soportan los canales para recoger el agua) que desde los ángulos de las paredes van a parar a los ángulos de las vigas que cruzan el atrio; mediante unos tirantes se forma una pendiente para que discurra el agua hacia el compluvio, situado en medio del techo del atrio. En los atrios llamados corintios, colóquense las vigas y el compluvio de la misma manera que en el atrio toscano, pero sepárense las vigas de las paredes y apóyense en unas columnas que rodearán el espacio que queda al descubierto. Los atrios tetrástilos ofrecen una gran solidez, ya que poseen columnas angulares debajo de las vigas que le sirven de soporte, por lo que no deben sustentar una gran presión ni cargar con los puntos pendientes. Se llaman atrios displuviados a los que tienen las viguetas de los canales de manera que soportan la superficie de la abertura del tejado e impiden el vertido del agua (ya que carecen de aleros que viertan el agua en el compluvio). En invierno prestan una gran ventaja pues al estar sus compluvios levantados, posibilitan que penetre la luz en los triclinios; pero presentan un gran inconveniente debido a sus frecuentes reparaciones, ya que poseen unos canales por donde discurre el agua de lluvia en torno a las paredes; en ocasiones tales canales son incapaces de desaguar con rapidez toda el agua que reciben, por lo que el agua se desborda inundándolo todo, provocando un grave perjuicio tanto a la madera como a las paredes de estas construcciones. Se emplean atrios abovedados donde el vano no es muy ancho y encima de su entramado se da la posibilidad de habilitar habitaciones espaciosas".

9 Nack, E.-Wägner W.: *Roma*, trad. esp., ed. Labor, Barcelona, 1960, p. 148, con la representación gráfica de la planta de una casa romana, ciertamente ilustrativa.

10 Grimal, P.: *La civilización romana*, trad. esp., ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 242: "Su nombre indica acaso que en su origen no era más que una barraca o casucha hecha de tablones de madera (*tablinum* deriva, evidentemente, de tabula, tabla), pero en la época clásica se mantenía el recuerdo de la época en que el *tablinum* era el dormitorio del amo y de la señora de la casa".

familia, así como el altar dedicado a los dioses penates, y daba generalmente a un patio extendido detrás de la casa.

Finalmente, el suelo, el pavimento o pavimentum[11], estaba decorado con mosaicos que daban hermosura y solidez a la casa, y las paredes lucían adornadas con pinturas o cortinas, también conocidas como velae, que estaban presentes en las aberturas de las puertas de la casa.

Bien es cierto que esta disposición ordenada permitía una organización perfecta en cuanto a las actividades previstas por el dominus o paterfamilias, que debía ejercer su autoridad entre los muros de la domus. Un ejemplo lo constituye el consilium domesticum, tribunal familiar no exento de polémica en cuanto a su constitución y funciones pero que sirvió de forma decisiva en determinados conflictos que afectaban al conjunto familiar, y que servían al propósito de preservar el honor, valor fundamental dentro de la familia romana. Sobre el consilium domesticum, también conocido como iudicium domesticum, no existe unanimidad en la doctrina a la hora de evaluar la existencia de un tribunal familiar, o si se trataba en realidad de un órgano consultivo, de un instrumento al servicio de la familia, pero de consumo interno, que carecía de las facultades de un tribunal.

Este tribunal familiar, se celebraba dentro de la casa, y era un mecanismo de derecho procesal que podía ayudar a conformar la potestad disciplinaria al servicio del paterfamilias, reglamentando el derecho de vida y muerte que tenía sobre los miembros del grupo familiar sometidos a su potestas, y ordenándolo dentro del sistema jurídico romano.

Dicho de otro modo, el consilium domesticum bien pudiera ser el cauce legal, con funciones jurisdiccionales[12], que limitaba y ordenaba la vitae necisque potestas[13] del paterfamilias, o únicamente un órgano interno de la familia con carácter consultivo, un consejo familiar no vinculante en sus decisiones con respecto a los miembros de la unidad familiar[14], que se celebraba dentro de la casa.

11 Ferrara, D.-De Carolis, E.- Esposito, F.: "Riflessioni sul sectile pavimentum del triclinio della Casa dell'Efebo a Pompei", en *Rivista di Studi Pompeiani*, 2017, núm. 28, pp. 17 ss., de especial interés para conocer el interior de la casa de un empresario pompeyano con una vida social intensa, preocupado por lo tanto por la decoración de su casa, pavimento incluido, para poder recibir correctamente a sus conciudadanos.

12 A favor de esta tesis proclive al valor judicial: Geib, G.: *Geschichte des römische Criminalprozess*, Buch. Weichmann, Leipzig, 1842, p. 82; Zumpt, A. W.: *Das Criminalrecht des römische Republik* I, ed. Salzwasser, Berlín, 1865, p. 356; Bonfante, P., *Corso di diritto romano* I, ed. A. Sampaolesi, Roma, 1925, pp. 74 ss.; Düll, R.: "Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis", en *ZSS*, 1943, núm. 63, pp. 55 ss.; Wesener, G.: s.v. "Iudicium domesticum", en *REPW* , 1962, núm. 9, p. 373.

13 Vid. al respecto, Sachers, E.: *s.v.* "Potestas patria", en *REPW*, núm. 43, 1953, col. 1046 ss.; Yaron, R.: "Vita Necisque Potestas", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1962, núm. 30, p. 243: "*Vita necisque potestas* (*vnp*) has been aptly described as the core (Kernstück) of *patria potestas*, denoting the widest extent of the power enjoyed by the *paterfamilias*", destacando a continuación la unanimidad de los historiadores a la hora de tratar el tema de la *vita necisque potestas* al margen de diferencias en cuanto a la época de su desaparición.

14 Guarino, A., *Diritto Privato Romano,* 12ª ed., ed. Jovene, Nápoles, 2001, p. 533: "Che il *paterfamilias* non avesse autonomia di decisione e dovesse sottoporre le questioni da risolvere (e in particolare le decisioni

Por lo tanto, la domus parece traspasar los límites del ámbito privado al público, y si bien no creemos, de acuerdo con las fuentes a nuestra disposición, que el iudicium o consilium domesticum represente un órgano jurisdiccional en paralelo a la justicia pública romana, apostando por el carácter consultivo de este consejo familiar, la relevancia de la domus como centro de excelencia doméstica queda refrendado con las posibilidades que se podían suceder en su interior.

Por otro lado, podemos tomar en consideración la importancia de la domus, ya desde el derecho arcaico, como prueba innegable del comportamiento de las matronas romanas. El caso de Lucrecia[15], casta mulier, símbolo virtuoso y ejemplo para las mujeres romanas, violada por Sexto Tarquinio, hijo del último rey etrusco[16], se produce, independientemente de sus luces y sombras como corresponde a un episodio mítico[17], en la casa conyugal de Lucrecia, cuando Sexto, después de haber comprobado en una ocasión anterior el pudor y la castidad de Lucrecia por quedarse siempre en casa, en la domus, hilando la lana con la única compañía de sus esclavas, urde un plan para poder acceder a ella. La engaña en su visita con respecto a sus motivos, indicando que necesita reposo para proseguir su viaje, y ella amablemente le ofrece la cena y la posibilidad de dormir esa noche en su casa para poder descansar adecuadamente antes de emprender de nuevo el viaje de regreso, como corresponde a un amigo y pariente de su marido.

En un principio[18], cuando Sexto entró en el dormitorio armado con una espada, quiso hacer creer a Lucrecia que se casaría con ella si se doblegaba ante él. Pero luego cambió de opinión, y cuando ella lo rechazó, amenazó con matarla y colocar a su lado a un esclavo desnudo muerto[19], para poder justificar después

punitive da prendere) ad un *iudicium domesticum* composto sotto la sua presidenza dai sottoposti più autorevoli, è una leggenda che le fonti attribuiscono ai più antichi tempi, ma che la critica storica ha ormai convincentemente sfatato… La verità è solo che il costume sociale, altamente civile, dei Romani tratteneva sin dai più antichi tempi i *patres familiarum* dal valersi effettivamente e drasticamente delle loro facoltà e li induceva altresì, con ogni probabilità, a consultarsi con i loro familiari: costume sociale ma non costume giuridico e perciò vincolante".

15 De cuya veracidad da cuenta Guarino, A.: *Il dossier di Lucrezia*, en *Pagine di diritto romano*, IV, ed. Jovene, Nápoles, 1994, p. 216, en donde señala: "Il carattere eroico, che essi tentano in ogni modo di assegnare a Lucrezia, è contradetto dalla debolezza di lei nella notte della seduzione. Ben altrimenti, ripeto, avrebbe agito in quella notte una Lucrezia immaginaria, l'eroica Lucrezia del giorno dopo. Si rivela, dunque, se non vado errato, il nucleo di verità storica della narrazione famosa".

16 Cenerini, F.: *La donna romana*, ed. Il molino, Bolonia, 2009, p. 28: "Il figlio del re, Sesto Tarquinio, viene preso dal desiderio (*mala libido*) di violentare Lucrezia, eccitato dalla sua belleza e dalla sua *spectata castitas* (comprovata moralità)".

17 Cuyo relato nos ofrece Livio, I. 58. 1-6, en donde habla del delito cometido pero con una exquisitez oratoria que busca respetar al máximo a Lucrecia en su dolor, con una falta de elocuencia que no es propia de Livio, sino del terrible suceso que le ha tocado narrar.

18 Donaldson, I.: *The Rapes of Lucretia: AMyth and its Transformations*, Oxford University Press, Oxford, 1982, p. 4: "At first he attempted to seduce the startled Lucretia by promising that he would marry her and make her his queen; then he threataned her with death if she did not let him have this way. Finding her adamant, Tarquin then tried another tactic".

19 Como pariente de Colatino, Sexto Tarquinio podría haber alegado justificación legal para tal asesinato; vid. Watson, A.: *Rome of the XII Tables: Persons and Property*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1975, p. 36. Además, la relación sexual entre una mujer casada y un esclavo se consideraba especialmente atroz,

que había vengado el deshonor de la familia al haberla encontrado en flagrante adulterio. Bien es cierto que la posibilidad de terminar con la vida de los que son sorprendidos en adulterio no correspondía en absoluto a Tarquinio, sino al pater familias en virtud del ius vitae et necis, el derecho de vida y muerte, o en este caso concreto a su marido[20], sabiendo además que este tipo de delitos se sustanciaban ante el iudicium domesticum, el tribunal doméstico, como acabamos de ver.

El adulterio no era en ese momento considerado un delito público, como recogerá posteriormente la legislación del emperador Augusto, al convertirlo a través de la lex Iulia de adulteriis coercendis[21], en un crimen publicum, susceptible de ser enjuiciado ante un tribunal popular que no permitirá esconder la deshonra dentro de la propia familia, quedando al descubierto ante toda la sociedad romana la comisión de un delito de adulterio.

Con todo, ante tal posibilidad, al saber que el honor de su familia sería mancillado a pesar de su virtud inquebrantable, la voluntad de Lucrecia se quebró[22], para a continuación ser violada por Sexto en su propia casa, hecho terrible que destruirá la inmaculada vida que hasta el momento había llevado Lucrecia, despojándola de su honor y por ende el de su propia familia.

Lo paradójico es que para defender su honor deberá someterse a su violador para luego poder contar la agresión sexual sufrida en su propia domus, algo realmente inaudito porque la casa romana se entendía que era un refugio ideal para las mujeres, puesto que la vida se hacía en su interior, a salvo de miradas

como señala Pomeroy, S. B.: *Goddesses, Whores, Wives and Slaves: Women in Classical Antiquity*, Random House, Nueva York, 1975, pp. 160-161.

20 Desde la época de Rómulo una ley regulaba la situación de la mujer adúltera, declarando que podía ser castigada, con la muerte, la mujer que hubiese cometido adulterio, siendo el propio marido la persona competente para juzgarla y condenarla en un juicio familiar con parientes. Esta ley la recoge Dionisio de Halicarnaso, 2. 25. 1-2.

21 Vid. sobre la legislación de Augusto: Volterra, E.: "In tema di accusatio adulterii", en *Studi Bonfante*, Milán, 1930, núm. 2, p. 109 ss., ahora en *Scritti giuridici*, Nápoles, 1991, núm. 1, pp. 313 ss.; Daube, D.: "The accuser under the Lex Iulia de Adulteriis", en *Salonica Congress of Byzantine Studies*, Atenas, 1955, pp. 8 ss., ahora en *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt, 1991, núm. 1, pp. 561 ss.; Rabello, A.M.: "Il ius occidendi iure patris della lex Iulia de adulteriis coercendis e la vitae necisque potestas del paterfamilias", en *Atti Sem. Rom. Intern*., Perugia, 1972, p. 228 ss.; Albanese, B.: *Vita necisque potestas paterna e lex Iulia de adulteriis coercendis*, en *Studi Mussotto*, Palermo, 1980, núm. 2, pp. 5 ss., ahora en *Scritti*, Palermo, 1991, núm. 1, pp. 1487 ss.; Russo Ruggeri, C.: "Qualche osservazione in tema di ius occidendi ex lege Iulia de adulteriis coercendis", en *BIDR*, 1989-1990, núm. 92-93, pp. 93 ss.; Lambertini, R.: "Ancora sui leggitimati a uccidere iure patris ex lege Iulia de adulteriis", en *SDHI*, 1992, núm. 58, pp. 362 ss.; Rizzelli, G.: *Lex Iulia. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, ed. Grifo, Lecce, 1997, *passim*; Spagnuolo Vigorita, T.: "La data della lex Iulia de adulteriis", en *Iuris Vincula, Studi Talamanca*, Nápoles, 2001, núm. 8, pp. 81 ss.; Sanna, M.V.: "Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi", en *AUPA*, 2010-2011, núm. 54, pp. 203 ss.; id., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum-matrimonium iniustum*, ed. Jovene, Nápoles, 2012, pp. 93 y ss.; Torrent, A.: "Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium", en *RIDROM*, octubre 2016, pp. 242 ss.

22 El consentimiento de Lucrecia, obtenido mediante intimidación o fuerza moral para conseguir el fin, se puede tomar como antecedente de la *actio quod metus causa*, acción pretoria introducida hacia el año 80 a.C. por el pretor Octavio –de ahí el nombre de *formula octaviana*- para proteger a la víctima de un acto de violencia o *metus*, dirigida contra el autor de tal violencia o miedo; Calore, E.: '*Actio quod metus causa*'. *Tutela della vittima e azione in rem scripta*, ed. Giuffré, Milán, 2011, *passim*.

indiscretas[23], y las matronas romanas podían llevar a cabo diversas actividades siempre con el calor de la casa familiar, que además era el lugar adjudicado a las mulieres como consecuencia del régimen patriarcal romano en aquel tiempo vigente.

El dramático final nos cuenta como Lucrecia, convencida de la necesidad de comenzar la reparación del honor de la familia en su propia persona y en un momento de desesperación ante el honor perdido, se clavó un cuchillo en el corazón que terminó con su vida, pero que restituyó su bien más preciado, el honor[24]. La domus está a salvo, la casa como espacio físico que ha sido ultrajado, así como el pudor y el honor de la ilustre matrona. Su muerte servirá de ejemplo a las generaciones femeninas posteriores, que deberán mostrar en la domus y fuera de ella un comportamiento irreprochable, como el de la casta y púdica Lucrecia.

Quizás, si la domus no estuviese formada por salas de proporciones fijas, previstas para un uso determinado, ni alineadas una tras otra de forma invariable, y se tratase de un espacio físico cambiante, o por lo menos no imaginable por parte del agresor al tener una división diferente, hubiera servido de elemento defensivo a Lucrecia, aunque se trate de una especulación que evidentemente no encuentra refrendo en las fuentes, ni sirve a efectos de la protección de nuestra insigne protagonista, puesto que en el derecho más arcaico las dimensiones y las proporciones de las casas itálicas no se conocen con tanta exactitud[25].

En esta Roma tan diversa, que reunía los conjuntos monumentales más grandiosos y gigantescos edificios donde se congregaban multitudes, los particulares no vivían tan solo en las domus, típicas casas con disposición axial abierta siempre a un espacio interior, que reflejaban fielmente las exigencias y la vida familiar de las poblaciones itálicas, imitando en toda su plenitud la cultura griega, pero es cierto que los que gozaban de tal privilegio, aun así consideraban que eran merecedores de mejoras en su vivienda, casi a la par que su status sin interrupción alguna,

23 Carcopino, J.: *La vida cotidiana*, cit., p. 45: "La *domus*, que a la calle muestra un muro ciego y macizo, abre todos sus vanos hacia patios interiores".

24 Pavón, P.: "Valerio Máximo y la asimetría sexual en la severidad del castigo", en *Latomus,* 2008, núm. 67, p. 691: "El exceso de celo en conservar el honor familiar queda apoyado por las leyes antiguas y las costumbres y siempre recae sobre la parte más débil, la mujer", en donde considera que la pena ante la sospecha de un acto de deshonra cometido por una mujer era siempre excesiva, pero necesaria según la mentalidad romana de la época a los efectos de conservar a la par que el honor de la mujer el del padre, el del marido, el de su familia y el de su comunidad".

25 Grimal, P.: *La civilización romana*, cit., p. 243: "Tal era la casa clásica. Hoy día parece demostrado que en su origen no era una casa ciudadana, sino una morada campesina, y que su evolución consistió en adaptarse gradualmente a las condiciones urbanas. Se admite que el atrium, con su estanque central, deriva del patio interior que hemos encontrado en las *villae rusticae*. Esta teoría parece ilustrada y demostrada por los descubrimientos del Foro romano, donde, efectivamente, se han descubierto, sobre la antigua necrópolis vecina del templo de Antonino y Faustina, vestigios de casas de piedra, en las que la pieza de habitación, simple cabaña rectangular, está precedida de un patio. Pero es probable, al mismo tiempo, que esta evolución no fuese tan sencilla como a veces se ha pensado. Otras influencias han podido mediar para dar al *atrium* las funciones que —como hemos visto— tiene y el aspecto que se le conoce en la época clásica".

identificando en cierta manera la imagen de la casa, domus, con la posición en la rígida pirámide social romana.

Es decir, los privilegiados que tenían la propiedad de una vivienda unifamiliar, una casa con proporciones que demostraban la insigne posición de su dueños, podían presumir de su status con la publicidad continua de su casa en propiedad, mientras que otros, quizás nuevos ciudadanos o patres conscripti, senadores que no procedían de una oligarquía familiar secular, debían presentarse antes sus conciudadanos con muestras visibles externamente de su posición adquirida, exhibicionismo que era objeto de escarnio por la literatura que prefería la nobleza procedente de la historia y derecho arcaico romano.

La casa de un ciudadano perteneciente a las élites ciudadanas o a la oligarquía romana, en la época de Cicerón, estaba preparada para recibir todas las mañanas a sus múltiples clientes[26]. Así, desde el amanecer, se abrían las puertas dirigidas a la calle y se permitía el acceso para el saludo matinal. Todo el ceremonial se llevaba a cabo en el atrio, sala de amplias dimensiones, frecuentemente sin impluvium[27], y en donde el compluvium era pequeño o inexistente.

La evolución de la domus viene obligada por las exigencias de una cotidiana vida social que impone un atrio de enormes dimensiones, y las diferentes estancias se multiplican a la par que el crecimiento económico de las familias pudientes[28], mientras que los titulares de escaso patrimonio no precisan de tales instalaciones, puesto que serán ellos los que se vean obligados a realizar visitas clientelares, ya que nadie acudirá a visitarlos.

Surge así un nuevo modelo de domus mixta, cerrada hacia el interior, mimetizando el ejemplo de las casas gentilicias rurales, pero por otro lado se expande en las partes que se abren al exterior. Estamos ante la construcción de

26 Cic. *De offic*.I. 121: *Quod si una tantum adhibendum est diligens, ut homines in hospitium aut in convivium honestum accipiantur et in hospitis tum aut in convivio domus eadem liberalitas et largitas sit, tum quidem est ea quaedam hospitalitas in domo civis, quae tum etiam Gracis hospitibus vis est*, con el sentido de que si se debe mostrar diligencia en algo, es precisamente al recibir a las personas de manera respetuosa en el hogar o en un banquete, ya que en ese momento, debe existir la misma generosidad y amplitud tanto para los huéspedes como para los invitados en la casa, lo cual es una especie de hospitalidad propia de un ciudadano, también apreciada por los huéspedes griegos.

27 De Witt, N.W.: "The Primitive Roman Household", en *The Classical Journal*, 1920, núm. 15, p. 220: "Touching the Roman impluvium, few will be content to believe that it existed merely as an inlet for the rain, hardly a desirable thing", señalando que pocos se contentarán con creer que existió simplemente como una entrada para la lluvia.

28 Vitrubio, *Los diez libros*, cit., 6.5.1, p. 76: "Una vez que hemos fijado la orientación más adecuada, debe ponerse toda la atención en los edificios privados, en las distintas normas que deben observarse para ubicar las habitaciones particulares y exclusivas de la familia y, por otra parte, las estancias que vayan a ser comunes también para las visitas. En las habitaciones privadas, exclusivamente se permite la entrada a los invitados, no a todo el mundo, como son los dormitorios, triclinios, salas de baño y otras habitaciones que tienen una finalidad similar. Se llaman estancias comunes a las que tiene acceso, por derecho propio, cualquier persona del pueblo e incluso sin ser invitada, como son los vestíbulos, los atrios, los peristilos y demás estancias cuyo uso y finalidad son similares".

lujosas moradas que son muy escasas en Roma[29], puesto que el espacio exigido no resulta rentable de ningún modo y el aprovechamiento urbanístico tiene claro el *modus operandi* de futuro para obtener una gran rentabilidad económica del suelo urbano.

Las fuentes arqueológicas, especialmente las relacionadas con las excavaciones de Pompeya[30], Herculano, e incluso Ostia[31], han cambiado en los últimos tiempos la perspectiva edificatoria del pueblo romano. Si bien la casa clásica con su atrio fue durante mucho tiempo la morada romana por excelencia, como acabamos de ver, pronto se empezaron a construir edificios con habitaciones de todo tipo y condición, que pronto asumieron el protagonismo arquitectónico del entorno urbano, las ínsulas, dejando a las *domus*, que requerían una superficie considerable y que además solo podían alojar a una familia, en total regresión, a lo que podemos sumar el rendimiento económico, infinitamente más elevado.

II. "INSULA"[32].

El otro tipo de edificación, popular y muy extendida, es la ínsula, un edificio de alquiler, destinado sobre todo al arrendamiento de estancias para inquilinos de diferentes clases sociales, creada alrededor del siglo IV a.C.[33], ante la creciente

29 Este tipo de construcciones eran propias de los fundos rústicos, que por supuesto tenían una elevada rentabilidad económica y no envidiaban para nada la vida en la ciudad, disfrutando de los márgenes económicos que generaba la explotación de los latifundios a disposición; vid. al respecto, Capogrossi Colognesi, L.: *L'agricoltura romana. Guida storica e critica*, ed. Laterza, Roma-Bari, 1982, *passim*; Di Porto, A., "L'impresa agricola nel periodo imprenditoriale", en Cerami, P.- Di Porto, A.- Petrucci, A.: *Diritto commerciale romano. Profilo storico* 2, ed. Giappichelli, Turín, 2004, pp. 301 ss.

30 Beard, M.: *Pompeya. Historia y leyenda de una ciudad romana*, trad. esp., ed. Crítica, Barcelona, 2008, *passim,* refiere claramente que Pompeya era una ciudad llena de sorpresas, con información muy valiosa acerca de la realidad inmobiliaria en el mundo romano, resumiendo en p. 85 la posible situación residencial de un habitante pompeyano: "Bien es verdad que las familias particularmente ricas disponían de muchísimo espacio en sus grandes mansiones y palacios: silenciosas estancias privadas, jardines sombreados, comedores espectaculares, e incluso cuartos de baño privados. Aunque no pertenecieran a esa clase, otras gentes vivían con suficientes comodidades en casas de seis habitaciones. Según vamos bajando en la escala de riqueza, muchos habitantes de la ciudad vivían en una sola habitación encima del negocio que regentaban, tienda, taberna o taller, sin agua corriente, y a menudo sin medios de calefacción ni de cocina, excepto tal vez algún pequeño brasero (que habría supuesto un grave peligro de incendio). El alojamiento estrecho para una sola persona es un tipo de morada que habría proporcionado poco más que un exiguo dormitorio para una familia de tres o cuatro miembros".

31 Calza, G.: *Scavi di Ostia*, vol.I, *Topografia Generale*, Libreria dello Stato, Roma, 1953; Packer, J. E., "The insulae of Imperial Ostiae", en *MAAR*, 1971, núm. 31, pp. 65-71.

32 Storey, G.R.: "The Meaning of "Insula" in Roman Residential Terminology", en *Memoirs of the American Academy in Rome*, 2004, núm. 49, pp. 54-55: "The meaning of this term is, unfortunately, not as clear and straightforward as these entries suggest. I argue that we can envision four main categories of architectural correlates for this term in Roman antiquity… The four ambiguous types are as follows: (1) *insula* as a street block… (2) *insula* as a freestanding building separated from other buildings by spaces on its four sides, with no indication of whether the feature takes up an entire city block or merely a portion of it…. (3)) *insula* as equivalent to an independent unit within the structural fabric of some other edifice… (4)) *insula* as a funerary structure".

33 Carcopino, J.: *La vida cotidiana*, cit., p. 46. Sin embargo, Grimal, P.: *La civilización romana*, cit., p. 241, sugiere una fecha posterior: "También muy pronto —acaso desde el siglo IIa.C.— se empezaron a construir casas de habitación bien diferentes, que muy pronto llegaron a ser las más numerosas, y que se designaban desde la antigüedad con el nombre de ínsula(isla)".

necesidad de dar cobijo a una población siempre en continuo crecimiento, que solo se podía alojar de forma vertical, puesto que la "civitas" estaba constreñida dentro de los límites impuestos por sus murallas, que impedían ampliar el límite edificable correspondiente al incremento significativo de su población.

Roma recibía un flujo constante e ininterrumpido de emigración del campo a la ciudad, y parece ser el motivo principal de la creación de estas moles edificatorias[34], si bien algunos aluden al clientelismo que acabamos de referir como uno de los motivos de creación de estos nuevos modelos de edificación múltiple[35].

El desconocimiento del derecho romano arcaico de estas estructuras habitacionales que surgen por la demanda vecinal que abarrota Roma con su expansión territorial, supone un reto para el derecho romano clásico, que no puede servirse de los mores maiorum ni de la legislación decenviral para hacer frente a esta nueva exigencia, sobre todo en el nuevo contrato de arrendamiento de viviendas de la época tardorrepublicana[36].

Las costumbres de los antepasados, los mores maiorum, como fuente representativa del derecho antiguo conjuntamente con la ley de las XII Tablas, legislación decenviral estimada como irrefutable en los primeros siglos de su existencia, fueron ampliamente superadas como normas por las circunstancias poblacionales de la nueva civitas, sobrepasada por la realidad de los índices demográficos y la presencia de ciudadanos, extranjeros y esclavos que hacían necesaria una regulación nueva, moderna, realista y cada vez más especializada para poder contener desde el derecho romano el nuevo régimen jurídico de la vivienda romana.

Por supuesto que siguen existiendo las domus, y no solo en régimen de propiedad, que era su régimen natural, identificándose el dominium y el derecho

34 Ibid. id., *La civilización romana*, cit., p. 248: "El origen de las *insulae* queda obscuro para nosotros. Es posible que este tipo de morada hubiese sido importado de Oriente, acaso de Siria, ¿pero es necesario recurrir a esta hipótesis? La misma tendencia que ha llevado a la casa romana a abrirse hacia el exterior y a suprimir los *atria*, ha podido muy bien obrar aquí. ¿Acaso una *insula* es otra cosa que la parte anterior de una *domus*, con sus tiendas, sus pisos independientes, y amputada de todas las partes anexas? Solución arquitectónica impuesta por la estrechez de los terrenos a edificar, ha podido muy bien haber sido creada por los mismos arquitectos romanos para resolver los problemas que les planteaba el desarrollo de la ciudad".

35 D. 9.3.5.1, Ulpianus 23 *ad ed.*: *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis, vel uxoris, ipsum eorurn nomine teneri* .., refiere la práctica de los terratientes que ofrecían gratuitamente habitaciones a sus clientes y libertos, pero no parece que constituya el núcleo central de la creación de *insulae*; vid., Frier, B.W.: *Landlords and Tenants in imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1943, p. 58, n. 5: "The origin of urban leasehold should not be sought in clientship, but rather in the growth of a free urban economy; ther is no sign that urban tenants were ever regarded as clients of their landlords, and such isolated testimonies as Milo's hire of quarters for his gangs (Cic. Mil. 64)".

36 Carandini, A.: "Domus e insulae sulla pendice settentrionale del Palatino", en *Bullettino della Commissione Archeologica Comunale di Roma*, 1986, núm. 91, pp. 263 ss., en donde se refiere a las domus e insulae tardorrepublicanas y de la edad julio-claudia.

de propiedad con el mismo término[37], sino que ahora son frecuentes los arrendatarios de elevado status económico y social que optan por el contrato de arrendamiento, la "locatio conductio rei", arrendamiento de cosas muebles o inmuebles[38], en este caso concreto como arrendamiento urbano de bienes inmuebles, puesto que su estancia será breve en la ciudad, determinada por sus actividades diplomáticas, mercantiles, o de otro tipo que hacen necesaria su presencia física pero con carácter temporal[39], pero este tipo de arrendatario no provoca problemas sociales que obliguen a soluciones inmediatas.

De hecho, no será frecuente que un inquilinus de esta naturaleza subarriende una parte de la casa que ha recibido en arrendamiento por parte del locator, arrendador, que se la ofrecerá con todas las comodidades, incluso amueblada, sabiendo de la excelencia ilustre de su arrendatario, que supondría el pago sin demora del contrato realizado.

El arrendatario que en realidad supone un problema social es el que tiene escasos recursos económicos[40], inquilino que se multiplica día a día en la Urbs y que se convierte en un ingente número, con muchas dificultades para hacer frente al pago del alquiler[41], y que supone el origen de numerosos conflictos: vecinales, por la falta de confort residencial, ruidos[42], olores, roces convivenciales, con su arrendatario, por incumplimiento del contrato de arrendamiento establecido o la falta de cuidado del espacio arrendado, y con el entorno ciudadano, por la falta de concienciación del esmero colectivo en la conservación de los elementos comunes de la *insula*[43] y el espacio urbano situado en los aledaños de la misma.

37 Storey, G.R.: "The Meaning of "Insula", cit., p. 50: "Despite these apparent anomalies, the referent for the term *domus* most frequently seems to be an abode for a single residential unit (usually a family and its co-residents), of the character what we would call a "private house". A reasonable translation for the term is a "townhouse" or "mansión". *Domus*, in most contexts, is conceptually well understood from its representation in the archaeology of Roman urban contexts, especially the Vesuvian cities".

38 Arévalo Caballero, W.: "La locatio-conductio urbana: peculiaridades", en *Fundamentos Romanísticos del derecho contemporáneo,* ed. BOE, Madrid, 2021, Tomo 7, p. 1007, recuerda el objeto del arrendamiento urbano, "en el que una persona pone a disposición de otra una *domus*, una villa, un edificio (ínsula) o un apartamento (*cenaculum*) para que lo use y lo disfrute a cambio de un precio — *merces*. Aunque solo analizaremos el contrato de viviendas, hay que señalar que arrendamientos urbanos también se consideraban los concluidos para locales de negocios, termas, almacenes y corrales anexos a las casas".

39 Un par de ejemplos notables son protagonizados en primer lugar por Cicerón, cuando tuvo que alquilar para él y su familia una casa con carácter temporal después de que Clodio destruyera su casa del Palatino: *Cic. Q. Fr.* 2.3.7; y el caso del procónsul L. Calpurnio Pisón, quién tuvo que alquilar apresuradamente una casa después de su regreso ignominioso de la provincia a su cargo: *Cic.* Pis. 61.

40 Que podría alquilar una vivienda más decente fuera de la urbe pero que por motivos de trabajo o de otra índole se ve obligado a residir en Roma, con los problemas que ello conlleva. Así, Juvenal, 223-225, destaca que por el precio de una casa cómoda en otro lugar, en Roma no te llega más que para alquilar un tugurio durante un año: "Si potes avelli circensibus, optima Sorae aut Fabrateriae domus aut Frusinone paratur quanti nunc tenebras unum conducis in annum".

41 Marc. 7.92, en donde se percibe que a pesar de la fama alcanzada, seguía teniendo problemas para el pago de su alquiler.

42 Nack E. - Wägner, W.: *Roma*, cit., p. 498: "Roma era una ciudad en extremo ruidosa".

43 Livio, *Ab urbe condita*, 21.62, enumera los prodigios que en el invierno de 218-217 antes de Jesucristo anunciaron la ofensiva de Aníbal, y entre ellos menciona una *insula*, contigua al fórum *boarium*, en la cual

A mayor abundamiento, no todos los inquilinos residían en el inmueble en las mismas condiciones. La planta baja, por ejemplo, era generalmente destinada a una vivienda individual que disponía de comodidades y servicios inexistentes en otros apartamentos. En realidad, era asimilada en su concepción a una domus[44], y no tenía nada que ver con el resto de la insula ni con los apartamentos situados en los pisos superiores[45], los denominados "coenacula". Así, podía tener un patio, e incluso un jardín interior con salida a la calle, y ahí es donde podemos encontrar otro de los modelos de vivienda, la casa-negocio, en donde se ubicaban las "tabernae"[46]. Dedicadas a actividades comerciales de distinta índole, como por ejemplo la tienda de un comerciante, el taller de un artesano o el mostrador dedicado a la reventa, las tabernas eran utilizadas también como viviendas por parte de los que las explotaban comercialmente.

La taberna, como modelo de vivienda destinada mayormente al uso público y en parte privado, tenía bien unos peldaños o una escalera móvil de madera[47], que permitía acceder a un tugurio utilizado como habitación privada, para el comerciante principal así como para todos sus trabajadores. Una vivienda mínima, para cocinar, comer y dormir en una promiscuidad semejante a la de los arrendatarios de las coenacula de los últimos pisos, siempre en peores condiciones.

Es decir, que en el nivel inferior de toda ínsula, en su propia base, se podían encontrar dos categorías diferentes de viviendas en arrendamiento: La domus como vivienda con ciertas comodidades destinada a arrendatarios con posibles, pertenecientes a un elevado estatus social, y las tabernae, arquetipos absolutamente dispares que se encontraban en numerosas ocasiones colindantes en suelo urbano, con las mismas normas de distribución de la propiedad horizontal y en el aspecto exterior de las viviendas.

un buey, huido del mercado, subió por las escaleras hasta el tercer piso para luego precipitarse en el vacío entre los gritos y el espanto de los inquilinos.

44 Cicerón, *Pro Caelio*, 7.17, da cuenta de que Celio pagaba por su casa, en tiempos de César, un alquiler anual de 30.000 sestercios, una suma muy considerable para la época.

45 Carcopino, J.: *La vida cotidiana*, cit., p. 41: "Para un latinista, la *domus* —vocablo cuya etimología evoca la idea de dominio hereditario— es la casa particular en la que vive, única y exclusivamente, la familia de su propietario; y la *insula*—construcción aislada, como su nombre lo indica— es la «casa de renta», el edificio dividido en una serie de *cenacula* o departamentos, cada uno de los cuales abriga ya un solo locatario, ya una familia de locatarios".

46 Holleran, C.: "Finding Commerce: The taberna and the identification of Roman Commercial Space", en *Papers of the British School at Rome*, 2017, núm. 85, p. 144, en donde explica el término "taberna", que se refiere a espacios que siguen una forma arquitectónica particular, señalando que estas estructuras suelen tener habitaciones en la planta baja que se abren directamente a la calle, a veces con un porche o arcada. Ademas, las amplias entradas están marcadas por umbrales estriados diseñados para colocar persianas, y algunas tabernas cuentan con habitaciones adicionales en la parte trasera o pisos de entreplanta arriba, iluminados por ventanas situadas encima de las entradas.

47 Carcopino, J.: *La vida cotidiana*, cit., p. 50: "Al decir de los textos antiguos, el propietario, para apremiar a sus deudores morosos, se limitaba a retirar la escala de madera que conducía al aposento de éstos, y así, cortándoles los víveres, los compelía a capitular. Mas la gráfica expresión *percludere inquilinum*, «sitiar al inquilino», no se hubiera convertido, entre los jurisconsultos, en sinónimo de «obligar al locatario al pago», si la operación que ella evoca, y que sólo es inteligible en el humilde escenario de la taberna, no hubiese sido corrientemente practicada en la Roma imperial".

Por otra parte, el plano ascendente de cualquier edificio estaba dividido en pequeños apartamentos, los cenacula[48], siendo el cenaculum la representación gráfica más identificada con la división horizontal de aquellos tiempos, que no tenía que consistir exactamente en dividir la edificación en inmuebles registrales independientes, puesto que dependía de los títulos de propiedad diferentes que hubiera por ínsula, pero lo que sí está claro es que tal reparto en pequeñas estructuras habitacionales estaba dirigido a obtener un rendimiento fructífero de la inversión realizada.

El piso piloto, como se diría en la actualidad con respecto a estas viviendas realmente no inspiraría a ningún futuro arrendatario, si no fuera por la necesidad económica de encontrar un lugar para cobijarse, teniendo en cuenta las graves deficiencias arquitectónicas que se apreciaban desde todos los puntos de vista[49], puesto que tenían un espacio muy reducido, carecían de agua corriente, no se podía cocinar, ni se permitía el uso de hornillos u otros elementos para calentar la vivienda por el riesgo de incendios en el inmueble, ya que los materiales de construcción, madera y ladrillo seco, eran fácilmente inflamables y de ínfima calidad[50], con el riesgo estructural que suponía para la conservación de tales viviendas, además de construirse con la máxima liviandad para no exceder el peso del edificio en el plano superior, lo que confería una mayor fragilidad al conjunto ya de por sí exiguo[51]

A mayor abundamiento, las escasas comodidades de dichos apartamentos disminuían en proporción a la altura en que se ubicaban en la ínsula, siendo los más económicos pero también incómodos los situados en las últimas plantas, con grandes inconvenientes de olores, ruidos, estanqueidad, insalubridad, provocados tanto por la distancia con la calle, como por las propias condiciones de habitabilidad del *cenaculum* arrendado.

Aún así, no podemos obviar tampoco el riesgo que corría el arrendador, porque buena parte de los "habitatores" con frecuencia no podían asumir el pago de la renta que les correspondía,

Un testimonio claro de la presencia de estas viviendas nos lo ofrece Ulpiano (libro XVIII, ad Sab.) en D. 7.1.13.8:

48 Cicerón, *De leg. agr.*, 2.96: *Roman cenaculis sublatam atque suspensam*.

49 Robinson, O.: *Ancient Rome. City planning and administration*, ed. Routledge, London, 1992, pp. 33 ss., habla de la construcción de multitud de inmuebles urbanos con materiales carentes de la mínima calidad exigible, pero que no suponían una disminución considerable de ingresos para el dueño en caso de desaparición, y por ello utilizados de forma habitual.

50 Vitrubio, *Los diez libros*, cit. 2.9.2-3 p. 30-31, explica con detalle como debe ser la madera para que resista en la construcción y no se agriete en las obras en las que se utilice.

51 Barton, I.M.: *Roman Domestic Buildings*, University of Exeter Press, Chicago, 1996, pp. 14 ss.

"Item si domus usus fructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet nec per cenacula dividere domum: atquin locare potest, sed oportebit quasi domum locare. Nec balineum ibi faciendum est. Quod autem dicit meritoria non facturum ita accipe quae volgo deversoria vel fullonica appellant. Ego quidem, et si balineum sit in domo usibus dominicis solitum vacare in intima parte domus vel inter diaetas amoenas, non recte nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare coeperit, ut publice lavet, non magis quam si domum ad stationem iumentorum locaverit, aut si stabulum quod erat "orat" domus iumentis et carruchis vacans, pistrino locaverit".

Lo importante de este texto es que comenta, entre otras cosas, que si se hubiese legado el usufructo de una casa, una domus, no debería el usufructuario dividir la casa en pequeños apartamentos, es decir, los coenacula que se destinaban habitualmente para arrendamientos urbanos, ni hacer de la casa una vivienda pública. Sin embargo, sí podría arrendarla, aunque sería mejor que la arrendase como casa, sin que tampoco en ella se hayan de hacer baños. A continuación explica que la acepción de casa pública debe hacerse en el sentido de posadas o lavaderos. Y a continuación Ulpiano expresa su propia opinión, en el sentido de que si en la casa hubiera un baño destinado a uso por parte de los propietarios en alguna zona interior de la casa, o en habitaciones de recreo, no obraría correctamente, ni tampoco con el arbitrio de un bonus viri, si comenzase a arrendarlo para que en él se puedan lavar públicamente, o con otros usos públicos.

Lo habitual en tema de arrendamiento de insulae era proceder de la siguiente manera: Bien explotando directamente el edificio el propietario del mismo, con el consiguiente arrendamiento directo con sus inquilinos, aunque podía encargar a un esclavo, insularius[52], que llevase el negocio, o nombrar a un "procurator insulae" como administrador del edificio, y así descansar de las tediosas negociaciones, o arrendar todo el inmueble a un arrendatario que es el que subarrendaría las distintas unidades habitacionales de la urbanización por él arrendada.

De este modo, el propietario, seguramente procedente de la oligarquía romana, no se convertía en un elemento proletario que trabajaba, sino que al entregarle la explotación inmobiliaria a un subordinado, bien esclavo, bien cliente, o a un sujeto interpuesto que actuase en realidad para el auténtico arrendador, podía seguir consiguiendo pingües beneficios sin arriesgar su fama y buen nombre, dejando tal menester de contratos de arrendamiento en manos innobles que deberían retribuirle sustanciosamente por ello.

52 Churruca, J.: "La pignoración tácita de los invecta et illata en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico", en *RIDA*, 1977, núm. 24, p. 193, considera jurídicamente al esclavo como un *institor*, que contrata directamente con los inquilinos; Frier, B.W.: *Landlords and Tenants*, cit., p. 29 ss., en donde describe las funciones concretas que realizaban, con varios ejemplos al respecto.

Acerca del esclavo que actúa como "insularius" existe el testimonio directo de Ulpiano (libro XXVIII ad edictum) recogido en Digesto 14.3.5.1, dentro del título dedicado a la actio institoria:

"Nam et servius libro primo ad brutum ait, si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo, in solidum eum teneri".

El célebre jurista menciona a Servio, quién afirma en el libro primero de sus comentarios a Bruto, que si se hubiera tratado algo con el administrador de una casa, o con aquel a quién alguno puso al cuidado de un edificio, o para comprar trigo, este se obliga por el todo.

La responsabilidad, cuestión central en la acción institoria, se refiere a la contracción de obligaciones por parte de una persona sometida al paterfamilias, en este caso un esclavo, a quién se le realiza la encomienda de un edificio, recordando que será su dominus el que tenga que hacer frente a las responsabilidades derivadas de la actuación del factor.

Por lo tanto, el propietario del inmueble debe estar siempre atento a las acciones del esclavo a él sometido, puesto que sí contrae deudas, o resulta ser un administrador totalmente ineficaz, será responsable en último caso su dueño, procurando así la gestión eficaz de todo esclavo dedicado a las actividades inmobiliarias en las que evidentemente hay débito y responsabilidad.

Resulta necesario aclarar que la palabra insularius podía tener otros significados, como se desprende de Pomponio (libro V ad Sabinum) en D. 7.8.16.1, que habla del insulario como guardián de la propiedad de un dominus frente al usufructuario:

"Dominus proprietatis etiam invito usufructuario vel usuario fundum vel aedes per saltuarium vel insularium custodire potest: interest enim eius fines praedii tueri. Eaque omnia dicenda sunt, quolibet modo constitutus usus fructus vel usus fuerit".

Aquí refiere explícitamente la posibilidad que tiene el dueño de una propiedad, incluso contra la voluntad del usufructuario o usuario, de guardar el fundo o la casa mediante un guardabosques, o un conserje, ya que lo que quiere proteger son los lindes de su predio, dejando claro que el significado de "insulario" es utilizado aquí en otro contexto muy distinto, sin que se hable para nada de propiedad horizontal.

También tenemos otro ejemplo en el testimonio discutido de Petronio, 95.8, en el que aparece un simple asistente del "procurator insulae", por lo que no

resulta fácil concretar las funciones explícitas de los insularii referidos en dichas fuentes.

Del "procurator" tenemos noticias proporcionadas por el jurista Ulpiano, contenidas en Digesto, 13.7.11.5 (Ulpianus libro 28 ad edictum):

"Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei cui heres exstitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito…"

En este texto se declara que el pago de dinero puede ser aceptado no solo si se hace por la persona a la que se le debe, sino también si es por voluntad de otra persona, ya sea el heredero, el apoderado o el administrador designado para cobrar dinero. Y a continuación, se añade el hecho de que si alquilas una casa o alquilas una parte de ella a un sujeto que paga el alquiler al arrendador, podrá ejercer su derecho de prenda contra ti (ya que Juliano escribe que se puede pagar a él). Incluso contempla el hecho de que si pagase una parte a ti y una parte al arrendador, se considerará equivalente.

Claramente, solo se le considerará responsable por la suma que haya introducido y pagado hacia el alquiler de la habitación que alquiló, ya que no es creíble que su responsabilidad se extienda a todo el alquiler de la "insula". Todo ello porque parece que podía haberse acordado tácitamente entre el dueño de la propiedad y el sujeto en cuestión, de manera que el contrato de alquiler no beneficie al dueño, sino a él directamente.

Otro texto en el que aparece el procurador, espurio, lo podemos observar en D. 19.2.15.8 (Ulpianus libro 32 ad edictum):

"Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset vel cum alius alienum vel quasi procurator vel quasi suum, quod interest praestabitur: et ita Proculus in procuratore respondit".

Si por casualidad el propietario no permite el disfrute, ya sea que él mismo haya alquilado o que otro ajeno o aparentemente como apoderado o como si fuera suyo, lo que se adeude será pagado por la diferencia.

También debemos traer a colación el texto de D. 19.2.30 pr., (Alfenus libro tertio a Paulo epitomarum):

"Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur...".

Este texto nos describe el papel desempeñado por un intermediario que explota una ínsula previo pago de una determinada cantidad de dinero al propietario de la misma, con el único fin de especular sobre la diferencia entre lo que se paga y lo que se cobra por los arrendatarios de los "cenacula" individuales, un gestor que administra una ínsula con un propósito lucrativo.

Con respecto a una de las acciones populares más conocidas en Derecho Romano, la "actio de positis vel suspensis", concedida por el pretor contra el que hubiera colocado objetos de cuya caída pudieran irrogarse daños a terceros[53], veamos este texto de Ulpiano, D. 9.3.5.8 (23 *ad ed.*):

"Ait praetor: 'ne quis in suggrunda protectove'- haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis".

El pretor afirma en su edicto que en virtud de la protección "de posito vel suspenso" nadie, ni el arrendatario ni el propietario no residentes, podían colocar ningún objeto impunemente en un alero o en un voladizo de la cubierta ya que si caía sobre la vía pública, podría dañar a alguien. Por lo tanto, se concedía la acción contra quien habitase una vivienda en la que se hubieran dejado objetos colgados o suspendidos, que finalmente se caían provocando daños al legitimado activamente en dicha acción. Si eran varios los habitantes del edificio, la acción se dirigía contra todos[54].

Un dato revelador nos lo proporciona el texto señalado al decir "sive inhabitent sive non", puesto que alude a la posibilidad de que el inquilinus no viva necesariamente en la propiedad, dato que indica que son otras razones las que le impulsan a alquilar el edificio.

Y lo mismo se deduce de otra de las acciones populares, la "actio de effusis vel deiectis"[55], como nos transmite de nuevo Ulpiano en D. 9.3.1.4 (23 *ad ed.*):

"Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. Nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget".

53 Rodríguez- Ennes, L.: "La actio de positis vel suspensis y la aparición de los modernos delitos de peligro", en *Fundamentos Romanísticos del derecho contemporáneo*, cit., Tomo VI, pp. 1369 ss.

54 Ramos Maestre, Á.: *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas*, ed. Práctica de Derecho, Madrid, 2001, pp. 17 y ss.

55 Provera, G.: s.v. Actio de effusis et deiectis, en *Noviss. dig. it.*, Turín, 1957, núm. 1, pp. 260 ss.; Longo, G.: "I quasi delicta actio de effusis et deiectis actio de positis ac suspensis", en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milán, 1983, núm. 4, pp. 428 ss.; Palmirski, T.: "Effusum vel deiectum", en *Au delà des frontieres. Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz*,, ed. Liber, Varsovia, 2000, núm. 2, pp. 667 ss.

En este texto, la acción in factum, por el hecho, será concedida por el pretor contra la persona que habite en el edificio desde el cual algo fue arrojado o derramado[56], no contra el dominus aedium, en efecto, si no habita en el edificio, excluyendo su responsabilidad por el derrame o la caída. Dicha afirmación puede servir igualmente para el inquilinus, cuando no habite en la porción del inmueble desde el que se ha arrojado o vertido cualquier cosa.

Siempre es más evidente la disparidad entre el concepto de arrendatario y el de 'habitante' cuando comparamos los requisitos de legitimación pasiva en las dos acciones legales:

En el caso de la acción de "effusis vel deiectis", tanto los propietarios como los arrendatarios solo son considerados responsables si residen en la propiedad de la cual surge el daño o la pérdida[57].

En la acción de "positis vel suspensis", se requiere la presencia tanto del propietario como del inquilino, aunque no residan en el inmueble, siempre y cuando haya algo depositado[58].

Por lo tanto, debemos estar de acuerdo con aquellos que concluyen que las figuras del inquilino y del morador son diferentes, y que el inquilino, al igual que el propietario, no necesariamente es el residente en la solución habitacional. De lo contrario, el discurso del jurista, diseñado para resaltar la distinta legitimidad pasiva en ambas acciones, carecería de sentido práctico[59].

La Roma imperial es la época en la que proliferan las decisiones jurisprudenciales con respecto a los nuevo modelos habitacionales[60], al lado de soluciones senatoriales que quieren dar una rápida respuesta, por un lado, para evitar tumultos y revueltas de las clases populares y por otro, para alejar del modus vivendi de las élites romanas a grupúsculos considerados de ínfimo nivel, que se

56 Kucuk, E.: "L'actio de efussis vel deiectis nel diritto romano classico", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [online]. 2008, n. 30 [citado 2023-05-29], pp. 99-110, explicita la responsabilidad del *habitator*.

57 Barría Díaz, R.:"Actio de effusis vel deiectis y actio de positis vel suspensis: antecedentes, contenido y proyecciones en la moderna responsabilidad extracontractual", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2018, núm. 40, p. 566: "La primera de estas acciones se concedía a todo aquel que sufriese un daño como consecuencia de la caída de un objeto o el derrame de un líquido desde un edificio y se podía dirigir en contra de quien morase en dicho recinto (*habitator*), con independencia de si había o no culpa que imputarle".

58 Wolodkiewicz, W.: "Deiectum vel effusum e positum aut suspensum nel diritto romano", en *RISG*, 1968, núm. 12, pp. 365 e ss; Watson, A.: "Liability in the actio de positis ac suspensis", en *Melanges P. Meylan*, Imprimerie Central, Lausanne, 1963, núm. 1, pp. 2 e ss.

59 Serrao, F.: *Impresa e Responsabilità a Roma nell'età commerciale*, ed. Pacini, Pisa, 1989, pp. 124 ss.

60 Coarelli, E.: "La consistenza della citta nel periodo imperiale: Pomerium, Vici, Insulae", en *La Rome imperiale: demographie et logistique, actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994), Ecole Francaise de Rome*, Roma, 1997, pp. 89-109.

acercaban peligrosamente a los núcleos urbanos considerados hasta ese instante como exclusivamente residenciales para la oligarquía dirigente romana[61].

Independientemente de otras consideraciones, la clase senatorial, acostumbrada a residir en zonas tranquilas de la ciudad, con una densidad demográfica muy baja[62], tuvo que verse amenazada ante este nuevo fenómeno de vecindad agolpada en amplias construcciones, desasosiego que produjo medidas legislativas para frenar el nuevo orden especulativo residencial[63].

Con todo, no podemos obviar que buena parte de los especuladores inmobiliarios pertenecían también a esa clase dirigente[64], que rechazaba vecinos indeseables por su origen y condición, pero que por otra parte le estaban reportando pingües beneficios[65]. Por ejemplo, Cicerón[66], si bien era identificado con un pater conscriptus, es decir, un senador de origen no patricio, en definitiva, un nuevo rico, defiende ese tipo de inversiones, de modo claro en su correspondencia privada, puesto que le resultan sumamente rentables para sus intereses económicos,

61 La separación urbanística, la conocida como 'zonificación', no existía, y un ejemplo al respecto lo encontramos en Pompeya, de acuerdo con el testimonio que nos brinda Beard, M.: *Pompeya*, cit., p. 93: "Pero la verdad clara y llana es que Pompeya era una ciudad sin la zonificación que esperaríamos, y sin una diferenciación significativa entre zonas residenciales para los que pertenecían a la élite y otras para los que no pertenecían a ella. En efecto, no sólo es que las casas más ricas existían al lado de otras mucho más humildes; la elegante Casa de las Vestales, por ejemplo, tenía la entrada principal en medio de todas las tabernas próximas a la Puerta de Herculano y de hecho se hallaba prácticamente puerta con puerta con un par de ruidosas herrerías. Además, el patrón típico vigente en la ciudad era que incluso las mansiones más espléndidas tuvieran pequeños establecimientos comerciales en la fachada que daba a la calle, parte integrante de la finca, aunque sin duda administrados habitualmente no por el propietario de ésta, sino por subordinados o inquilinos suyos. De ese modo, los visitantes de la aristocrática Casa del Fauno habrían podido comprobar que sus dos entradas principales desde la calle se hallaban flanqueadas por cuatro tiendas. No se trata de un sistema muy distinto del que podemos apreciar en las ciudades de la Edad Moderna. En el Londres del siglo XVIII las mansiones de los ricos en Piccadilly lindaban puerta con puerta con los negocios de boticarios, zapateros, peluqueros y tapiceros. Y, por mucho que hablemos en general de zonificación, eso es lo que se encuentra uno incluso hoy día en Nápoles. Los talleres y los comercios napolitanos que ocupan pequeños locales en la planta baja de las grandes mansiones nos ofrecen la impresión más parecida que podemos tener de lo que era la antigua Pompeya".

62 Cfr. Arias Bonet, J. A.: "Sobre el senadoconsulto hosidiano", en *AHDE*, 1980, núm. 50, pp. 378-379, en donde añade: "Bajo esta perspectiva es explicable la irritación contenida que late tras las expresiones que figuran en el s .c. Hosidiano y que el s .c. Volusiano repite. Es cierto que riesgos de esa naturaleza hubieran podido ser evitado a través de prohibiciones directas que tuvieran como blanco las construcciones desmesuradas, pero también es comprensible que el Senado optara por una vía oblicua, rehuyendo choques frontales con intereses poderosos".

63 Fernández Vega, P.A.: *La casa romana,* ed. Akal, Madrid, 2ª ed., 2003, p. 31, en referencia a Roma: "La especulación, más aguda cuanto mayor fuera la presión demográfica en el núcleo urbano, acabará traduciéndose en una densificación del poblamiento mediante la construcción en altura".

64 Calza, G.: *La case d 'affitto in Roma antica*, en *Nuova antología di Lettere*, 1916, p. 151, refiere como las riquezas acumuladas por Craso provenían en su mayoría de la explotación de sus propiedades inmobiliarias urbanas; Frier, B.W.: *Landlords and Tenants*, cit., p. 24: "No doubt it was the case throughout the early Empire that most urban property was controlled by the aristocracy".

65 Vid. al respecto, Grillone, A.: "Punti cardinali dell'amministrazione immobiliare urbana", en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017, núm. 10, p. 3: "La scelta di parlare di classe possidente romana è determinata dalla necessità di mettere in luce come le speculazioni immobiliari coinvolgessero chiunqueavesse una significativa disponibilità economica: in primo luogo, gli appartenenti al ceto senatorio, ma anche equites, liberti arricchiti e ricchi investitori provinciali, da Crasso (Plut. Crass. 2.3-5) a Cicerone, passando per Attico e Tongilianus (Mart. 3.52), fino al misterioso e ricchissimo Afro, di cui narra lo stesso Marziale (Mart. 4.37)".

66 Cic. *ad fam*. 7.23; *ad Att.* 10.5.3; 15.15.4, 15.17.1; 16.1.5.

evitando la criminalización de determinadas prácticas especulativas que incidían negativamente en la salud mental y física de los invisibilizados residentes.

También podemos reconocer como una gran especulador a Licinio Craso, descrito por Plutarco como un aprovechado de las desgracias ajenas[67], de propietarios que perdían sus viviendas pasto de las llamas o a punto de ser devorados por las mismas, a quiénes realizaba míseras ofertas para construir luego sobre los solares, nuevos edificios de los que poder obtener rentas muy beneficiosas.

Fue tal la especulación realizada en suelo urbano en Roma, que el derecho romano clásico reaccionó imponiendo una serie de limitaciones al dominium mediante el senadoconsulto Hosidiano[68], del año 44, bajo el Principado de Claudio, en el que se prohíbe terminantemente la adquisición de inmuebles en estado ruinoso, con un claro desgaste de sus elementos estructurales, con fines especulativos por parte del comprador, que podía obtener un lucro en la posterior demolición y venta, siempre traducido en pingües beneficios para el especulador.

Uno de los motivos de la decisión senatorial impulsada por el emperador Claudio podría corresponderse con una corriente esteticista, que perseguía la conservación de nobles inmuebles, realmente costosos de sostener, pero que mantenían el prestigio de la Urbe, algo que las prácticas agresivas con el entorno urbano en forma de especulación inmobiliaria no ayudaban en absoluto a la armonía estética de Roma.

Con todo, e independientemente de la censura moral dirigida a los inversores, calificándolos como malum exsemplum, un pésimo ejemplo, preocupados única y exclusivamente del lucro obtenido con la compraventa del inmueble deteriorado, la cuestión que fundamentó el senadoconsulto Hosidiano, si bien no la única, fue sin duda alguna tratar de ralentizar y frenar de algún modo la especulación

67 Plutarc. *Crass*. 2.

68 *C.I.L.* 10.1401: "Cum providentia optumi principis tectis quoque | urbis nostrae et totius Italiae aeternitati prospexerit quibus | ipse non solum praecepto augustissimo sed etiam exsemplo | suo prodesset conveniret(que) feliciati saeculi instantis pro portione publicorum operum etiam privatorum custodire"; Arias Bonet, J.A.: *Sobre el senadoconsulto hosidiano*, cit., p. 375: "Como es sabido, la plancha de bronce en la que aparecía transcrito fue descubierta en Herculano hacia 1600, para perderse después, aunque las copias que se obtuvieron antes de la desaparición definitiva puedan estimarse fiables . El texto conservado permite vislumbrar los fines directamente perseguidos por el Senado, pero resulta más difícil la determinación de los móviles . Es claro que aquí, como ocurre también -en el caso del s .c . Veleyano o en e) del s.c . Macedoniano, el Senado intentaba frenar o impedir determinadas prácticas, pero no vemos con nitidez cual era la naturaleza y el volumen de los males que se querían evitar y que intereses eran exactamente los que entraban en juego. Es cierto que el propio texto de la disposición expone abiertamente que males eran esos y que intereses corrían peligro, pero quizá estemos en presencia de un enmascaramiento que desfigure la realidad"; Buongiorno, P.: "CIL X 1401 e il senatus consultum 'Osidiano'", en *Iura*, 2010, núm. 58, pp. 234 ss.; Franchini, L.: "La tutela dei beni immobili privati di interesse storico-artistico nell'esperienza romana", en AA.VV: *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana* (ed. L. Garofalo), ed. Jovene, Nápoles, 2016, pp. 693 ss.; Nasti, F.: "Mutare, detrahere, transferre: considerazioni sui senatusconsulta osidiano, aciliano e l'ad sabinum di Ulpiano", en *SDHI*, 2017, núm. 83, pp. 591 ss.

en suelo urbano como consecuencia de la presión ejercida por la demanda de viviendas y locales. Derruido un inmueble por su estado ruinoso, en teoría para evitar su desplome, conducía de inmediato a la transmisión del suelo ciertamente valioso por su inmejorable situación, para proceder con la construcción de nuevas insulas que proporcionasen un elevado rendimiento del capital inmobiliario, sin que la enajenación de los materiales de derribo se pueda tomar como elemento fundamental de la operación realizada[69].

Otro de los motivos que pesó en el ánimo colectivo senatorial para promover la protección pública de las fachadas clásicas romanas, ante un fenómeno económico y social en ascenso que especulaba con el aprovechamiento urbanístico sin escrúpulos, fue probablemente la reacción hostil de la clase senatorial ante el riesgo que se acercaba con el "cruentissimum genus negotiationis", trasladando una vecindad indeseada, en una gentrificación inversa que produjese la descomposición social y urbana del entorno residencial en el que vivían los sectores más privilegiados de la sociedad romana. Pensemos en el amplio

El sucesivo Senadoconsulto Volusiano[70], de la época de Nerón, reproduce en buena medida el contenido del Hosidiano, confirmando la prohibición general de demolición de un edificio[71]. La prohibición especulativa inmobiliaria se renueva, si bien Roma estaba descuidada en su planificación, ordenamiento y disposición urbanística, por lo que los desastres acaecidos en los multitudinarios edificios no se tenían que provocar, ya que las desdichas iban unidas a las pésimas condiciones de los moradores de tales tugurios habitacionales.

Hay que reconocer que con la llegada del emperador Nerón, y su obsesión por modificar la morfología de la ciudad[72], hasta convertirla en una nueva Roma,

69 Arias Bonet, J.A.: "Sobre el senadoconsulto", cit., p. 377, en donde al referirse a la naturaleza del lucro perseguido afirma que en la venta de los materiales de la construcción derruida no puede encontrarse el motivo de tales operaciones, ya que sería difícil que superase el precio desembolsado por el edificio.

70 Mollá Nebot, S.: *Disposiciones legales sobre edificaciones privadas*, ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 52 ss.

71 Murga Gener, J.L: *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana y en la lex,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1986, pp. 13 ss., afirma que ambos senadoconsultos tenían como objetivo principal la conservación de la unidad de los edificios romanos, prohibiendo la especulación de los mismos, pero no solo por sus ornamentos reconocibles, como estatuas, columnas o relieves, sino incluso por los elementos sencillos y repetitivos como eran las cañerías o los ladrillos de construcción.

72 Suet. *Ner.* 38: "Sed nec populo aut moenibus patriae pepercit. Dicente quodam in sermone communi: …"Immo", inquit… planeque ita fecit. Nam quasi offensus deformitate veterum aedificiorum et angustiis flexurisque vicorum, incendit urbem tam palam, ut plerique consulares cubicularios eius cum stuppa taedaque in praediis suis deprehensos non attigerint, et quaedam horrea circum domum Auream, quorum spatium maxime desiderabat, ut bellicis machinis labefacta atque inflammata sint quod saxeo muro constructa erant. Per sex dies septemque noctes ea clade saevitum est ad monumentorum bustorumque deversoria plebe compulsa. Tunc praeter immensum numerum insularum domus priscorum ducum arserunt hostilibus adhuc spoliis adornatae deorumque aedes ab regibus ac deinde Punicis et Gallicis bellis votae dedicataeque, et quidquid visendum atque memorabile ex antiquitate duraverat. Hoc incendium e turre Maecenatiana prospectans laetusque "flammae", ut aiebat, "pulchritudine" Halosin Ilii in illo suo scaenico habitu decantavit. Ac ne non hinc quoque quantum posset praedae et manubiarum invaderet, pollicitus cadaverum et ruderum gratuitam egestionem nemini ad reliquias rerum suarum adire permisit, conlationibusque non receptis modo verum et efflagitatis provincias privatorumque census prope

construida con materiales superiores que ennoblecieran la ciudad y la convirtiesen en un destino admirado por su belleza estética, los riesgos eran menores para los inversores en propiedades inmobiliarias[73], pero ello también requirió un mayor esfuerzo inicial antes de conseguir una alta rentabilidad y la recuperación total del dinero invertido[74].

Sin embargo, la obsesión urbanística de Nerón acrecentó la leyenda negra, de acuerdo con la cual, el emperador decidió quemar gran parte de la ciudad, la caótica, ruidosa, insalubre e inundada de construcciones de ínfima calidad y atestadas de arrendatarios de la más baja condición económica y social.

De acuerdo con el relato de Tácito, de las catorce divisiones, o barrios de la ciudad, sólo cuatro quedaron en pie, al expandirse un fuego incontrolado que comenzó en los almacenes de las tiendas en los que se guardaban las mercancías, y devoró buena parte del panorama urbano de Roma[75]. Ni los muros ni las casas fortificadas resistieron el envite de las llamas, y la calamidad convirtió en ruinas, humo y cenizas la calzada urbana romana[76].

Nerón, inspirado por una nueva escena inmobiliaria, decidió que era necesario regular la construcción de edificios para evitar una nueva devastación, con medidas preventivas que permitieran asegurar una política urbanística segura. Así, las calles debían ser más amplias, la altura de los edificios sensiblemente inferior a la antaño permitida, la piedra ligera sustituyó a la madera en la construcción de los techos, y se suprimieron las paredes medianeras entre los edificios para poder separar

exhausit", en dónde Nerón aparece como el gobernante que está escandalizado de la deformidad de los viejos edificios y la estrechez y tortuosidad de las calles, motivo principal por el que prende fuego a la ciudad para reconstruirla de acuerdo con los estándares urbanísticos que se merecía la Urbs.

73 Tac. *ann.* 15.43.

74 Frier, B.W.: *Landlords and Tenants*, cit., p. 22.

75 Tac. *ann.* 15.38: "Sequitur clades, forte an dolo principis incertum (nam utrumque auctores prodidere), sed omnibus, quae huic urbi per violentiam ignium acciderunt, gravior atque atrocior. initium in ea parte circi ortum, quae Palatino Caelioque montibus contigua est, ubi per tabernas, quibus id mercimonium inerat, quo flamma alitur, simul coeptus ignis et statim validus ac vento citus longitudinem circi conripuit. neque enim domus munimentis saeptae vel templa muris cincta aut quid aliud morae interiacebat. impetus pervagatum incendium plana primum, deinde in edita adsurgens et rursus inferiora populando anteiit remedia velocitate mali et obnoxia urbe artis itineribus hucque et illuc flexis atque enoribus vicis, qualis vetus Roman fuit. ad hoc lamenta paventium feminarum, fessa aetate aut rudis pueritiae [aetas], quique sibi quique aliis consulebat, dum trahunt invalidos aut opperiuntur, pars mora, pars festinans, cuncta impediebant. et saepe, dum in tergum respectant, lateribus aut fronte circumveniebantur, vel si in proxima evaserant, illis quoque igni correptis, etiam quae longinqua crediderant in eodem casu reperiebant. postremo, quid vitarent quid peterent ambigui, complere vias, sterni per agros; quidam amissis omnibus fortunis, diurni quoque victus, alii caritate suorum, quos eripere nequiverant, quamvis patente effugio interiere. nec quisquam defendere audebat, crebris multorum minis restinguere prohibentium, et quia alii palam facies iaciebant atque esse sibi auctorem vociferabantur, sive ut raptus licentius exercerent seu iussu".

76 Newbold, R.F.: "Some Social and Economic Consequences of the A.D. 64 Fire at Rome", en *Latomus*, 1974, núm. 33, pp. 858 ss., en donde divide las consecuencias del fuego "neroniano" por clases sociales, destacando el impacto negativo en las clases menos acomodadas, pero también la destrucción de buena parte del patrimonio imperial, que hizo necesario una reconstrucción bien planificada.

los bloques y convertir cada construcción en un elemento arquitectónico más seguro[77].

III. CONCLUSIONES.

No existe una política urbanística perfecta, pero es cierto que desde el derecho romano se reguló, por un lado, la realidad arquitectónica, y por el otro, la necesidad de convertir un bien tan preciado como la vivienda en un objeto de protección estatal. La propiedad, el dominio más pleno sobre una cosa, se identificaba en primer lugar con la domus, la casa en la que el paterfamilias residía con los miembros de su núcleo familiar, agnados o cognados, por parentesco civil o de sangre, y donde sucedían los actos más importantes de un romano, excepción hecha de la vida política, que sucedía en el Foro.

En aquellos tiempos, la seguridad jurídica procedía de las costumbres inmemoriales, que regían de aquella manera los destinos de los ciudadanos romanos, sin contestación alguna ante los designios divinos, interpretados por los pontífices, y los mores maiorum, las normas de sus antepasados que podían completar supuestamente cualquier laguna jurídica. La aparición de la ley de las Doce Tablas supuso un impulso jurídico reglado, ya que ahora podían conocer con antelación la necesidad de observar una determinada conducta, con la sanción correspondiente en caso de transgresión, sobre todo en el ámbito de las relaciones privadas.

Con todo, en una comunidad pequeña y con el honor como símbolo conductual, los conflictos en el ámbito urbanístico eran infrecuentes, y resueltos por el derecho romano sin mayores complicaciones. La vivienda en propiedad era lo habitual, y se identificaba con una casa unifamiliar, en la que también residían, pero en espacios mucho más modestos, los esclavos al servicio de su dueño. Existía un alquiler, predominantemente rústico, pero con contratos de larga duración y no sometidos a los vaivenes del aumento de valor del terreno en el que se encontraban.

El problema surgió más tarde, cuando la densidad demográfica produjo una fuerte demanda en el mercado inmobiliario de Roma, la ciudad de los excesos, y creció desmesuradamente, lo que derivó en un aumento igualmente abusivo de los réditos fruto del arrendamiento. Los alquileres se unieron a un frenesí inmobiliario urbano, en el que la carestía de viviendas se tradujo en el arrendamiento de infra soluciones habitacionales carentes de cualquier comodidad y atención al arrendatario, con la intención de obtener beneficios a toda costa, con el ánimo

77 Tac. *ann.* 15.39.

especulativo al alza de cualquier propietario que pudiese enriquecerse mediante la construcción en altura.

Es evidente que en la Roma arcaica prevalecía el concepto de domus como casa unifamiliar, solución preferida para vivir, y que solo en la tarda República comienzan los excesos inmobiliarios y el cambio de modelo constructivo. Ahora, la sociedad es más frenética, ya no suceden los hitos romanos en pausa, sino que la expansión territorial conduce a la sociedad a un consumo inmediato, y al deseo de residir en una urbe más universal pero intensamente poblada.

En el Imperio ya no se puede pensar en soluciones urbanas ordenadas, ya que el caos se ha instalado en los barrios más populosos, y no solo en la periferia de la Urbs. Las soluciones se toman de forma drástica, pero solo ante los desastres y desdichas unidos a la especulación inmobiliaria, inconsciente y peligrosa, que dramatiza la vida cotidiana de los romanos.

El honor se sustituye por el aprovechamiento inmediato de todos los arrendamientos posibles, y la monetización de la sociedad pervierte el derecho romano procedente de las costumbres de los antepasados, cada vez más lejanos. La regulación del nuevo urbanismo se hace urgente, y las tragedias hacen necesaria una normativa protectora y preventiva de la edificación en vertical. La domus es cada vez más extraña en el perímetro urbano, y más concentrada en ciudadanos pertenecientes a clases muy alejadas de la plebeya realidad urbana.

Los inmuebles, y sus gestores, ya sean propietarios, o usufructuarios, o poseedores, o arrendadores, construyen un nuevo modelo de vivienda que exprime el concepto de hogar hasta reducirlo a soluciones habitacionales de ínfimo nivel, con olores, sonidos y colores que reducen a la ciudad conquistadora y expansionista en un ejemplo contrario de residencia vital.

Bien es cierto que el derecho romano actuó correctamente en varios momentos de la deriva urbanística, pero como remedio para los excesos en la edificación más que como modelo previo a la construcción en altura. Y parece que esta realidad, de la que nos gustaría huir, se presenta en la sociedad actual como una nueva imitación, con mejores materiales las más de las veces, pero con la misma intención aviesa del disfrute económico, ajeno a la comodidad y necesidad de los adquirentes de una propiedad inmobiliaria, que desean una residencia en las mejores condiciones, sin tener que desconfiar de los vicios ocultos que pueda contener el bien adquirido.

BIBLIOGRAFÍA.

ALBANESE, B.: "Vita necisque potestas paterna e lex Iulia de adulteriis coercendis", en AA.VV.: *Studi Mussotto*, Montaina, Palermo, 1980, núm. 2.

ARÉVALO CABALLERO, W.: "La locatio-conductio urbana: peculiaridades", en AA.VV.: *Fundamentos Romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), ed. BOE, Madrid, 2021, Tomo 7.

ARIAS BONET, J. A.: "Sobre el senadoconsulto hosidiano", *AHDE*, 1980, núm. 50.

BARRÍA DÍAZ, R.: "Actio de effusis vel deiectis y actio de positis vel suspensis: antecedentes, contenido y proyecciones en la moderna responsabilidad extracontractual", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2018, núm. 40.

BARTON, I.M.: *Roman Domestic Buildings*, University of Exeter Press, Chicago, 1996.

BEARD, M.: *Pompeya. Historia y leyenda de una ciudad romana*, trad. esp., ed. Crítica, Barcelona, 2008.

BONFANTE, P., *Corso di diritto romano* I, ed. A. Sampaolesi, Roma, 1925.

BUONGIORNO, P.: "CIL X 1401 e il senatus consultum 'Osidiano'", *Iura*, 2010, núm. 58.

CALORE, E.: *'Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, ed. Giuffré, Milán, 2011.

CALZA, G.: "La case d 'affitto in Roma antica", en AA.VV.: *Nuova antología di Lettere*, 1916.

CALZA, G.: *Scavi di Ostia*, vol.I, *Topografia Generale*, Libreria dello Stato, Roma, 1953.

CAPOGROSSI COLOGNESI, L.: *L'agricoltura romana. Guida storica e critica*, ed. Laterza, Roma-Bari, 1982.

CARANDINI, A.: "Domus e insulae sulla pendice settentrionale del Palatino", *Bullettino della Commissione Archeologica Comunale di Roma*, 1986, núm. 91.

CARCOPINO, J.: *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del Imperio*, trad. esp., ed. Temas de Hoy, Madrid, 2001.

Cenerini, F.: *La donna romana*, ed. Il molino, Bolonia, 2009.

Churruca, J.: "La pignoración tácita de los invecta et illata en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico", *RIDA*, 1977, núm. 24.

Coarelli, E.: "La consistenza della citta nel periodo imperiale: Pomerium, Vici, Insulae", en AA.VV.: *La Rome imperiale: demographie et logistique, actes de la table ronde (Rome, 25 mars 1994)*, Ecole Francaise de Rome, Roma, 1997.

Daube, D.: "The accuser under the Lex Iulia de Adulteriis", *Salonica Congress of Byzantine Studies,* Atenas, 1955, ahora *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt, 1991, núm. 1.

De Witt, N.W.: "The Primitive Roman Household", *The Classical Journal*, 1920, núm. 15.

Di Porto, A., "L'impresa agricola nel periodo imprenditoriale", en Cerami, P.- Di Porto, A.- Petrucci, A.: *Diritto commerciale romano. Profilo storico* 2, ed. Giappichelli, Turín, 2004.

Donaldson, I.: *The Rapes of Lucretia: AMyth and its Transformations*, Oxford University Press, Oxford, 1982.

Düll, R.: "Iudicium domesticum, abdicatio und apoceryxis", *ZSS*, 1943, núm. 63.

Dunbabin, K.M.D.: "Triclinium and Stibadium", en AA.VV.: *Dining in a Classical Context*, (ed. por W.J. Slater), The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1991.

Ernout, A.: "Domus, fores et leurs substituts", *RPh*, 1932, núm. 6.

Ernout, A.-Millet, A.: *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine. Histoire des mots,* 3ª ed., Lib. C. Klincksieck, París, 1951.

Fernández Vega, P.A.: *La casa romana,* ed. Akal, Madrid, 2ª ed., 2003.

Ferrara, D.-De Carolis, E.- Esposito, F.: "Riflessioni sul sectile pavimentum del triclinio della Casa dell'Efebo a Pompei", *Rivista di Studi Pompeiani*, 2017, núm. 28.

Franchini, L.: "La tutela dei beni immobili privati di interesse storico-artistico nell'esperienza romana", en AA.VV.: *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana* (ed. por L. Garofalo), ed. Jovene, Nápoles, 2016.

Frier, B.W.: *Landlords and Tenants in imperial Rome*, Princeton University Press, Princeton, 1943.

Geib, G.: *Geschichte des römische Criminalprozess*, Buch. Weichmann, Leipzig, 1842.

Greenough, J.B.: "The Fauces of the Roman House", *Harvard Studies in Classical Philology*, 1890, núm. 1.

Grillone, A.: "Punti cardinali dell'amministrazione immobiliare urbana", *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2017, núm. 10

Grimal, P.: *La civilización romana*, trad. esp., ed. Paidós, Barcelona, 1999.

Gua.rino, A.: *Il dossier di Lucrezia*, en *Pagine di diritto romano*, IV, ed. Jovene, Nápoles, 1994.

Guarino, A., *Diritto Privato Romano,* 12ª ed., ed. Jovene, Nápoles, 2001.

Holleran, C.: "Finding Commerce: The taberna and the identification of Roman Commercial Space", *Papers of the British School at Rome*, 2017, núm. 85.

Kucuk, E.: "L'actio de efussis vel deiectis nel diritto romano classico", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [online]. 2008.

Lambertini, R.: "Ancora sui leggitimati a uccidere iure patris ex lege Iulia de adulteriis", *SDHI*, 1992, núm. 58.

Longo, G.: "I quasi delicta actio de effusis et deiectis actio de positis ac suspensis", *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Milán, 1983, núm. 4.

Mentxaca R.: *La pignoración de colectividades en el derecho romano clásico*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986.

Mollá Nebot, S.: *Disposiciones legales sobre edificaciones privadas*, ed. Dykinson, Madrid, 2019.

Murga Gener, J.L: *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana y en la lex,* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1986.

Nack, E.-Wägner W.: *Roma*, trad. esp., ed. Labor, Barcelona, 1960.

Nasti, F.: "Mutare, detrahere, transferre: considerazioni sui senatusconsulta osidiano, aciliano e l'ad sabinum di Ulpiano", *SDHI*, 2017, núm. 83.

NEWBOLD, R.F.: "Some Social and Economic Consequences of the A.D. 64 Fire at Rome", en *Latomus*, 1974, núm. 33.

PACKER, J. E., "The insulae of Imperial Ostiae", *MAAR*, 1971, núm. 31.

PALMIRSKI, T.: "Effusum vel deiectum", en *Au delà des frontieres. Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz*,, ed. Liber, Varsovia, 2000, núm. 2.

PAVÓN, P.: "Valerio Máximo y la asimetría sexual en la severidad del castigo", *Latomus,* 2008, núm. 67.

POMEROY, S. B.: *Goddesses, Whores, Wives and Slaves: Women in Classical Antiquity*, Random House, Nueva York, 1975.

PROVERA, G.: s.v. Actio de effusis et deiectis, en *Noviss. dig. it*., Turín, 1957, núm. 1.

RABELLO, A.M.: "Il ius occidendi iure patris della lex Iulia de adulteriis coercendis e la vitae necisque potestas del paterfamilias", en *Atti Sem. Rom. Intern*., Perugia, 1972.

RAMOS MAESTRE, Á.: *La responsabilidad civil por los daños causados por cosas arrojadas o caídas*, ed. Práctica de Derecho, Madrid, 2001.

RIZZELLI, G.: *Lex Iulia. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, ed. Grifo, Lecce, 1997.

ROBINSON, O.: *Ancient Rome. City planning and administration*, ed. Routledge, London, 1992.

RODRÍGUEZ- ENNES, L.: "La actio de positis vel suspensis y la aparición de los modernos delitos de peligro", en AA.VV.: *Fundamentos Romanísticos del derecho contemporáneo* (dir. por J. GARCÍA SÁNCHEZ), ed. BOE, Madrid, 2021, Tomo VI.

RUSSO RUGGERI, C.: "Qualche osservazione in tema di ius occidendi ex lege Iulia de adulteriis coercendis", *BIDR*, 1989-1990, núm. 92-93.

SACHERS, E.: *s.v.* "Potestas patria", *REPW*, núm. 43, 1953.

SANNA, M.V.: "Matrimonium iniustum, accusatio iure viri et patris e ius occidendi", *AUPA*, 2010-2011, núm. 54.

SERRAO, F.: *Impresa e Responsabilità a Roma nell'età commerciale*, ed. Pacini, Pisa, 1989.

Spagnuolo Vigorita, T.: "La data della lex Iulia de adulteriis", en AA.VV.: *Iuris Vincula, Studi Talamanca*, Nápoles, 2001, núm. 8.

Storey, G.R.: "The Meaning of "Insula" in Roman Residential Terminology", *Memoirs of the American Academy in Rome*, 2004, núm. 49.

Torrent, A.: "Derecho penal matrimonial romano y poena capitis en la represión del adulterium", *RIDROM*, octubre 2016.

Vitrubio, *Los diez Libros de Arquitectura*, trad. esp., Biblioteca Miguel de Cervantes, Alicante, 2014.

Volterra, E.: "In tema di accusatio adulterii", *Studi Bonfante*, Milán, 1930, núm. 2, p. 109 ss., ahora en *Scritti giuridici*, Nápoles, 1991, núm. 1.

Watson, A.: "Liability in the actio de positis ac suspensis", en *Melanges P. Meylan*, Imprimerie Central, Lausanne, 1963, núm. 1.

Watson, A.: *Rome of the XII Tables: Persons and Property*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1975.

Wesener, G.: s.v. "Iudicium domesticum", *REPW* , 1962, núm. 9.

Wolodkiewicz, W.: "Deiectum vel effusum e positum aut suspensum nel diritto romano", *RISG*, 1968, núm. 12.

Yaron, R.: "Vita Necisque Potestas", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1962, núm. 30.

Zumpt, A. W.: *Das Criminalrecht des römische Republik* I, ed. Salzwasser, Berlín, 1865.

EL JUICIO DE DESAHUCIO DE OCUPAS. SOLUCIONES PROCESALES AL LANZAMIENTO

THE EVICTION OF ILLEGAL OCCUPANTS. PROCEDURAL SOLUTIONS TO DISPOSSESSION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 48-69

Federico Adan
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar la tramitación y aplicación práctica de un nuevo procedimiento judicial instaurado en la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta vía judicial tiene como finalidad dar una respuesta rápida a los propietarios ante la ocupación de viviendas, presentando una serie de especialidades en relación a los juicios de arrendamiento, que podríamos denominar ordinarios. Este procedimiento se crea ante una alarma social, pero su creación exige también la instauración de medidas protectoras para aquellas personas con vulnerabilidad social. Es por ello, que también se analizan en este artículo algunas de las actuaciones que permitirían salvaguardar los derechos de las personas con vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVE: Desahucio; ocupación; vulnerabilidad; lanzamiento.

ABSTRACT: *The aim of this article is to analyse the processing and practical application of a new judicial procedure established in the Civil Procedure Act. The purpose of this judicial procedure is to provide a rapid response to homeowners in the event that their residence be occupied, and it has a variety of special features in relation to tenancy proceedings, which could be referredc to as ordinary. The procedure has been created as a result of social alarm, but it also requires protective measures for socially vulnerable people. To this end, the article also analyses some of the actions that could safeguard the rights of vulnerable people.*

KEY WORDS: *Eviction; occupation; vulnerability; launch.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN: TIPOLOGÍA DE HABITANTES DE INMUEBLES.- II. CREACIÓN DE UN NUEVO PROCESO JUDICIAL.- III. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO PROCESO.- IV.- TRAMITACIÓN DEL PROCESO.- 1. Objeto del proceso.- 2. Competencia judicial.- 3. Legitimación.- 4. Incoación del proceso.- 5. Admisión de la demanda.- 6. Posibles actuaciones del demandado.- 7. Contestación a la demanda.- 8. Celebración de vista y sentencia.- 9. Impugnación y ejecución. V. ACTUACIONES PROTECTORAS DE LAS PERSONAS OCUPANTES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL ANTE UN POSIBLE LANZAMIENTO DERIVADO DEL PROCESO JUDICIAL. SOLUCIONES PROCESALES.

I. INTRODUCCIÓN: TIPOLOGÍA DE HABITANTES DE INMUEBLES.

Unos de los ámbitos que se ha visto más afectado por la crisis económica ha sido el referente a la vivienda. La imposibilidad de muchas familias de obtener un crédito, así como el alto precio de los alquileres, ha dibujado una situación desalentadora en cuanto a la posibilidad de adquirir o arrendar una vivienda.

Esta lamentable situación, se ha plasmado en el nacimiento de un fenómeno social como es el de la ocupación, que afecta a miles de personas sin recursos que no pueden hacer efectivo su derecho a una vivienda digna, reconocido constitucionalmente. Pero, si lamentable es la situación de insuficiencia económica de algunas familias, adjetivo más descalificativo deberíamos conceder a aquellos supuestos en que ha nacido una actuación ilícita, a través de grupos organizados que, aprovechándose de la angustiosa situación familiar de algunas personas, se dedican a alquilar viviendas a personas sin recursos de forma "mafiosa".

Así, podríamos manifestar que con la crisis económica se ha modificado la tradicional tipología de habitantes de un inmueble, pues, conjuntamente con la figura del propietario, o del arrendatario, surge el denominado ocupa, que presenta una duplicidad de situaciones que, a nuestro entender, necesitan de un tratamiento diferenciado en cuanto a su tutela jurídica, la ocupación, por necesidad, esto es, las hipótesis de exclusión social, y la ocupación "por voluntad", es decir, los supuestos de mafias con fines lucrativos.

Es evidente que esta situación de ocupación es un fenómeno social, nuevo y desgraciado, pero frente al que los poderes públicos debían adoptar las medidas necesarias para poner fin al mismo, extremo que sucede, en el ámbito procesal, con la publicación de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de enjuiciamiento civil en relación con la ocupación ilegal de viviendas[1]. Mediante la aplicación de este texto normativo, se pretende poner fin,

1 BOE, núm. 142, de 12 de junio de 2018.

• Federico Adan Doménech
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Rovira i Virgili. Correo electrónico: federico.adan@urv.cat

o cuanto menos solucionar parcialmente, la confrontación entre el derecho que tienen los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada- art. 47 CE-, y el derecho a la propiedad privada –art. 33 CE-.

En el presente trabajo, pretendemos analizar, los principales problemas prácticos que se plantean en la práctica forense, resultante de la aplicación de este nuevo proceso judicial regulado en la Ley 5/2018.

II. CREACIÓN DE UN NUEVO PROCESO JUDICIAL.

El fundamento legal de la prohibición de la ocupación lo encontramos en diferentes normas de carácter sustantivo. Por un lado, el precepto 441 CC establece que "en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello". Por otro lado, el art. 446 CC, sostiene que "todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuera inquietado en ella, tendrá que ser amparado o restituido en esta posesión por los medios que las leyes de procedimiento establezcan".

Concretado el fundamento sustantivo que protege el interés y derecho del poseedor o del propietario, hasta la entrada en vigor de la Ley 5/2018, de 11 de junio, existían diferentes cauces procesales a través de los cuales se podía hacer efectiva esta protección, vías procesales que se concretaban en los siguientes procesos: a.- Juicio verbal de desahucio por precario 250.1.2 LEC; b.- Proceso verbal de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión 250.1.4 LEC- Interdicto de retener y recobrar; c.-Procedimiento verbal de efectividad de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad 250.1.7 y d.- Juicio declarativo incoando acción reivindicatoria.

No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley 5/2018, calificaba de ineficaces a estos procesos judiciales respecto de la recuperación de la posesión, manifestando que "ninguno de los cauces legales actualmente previstos en la vía civil, para procurar el desalojo de la ocupación por la fuerza de inmuebles, resulta plenamente satisfactorio y, en todo caso, se demora temporalmente de forma extraordinaria, con los consiguientes perjuicios de los legítimos poseedores de la vivienda, en muchos casos también con una difícil situación económica, personal o familiar".

La solución encontrada por el legislador se concreta en la creación de un nuevo proceso judicial que se suma al elenco de posibilidades que ostenta el propietario o el poseedor para recuperar el inmueble, modificando los preceptos 150, 250, 437, 441 y 444 LEC de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El legislador justificaba esta decisión manifestando que "conviene articular los mecanismos legales ágiles en la

vía civil que permitan la defensa de los derechos de titulares legítimos que se ven privados ilegalmente y sin su consentimiento de la posesión de su vivienda, cuando se trata de personas físicas, entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social".

III. CONSTITUCIONALIDAD DEL NUEVO PROCESO.

La celeridad en cuanto al desalojo, la limitación de los medios de oposición y, fundamentalmente, la falta de una vivienda para aquellas personas que eran objeto del desalojo, son las causas del interrogante plantado respecto de la constitucionalidad de este nuevo proceso. Estas dudas se concretaron en la formulación de un Recurso de inconstitucionalidad, planteado por el grupo Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso.

Este recurso de inconstitucionalidad ha sido resuelto por la STC 28 febrero 2019[2], en favor de la constitucionalidad del proceso, afirmando, genéricamente, que "debe rechazarse que el proceso especial para la recuperación de la posesión de una vivienda ocupada vulnera: a.- los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y b.- la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2)". Estas premias genéricas han sido argumentadas en cuatro grandes bloques que se concretan en los siguientes.

En primer lugar, respecto del derecho de defensa, el TC considera que: "a.-No se veda al demandado de la posibilidad de defenderse, por lo que no existe indefensión material; b.-La presentación del título por el demandado para oponerse, da una igualdad de armas procesales que hace efectivo el principio de contradicción; y c.-La ausencia de cosa juzgada material deja abierta la puerta a una cognición plena en un posterior proceso declarativo ordinario".

En segundo lugar, en relación a la notificación y posibilidad de dirigir genéricamente la demanda contra los ignorados ocupantes, el TC sostiene que: "a.- No cabe imponer al propietario una labor investigadora para la identificación de los ocupantes ilegales, tarea infructuosa; b.-Esos ocupantes desconocidos lo serán en su identidad personal, pero no en su paradero, ya que pueden ser hallados en la vivienda ocupada; c.- En este proceso aunque sea desconocida la identidad de los ocupantes no procede la notificación por edictos; y d.-Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia de tal extremo al interesado".

2 STC 28 febrero 2019, Sentencia número 32/2017, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

En tercer lugar, en cuanto al lanzamiento forzoso sin alternativa habitacional y sin permitir a los órganos judiciales valorar las concretas circunstancias de cada caso, el TC ha defendido que: "a.-El derecho a la elección de residencia no es absoluto ni habilita a ocupar cualquier vivienda o espacio, ha de ejercerse con respeto a ley y derechos de los demás; b.-La orden judicial de desalojo no excluye que los poderes públicos deban atender las situaciones de exclusión residencial que pudieran producirse, en particular cuando afectaren a personas especialmente vulnerables; y c.- La ley impone al órgano judicial el deber de comunicar esa situación a los servicios públicos competentes en materia de política social".

En cuarto lugar, respecto de la prohibición de desalojos forzosos, el TC manifiesta que: "a.-La prohibición de desalojos forzosos a la que se refieren los instrumentos de Naciones Unidas citados por los recurrentes no se aplica a los desalojos efectuados legalmente, y b.- El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende también el derecho a la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales en sus propios términos".

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO

El juicio de desalojo de los ocupantes de la vivienda se desarrollará a través de las normas del juicio verbal, pues la regulación de este proceso se incardina en el precepto regulador de las materias enjuiciadas por el juicio verbal. Así, la Ley 5/2018 modifica el ordinal cuarto del número 1º del precepto 250 LEC, restando el mismo con la siguiente literalidad: "Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute. Podrán pedir la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella, siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social".

1. Objeto del proceso.

El art. 250.1.4 LEC sostiene que el proceso creado por la Ley 5/2018, pretende la recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella.

De la dicción del precepto, es preciso resaltar que no se utiliza el término "habitual" en relación a la vivienda, sino que se habla de forma abstracta sin adjetivarla, hecho que amplía el objeto del proceso. Así, pueden ser objeto del proceso la recuperación de la propiedad o posesión de las siguientes modalidades

de vivienda: a.- Vivienda habitual; b.- Segundas viviendas; c.- Viviendas temporales o de vacaciones; d.-Viviendas que estén completamente deshabitadas; y e.- Vivienda vacía en venta…

Uno de los interrogantes que surgen de la redacción del precepto y que deberá ser resuelto por los Tribunales de Justicia, se concreta en determinar si debe ser un inmueble el objeto de recuperación o si el objeto puede extenderse a otras formase vivienda. A nuestro entender no debe limitarse a los inmuebles. Afirmación que sostenemos en base a la doctrina judicial del TS, establecida, entre otras, en la STS 20 mayo 2008, en la que se argumenta que debe entenderse como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive"[3]. Tesis seguida por la jurisprudencia menor. Así, la SAP Tarragona 31 julio 2018, sostiene que "constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive esa persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotte, etc..., comprendidas las habitaciones de un hotel en las que se viva[4]".

Por el contrario, no constituiría objeto del proceso, la recuperación de locales de negocio, garajes, solares o terrenos.

2. Competencia judicial.

La determinación del órgano judicial no presenta especialidades respecto de las normas generales reguladas en la Ley procesal. Partiendo de esta premisa, la competencia objetiva corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia, conforme a las reglas contenidas en el art. 45 LEC, el cual determina "que corresponden a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales". Por materia, es evidente que el desalojo de ocupas de vivienda no puede ser enjuiciando por los Juzgados mercantiles, y respecto del otro Juzgado que ostenta competencia para conocer de los juicios civiles en primera instancia, como es el Juzgado de Paz, la propia Ley procesal, en su norma 47, excluye de sus conocimientos esta modalidad procedimental, al sostener que "a los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento, en primera instancia de los asuntos civiles de cuantía no superior a 90 euros que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado 1 del art. 250", encontrando cabida legal, la regulación del proceso de desalojo de ocupas, precisamente en el precepto 250 LEC.

3 STS 20 mayo 2008 (Id Cendoj: 28079110012008100221).

4 SAP Tarragona 31 julio 2018 (Id Cendoj: 43148370022018100336).

En cuanto a la competencia territorial, el fuero a aplicar será el regulado en el art. 52.1.1. LEC, en base al cual, en "los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante".

No resultará posible la modificación de la competencia determinada legalmente, en base a la voluntad de las partes, como consecuencia de la prohibición regulada en la norma 54.1 LEC, en cuanto al hecho de vetar la posibilidad de acudir a la sumisión en cualquiera de sus modalidades en los procesos verbales, tramitándose, el proceso de desalojo de ocupas por los cauces de esta modalidad procedimental.

3. Legitimación.

La propia Ley 5/2018 establece, de forma concreta, a quien le corresponde la legitimación activa, atribuyéndola a las personas físicas, a las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer la vivienda, y a las entidades públicas propietarias o poseedoras. Sin embargo, esta enunciación genérica requiere de una labor de concreción.

Respecto a las personas físicas, deben englobarse en esta categoría, no solo el propietario de la vivienda, sino también el poseedor en cualquiera de sus modalidades, siempre y cuando, presente título que justifique su posesión, entre ellos la figura del arrendatario, del usufructuario…

En cuanto a las a las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseer la vivienda, al no definirse a qué entidades hace referencia el texto normativo, consideramos que la norma de referencia es la Ley 49/2002, de 23 de diciembre[5], la cual en su art. 2, establece que se consideraran entidades sin fines lucrativos: "a) Las fundaciones, b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública, c) Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo, d) Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones. e) Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español, y f) Las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores". En todo caso, consideramos prudente que con la demanda que incoe el proceso se acredite la falta de fin lucrativo mediante la aportación de un certificado de la Agencia Tributaria.

5 BOE, núm. 307 de 24 de diciembre de 2002.

En relación a las entidades públicas propietarias o poseedoras, el principal problema que puede platearse en la práctica se concreta en aquellos supuestos en que la gestión de los inmuebles se efectúa a través de una entidad privada o de naturaleza mixta con fines lucrativos, o a través de concesiones u otras figuras, tales como contratas, subcontratas. A nuestro entender, la determinación de la legitimación activa no debe concretarse por la naturaleza de la entidad que gestiona los inmuebles, sino por el propietario de estos, y si estos cumplen los requisitos exigidos por la Ley 5/2018 podrán incoar esta modalidad procesal.

En contrapartida, no ostentarán legitimación activa para incoar este proceso, los Bancos, entidades financieras, o empresas promotoras, por ostentar naturaleza privada y fines lucrativos, los cuales deberán acudir a otros cauces judiciales para recuperar la posesión de la vivienda, como ha reconocido el TC en su sentencia de 28 de febrero de 2019[6].

Surge el interrogante de si es posible conceder legitimación activa para incoar este proceso a las comunidades de propietarios. Pensemos que los denominados ocupas pueden originar molestias en la comunidad, sin que sea posible la comunicación con el propietario, o que el mismo sea ilocalizable o que concurran razones de urgencia, por un mal uso de los espacios comunes. La concesión de legitimación activa a las comunidades de propietarios puede defenderse en base a la norma 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, que regula la solicitud de cesación de las actividades molestas.

Una vez analizada la legitimación activa, deviene necesario concretar si es precisa la postulación procesal para incoar este proceso. A nuestro entender, resulta preceptiva tanto la intervención de abogado como de procurador, pues las excepciones aplicables a los procesos arrendaticios respecto a la intervención de los profesionales del derecho son: a.- Procesos cuya cuantía sea por una suma inferior a 2000 euros, excepción que no resulta de aplicación al desalojo de ocupas al ser un proceso determinado por la materia y no por la cuantía, b.- Cuando se excepciona la intervención de abogado y procurador "versus" los procesos determinados por materia, estos se enumeran, y entre ellos no se encuentra el procesos que analizamos, y c.- En las normas 23 y 31 LEC, se establece que la excepción a la postulación procesal, en relación a los juicios verbales, solo es aplicable a los concretados por la cuantía, en contraposición a aquellas materias cuyo enjuiciamiento se encomienda al juicio verbal por razón de la materia, como es el caso del desalojo de ocupas.

En relación con la legitimación pasiva, la Ley procesal sostiene que la demanda podrá dirigirse ante aquellos que perturban la posesión o la propiedad. El principal

6 STC 28 febrero 2019, Sentencia número 32/2017, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

problema en la preparación de la demanda se concreta en la dificultad del demandante en poder identificar a aquellos que le despojan de la propiedad o de la posesión. La experiencia forense acredita, que esta dificultad, en cuanto a la identificación no es subsanada por la práctica de diligencias preliminares, por ser su resultado infructuoso.

Partiendo de esta premisa y ante la finalidad de evitar la imposibilidad del propietario o poseedor legítimo de recuperar la situación inicial a la ocupación, la Ley 5/2018 adopta una solución que se traduce en la flexibilización de los datos de identificación de las personas demandadas, permitiendo identificar a los mismos en base a la genérica expresión de los ignorados o desconocidos ocupantes, figura que no es de nuevo cuño, por aceptarse jurisprudencialmente, evitando así la inefectividad de la demanda en base a actuaciones, en ocasiones maliciosas de los demandados o ante la imposibilidad de identificarlos. Esta flexibilidad queda acreditada de la literalidad del apartado 3 bis del art. 437, en el cual se establece que "cuando se solicitase en la demanda la recuperación de la posesión de una vivienda o parte de ella a la que se refiere el párrafo segundo del numeral 4.º del apartado 1 del art. 250, aquélla podrá dirigirse genéricamente contra los desconocidos ocupantes de la misma, sin perjuicio de la notificación que de ella se realice a quien en concreto se encontrare en el inmueble al tiempo de llevar a cabo dicha notificación".

La permisibilidad de la utilización de esta genérica expresión constituye una excepción a los requisitos exigidos en los preceptos 399 y 437 LEC, que requieren para formalización de la demanda de la completa identificación del demandado. La jurisprudencia "menor" ha dictado diferentes resoluciones aceptando la flexibilización de la identificación de los demandados en base a la nueva normativa. Sirvan como ejemplo, las siguientes resoluciones: AAP León 21 septiembre 2018: "No puede exigirse a la parte demandante que dé más información que aquella de la que dispone en el momento de presentar la demanda y bastará que se demande a personas desconocidas si se precisa su relación con el objeto litigioso -que ocupa un determinado inmueble propiedad del actor-, se facilitan todos los datos de los que tenga conocimiento que pudieran permitir, en su caso, la identificación del demandado, así como su comparecencia y defensa, lo que se consigue designando el domicilio en el que pueden ser citados"[7] o SAP Barcelona 8 febrero 2019: "Únicamente cabría exigir a la actora la precisión de la demandada por la única información de que podría disponer en aquel momento"[8].

7 AAP León 21 septiembre 2018 (Id Cendoj: 24089370022018200064).

8 SAP Barcelona 8 febrero 2019 (Id Cendoj: 08019370042019100089). En el mismo sentido, se pronuncian: AAP Huelva 5 marzo 2020 (Id Cendoj: 21041370022020200067); SAP Madrid 21 mayo 2019 (Id Cendoj: 28079370212019100149) y AAP Murcia 2 abril 2020 (Id Cendoj: 30030370042020200005).

4. Incoación del proceso.

La solicitud de auxilio judicial no presenta especialidades respecto de los juicios de desahucios, debiéndose presentar una demanda ordinaria conforme a los requisitos regulados en el precepto 399 LEC. Las únicas especialidades en cuanto a su contenido se concretan en dos aspectos.

En primer lugar, de acuerdo con la nueva redacción del art. 437.3 bis LEC, deberá el demandante adjuntar con la demanda, título que acredite su propiedad o su derecho a poseer, dándose cumplimiento a este requisito de diferente modo, esto es, con la aportación de: escritura de compraventa, contrato de arrendamiento, usufructo, decreto de adjudicación, dación de pago, certificación registral del Registro de la Propiedad…

En segundo lugar, deberá especificarse en la demanda, que en la fecha de su presentación no ha trascurrido el plazo de 1 año desde que se adquiere conocimiento de la ocupación de la vivienda, resultándose ser este plazo un plazo de caducidad.

Respecto de este plazo temporal surgen los siguientes interrogantes. El primero de ellos, se concreta en determinar si el mismo puede ser objeto de prescripción. La respuesta debe ser negativa, pues, como sostiene la SAP Lleida 13 diciembre 2018, al ser "dicho plazo de caducidad, cabe apreciarse de oficio y no puede interrumpirse"[9]. En segundo lugar, no se determina cómo debe computarse este plazo. Ante la ausencia de normativa específica, debemos acudir, de manera análoga, a las normas genéricas. Así, "su cómputo se inicia en el momento en que se ha producido el acto de despojo, realizándose éste de fecha a fecha, conforme a lo dispuesto en el art. 5 del Código Civil"[10]. Finalmente, podemos preguntarnos qué sucede respecto de aquellos supuestos en que publicada la Ley 5/2018, ya haya transcurrido el plazo de un año, ¿puede incoarse este proceso? Entendemos que no, por no existir ninguna norma de derecho transitorio, que manifieste que el año empieza desde su entrada en vigor o se conceda algún otro plazo complementario, como sucedía por ejemplo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en el que se concedió un plazo extraordinario para alegar las nuevas causas de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria.

La principal singularidad de este proceso se concreta en el "petitum" de la demanda, pues el mismo puede presentar dos peticiones. La primera de ellas, la definimos como la petición mediata, que se concreta en solicitar la recuperación de la vivienda a través de los trámites propios del juicio verbal. La segunda de

9 SAP Lleida 13 diciembre 2018 (Id Cendoj: 25120370022018100479).

10 SAP Valencia 16 mayo 2018 (Id Cendoj: 46250370082018100154).

ellas es la especial novedad de la Ley 5/2018, al permitir una segunda petición, que calificamos de inmediata, pues se plasma en la posibilidad de solicitar al órgano judicial, que proceda al lanzamiento de los ocupantes, para aquellos supuestos en que en el plazo de 5 días, tras la admisión de la demanda, los ocupantes no aportasen título suficiente que acredite su derecho a disfrutar de la vivienda. Esta segunda petición, al ser la causa de la especial tramitación del desalojo "exprés", solo puede solicitarse en el petitum de la demanda, sin que la Ley procesal regule la posibilidad de poder solicitarlo en un momento posterior.

A diferencia de los juicios de desahucio, en esta especial vía procesal de desalojo de ocupas no se permite la acumulación de acciones, esto es, no se puede pretender recuperar la vivienda y solicitar de la reclamación de cantidades debidas por ibi, comunidad, luz agua…. Improcedencia de acumulación de acciones que se concreta en el hecho de que la posibilidad de proceder a la acumulación se erige como una excepcionalidad en relación con los juicios verbales, sin que se haya previsto esta especialidad en el art. 437.4 LEC, regulador de las excepciones.

5. Admisión de la demanda.

Presentada la demanda, la misma debe ser objeto de análisis por parte del Letrado de la Administración de Justicia. De proceder a su inadmisión, la misma será decretada por auto del órgano judicial, fundándose la misma en dos posibles causas. En primer lugar, en base a cualquiera de los supuestos de inadmisión de las demandas reglamentados de forma genérica en la Ley procesal, y de aplicación a cualquier proceso, y, en segundo lugar, por incumplimiento de los prepuestos de admisibilidad específicos de los juicios de desalojo de ocupas, como son la falta de presentación de título junto a la demanda que acredita la propiedad o la posesión del demandante o la falta de acreditación de la presentación de la demanda antes de que transcurra el plazo de un año, desde que se tuvo conocimiento de la ocupación.

De admitirse la demanda, por darse cumplimiento a los requisitos generales y específicos, se dictará resolución de admisión de la demanda, y para el supuesto en que se hubiese solicitado el lanzamiento de los ocupantes en plazo de cinco días, conjuntamente con el pronunciamiento de admisión se requerirá a los ocupantes para que acompañen en ese plazo temporal, título justificativo del disfrute de la posesión.

La notificación y práctica del requerimiento constituye una especialidad más de este proceso, pues es el momento procesal en el que se hace relevante la flexibilización de los requisitos de identificación de los demandados. Así, al permitirse dirigir la demanda contra los ignorados o desconocidos ocupantes, las reglas de notificación resultarán a la par relativizadas, pudiéndose proceder

a la notificación y requerimiento de aquel que se encuentre en la vivienda en el momento que acuda el agente judicial, pero produciendo esa notificación efectos erga omnes. Para proceder a esta notificación, se podrá acompañar la comitiva judicial de agentes de la autoridad. Asimismo, conforme a las reglas generales del art. 150 LEC o las específicas contenidas en la norma 441.1 bis del mismo texto procesal, para los procesos de desalojo de ocupas, si es posible la identificación de los ocupantes y estos lo autorizan se notificará el posible lanzamiento a los servicios sociales.

Surgen a partir de la notificación una serie de interrogantes respecto a la forma de proceder en la interinidad del proceso judicial que a continuación detallamos.

La primera de las cuestiones que nos formulamos es si resulta posible la notificación edictal. La respuesta a esta pregunta ha sido concedida por la reciente STC 28 febrero 2019 en la que diferencia dos supuestos, al afirmar que: "en el proceso sumario para la inmediata recuperación de la posesión de la vivienda ilegalmente ocupada, aunque sea desconocida la identidad de los ocupantes no procede la notificación por edictos (…) La entrega de la notificación se documentará mediante diligencia que será firmada por el funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuya identidad se hará constar (art. 161.1 LEC). Solo en el caso de que el ocupante de la vivienda se niegue a recibir la notificación o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega procederá efectuar la comunicación por medio del tablón de anuncios de la oficina judicial, previa advertencia de tal extremo al interesado, lo que asimismo se hará constar en la diligencia (arts. 161.2 y 164 LEC)"[11].

En segundo lugar, surge el interrogante de si debe procederse a la notificación o intento de notificación personal de todos los ocupantes o posibles ocupantes. La respuesta es negativa, pues, de lo contrario, no tendría sentido permitir dirigir la demanda contra la generalidad de posibles ocupantes, mediante la fórmula genérica de los ignorados o desconocidos ocupantes. Así, conforme a la literalidad de la norma 441.1 bis LEC, "la notificación se hará a quien se encuentre habitando aquélla", y para aquellos que no se encontrasen en la vivienda resultará válida la notificación edictal.

En tercer lugar, no se especifica en la regulación normativa, si la solicitud de abogado de oficio suspende proceso, El problema resulta de que a diferencia de los juicios de desahucio en que establece un plazo concreto para solicitar el mismo, en concreto tres días desde la notificación de la demanda, en los procesos de desalojo de ocupas existe un vacío legal respecto de esta cuestión.

11 STC 28 febrero 2019, núm. 32/2017, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

De aplicar la normativa genérica, la solicitud supondría la suspensión, conforme a las directrices contenidas en la norma 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, el cual sostiene que "a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el secretario judicial o el órgano administrativo, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales o administrativas".

No obstante, ante la falta de previsión normativa, y en aras a respetar la agilidad del proceso y la defensa de los demandados, los órganos judiciales proceden a solicitar la designación provisional de abogado y procurador, en base a la potestad que les confiere el art. 21 LAJG, al manifestar que "si conforme a la legislación procesal o administrativa, el órgano judicial que esté conociendo del proceso o el órgano administrativo que tramitara el expediente estimare que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos siempre que ello fuera exigible para obtener el derecho de asistencia jurídica gratuita, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad. El secretario judicial o el órgano administrativo comunicarán dicha resolución por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores".

De esta forma, se respeta el derecho de defensa de los demandados evitando una posible solicitud posterior de nulidad de actuaciones formulada por alguno de los demandados.

6. Posibles actuaciones del demandado.

Notificada la demanda y practicado el requerimiento de presentación de título suficiente, el/los demandado/s pueden adoptar diferentes actuaciones.

En primer lugar, para los supuestos en que en la demanda no solo se incoaba en el suplico la recuperación de la vivienda a través de los cauces del juicio verbal, sino también se solicitaba el desalojo "exprés", exigiendo la aportación del título en cinco días, pueden acontecer dos hipótesis:

A.- Aporta título el demandado y el personal judicial lo considera suficiente para justificar el disfrute de la vivienda. Ante esta situación, no procede el lanzamiento inmediato de los ocupantes, pero el proceso verbal no termina, sino que seguirá por sus trámites, esto es, la aportación y suficiencia el título no conlleva la finalización del proceso.

B.- No aporta título el demandado, o en su caso, el mismo resulta insuficiente, en base a la valoración que efectúa del mismo el personal judicial. En estos casos, se dicta un auto cuyos efectos son: 1.- La entrega inmediata de la finca y el desalojo de los ocupantes, recuperando el demandante su propiedad o su posesión[12]; y 2.- Si hay consentimiento de los interesados, se procederá a notificar la situación procesal y el posible lanzamiento, a los servicios sociales, con la finalidad de que adopten, en el plazo de 7 días, las medidas de protección que consideren oportunas y ajustadas a la situación familiar y personal de los ocupantes.

Respecto de este auto, sorprende que establezca el art. 441 bis LEC que no es apelable, al manifestar que, "si el demandante hubiera solicitado la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en el decreto de admisión de la demanda se requerirá a sus ocupantes para que aporten, en el plazo de cinco días desde la notificación de aquella, título que justifique su situación posesoria. Si no se aportara justificación suficiente, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante, siempre que el título que se hubiere acompañado a la demanda fuere bastante para la acreditación de su derecho a poseer. Contra el auto que decida sobre el incidente no cabrá recurso alguno y se llevará a efecto contra cualquiera de los ocupantes que se encontraren en ese momento en la vivienda".

A nuestro entender, resulta un error, pues esta resolución adquiere carácter definitivo al finalizar el proceso, y, en consecuencia, respetándose las normas generales del precepto 455 LEC, contra este auto cabria recurso de apelación, por ser una resolución de carácter definitivo, al sostener que "las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros".

Asimismo, es preciso poner de relieve, en este punto, que existe una descoordinación de política legislativa, pues, si bien la norma 441 bis. 1 párrafo segundo LEC sostiene que el demandado tendrá el reducido plazo de cinco días para la presentación del título, y ante la falta de presentación de este se procederá a su lanzamiento, el art. 441 bis. 1 párrafo tercero LEC establece que los servicios sociales disponen de 7 días para tomar las oportunas medidas de protección.

12 SAP Alicante 4 mayo 2021 (Id Cendoj: 03014370052021100084).

Así, de la literalidad de las normas, se desprende que de una aplicación taxativa de estos preceptos podría suceder que se procediese al lanzamiento de los ocupantes con anterioridad a que los servicios sociales adoptasen las medidas que considerasen convenientes. No obstante, la realidad forense evitará tal situación, bien por coordinación de los Juzgados con las administraciones públicas, bien porque el volumen de trabajo y la necesidad de dictar una resolución, acordando el lanzamiento, tras una valoración judicial, hace imposible un cumplimento exacto de los cinco días, procediéndose al lanzamiento, en caso de que esa sea la solución, en un plazo temporal más dilatado en el tiempo que los cinco días.

En segundo lugar, puede acontecer que en la demanda no se solicitase el desalojamiento inmediato en cinco días, y solo se incoase la acción dirigida a la recuperación de la vivienda a través de los cauces del proceso verbal. Entendemos que esta segunda opción será residual, por no decir inexistente, pues la virtualidad y finalidad de este proceso, introducido por la Ley 5/2018, es el desalojo de los ocupantes en el plazo de cinco días.

Así, en aquellos procesos en que el órgano judicial hubiere considerado suficiente el título o no se hubiese solicitado el desalojo inmediato, el demandado podrá contestar la demanda en el plazo de 10 días desde la notificación de la demanda, plazo común a todos los juicios verbales

7. Contestación a la demanda.

El proceso de desalojo de ocupas presenta una serie de especialidades en cuanto a la oposición de los demandados, especialidades que se concretan en los siguientes aspectos.

En primer lugar, existe una drástica limitación de los medios de oposición que pueden ser invocados por el demandado, limitación reconocida por el Tribunal Constitucional en la STC 28 febrero 2019, y que se concretan, conforme a la literalidad del art. 444 bis 1 LEC, "exclusivamente en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda o en la falta de título por parte del actor"[13]. A pesar de omitirlo la Ley procesal, consideramos que también debería poder fundarse la contestación a la demanda en el trascurso del plazo de un año desde la ocupación efectiva sin haber presentado el demandante la demanda, por ser este elemento presupuesto de admisibilidad específico de este proceso.

En segundo lugar, y la especialidad de mayor calado, se concreta en las consecuencias derivadas de la falta de contestación a la demanda. Así, si la regulación genérica contenida en la Ley procesal se traduce en la declaración de

13 STC 28 febrero 2019, núm. 32/2017, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

rebeldía del demando ante la falta de contestación de la demanda sin que finalice el juicio, en los procesos de desalojo de ocupas, los efectos de la no contestación a la demanda son radicalmente opuestos, pues, conforme a la nueva literalidad del art. 444.1 bis LEC, se procederá a dictar, de forma inmediata, sentencia finalizando el proceso.

De la literalidad de la nueva normativa, surge el interrogante de si los cinco días que se conceden al demandado para entregar el título, suspenden los 10 días correspondientes para contestar la demanda. Ante la falta de indicación de la Ley procesal sobre este punto, consideramos que los plazos son paralelos, esto es, los diez días para contestar la demanda no empiezan hasta trascurridos los cinco concedidos para entregar el título, sino que estos cinco días son los cinco primeros días de los 10 para contestar la demanda. Esta situación no es extraña en la Ley procesal, circunstancia similar acontece en el proceso cambiario, en el que, efectuado el requerimiento de pago y concedido 10 días para contestar la demanda, el art. 823 LEC concede cinco días para solicitar el embargo trabado, sin que este plazo suspenda el correspondiente a la contestación de la demanda.

8. Celebración de vista y sentencia.

La posible celebración de la vita se ajustará a las normas del juicio verbal, esto es, si ninguna de las partes ha solicitado la realización de vista, quedarán los autos conclusos para dictar sentencia, mientras que si alguna de las partes ha solicitado su celebración se señalará día y hora para la misma. La celebración de la vista se desarrollará conforme a las reglas del juicio verbal, siendo preciso concretar, que si bien no existirá limitación alguna en cuanto a los medios de prueba, tal afirmación no puede hacerse extensible al objeto de la prueba, que se reducirá a la falta de título de alguna de las partes y a los requisitos propios de este proceso.

La sentencia de ser estimatoria se traducirá en la restitución en la propiedad o posesión del demandante, y por ende en el desalojo de los ocupantes. Por el contrario, si el contenido de la sentencia fuere la desestimación de la demanda, no procederá el lanzamiento de los ocupantes. En cuanto a las costas, se aplicarán las reglas generales reglamentadas en el texto de la Ley procesal. La especialidad de la sentencia radica en la falta de cosa juzgada plena, acorde con la limitación del objeto del proceso, tal y como ha defendido el TC, en la STC 28 febrero 2019[14].

En relación con la sentencia, de la nueva regulación surgen diferentes interrogantes, que se plasman en los extremos que a continuación analizamos.

14 STC 28 febrero 2019, núm. 32/2017, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2019.

El primero de los interrogantes, se concreta en determinar cuál es el plazo para dictar la sentencia. La reforma no establece una regulación específica. Ante esta ausencia normativa, defendemos la aplicación de las normas genéricas. De esta forma, conforme al art. 447.1 LEC, la sentencia se dictará trascurrido el plazo de 10 días desde la finalización de la vista, sin que resulte de aplicación la excepción a la regla general, concretada en el plazo de los cinco días, previstos para los juicos de desahucio, pues al no establecerse, de forma expresa esta excepción, la misma no debe ser aplicada de manera extensiva.

La segunda de las dudas es relativa al plazo para solicitar el cumplimiento de la sentencia, es decir, ¿debe esperarse el transcurso del plazo de 20 días desde que dictó la sentencia, conforme al art. 548 LEC o puede ser ejecutada de manera inmediata? La respuesta a este interrogante nos la concede la literalidad del nuevo 441 bis 1 LEC, al manifestar que "la sentencia estimatoria de la pretensión permitirá su ejecución, previa solicitud del demandante, sin necesidad de que transcurra el plazo de veinte días previsto en el art. 548". De este modo, el necesario transcurso de 20 días dependerá de si el demandante en la propia demanda, de forma anticipada, solicita la ejecución de la sentencia, de forma análoga a lo que acontece en los juicios de desahucio.

9. Impugnación y ejecución

Dictada la sentencia, la misma puede ser objeto de impugnación mediante recurso de apelación, sin que sean en este proceso exigibles requisitos propios de otros procesos de materia arrendaticia, como es la previsión contenida en el precepto 449 LEC, en el sentido de exigir que el recurrente se encuentre al corriente de pago de todas las cantidades debidas.

En cuanto a la ejecución, ya hemos comentado, que de solicitarse en la demanda no será necesario el trascurso de los 20 días de espera regulados en el art. 548 LEC.

El último de los interrogantes que se nos plantea respecto de la ejecución, se concreta en determinar si es posible la ejecución provisional de la sentencia. A nuestro entender, si la misma es solicitada, su oposición podría fundarse en el propio art. 528 LEC, el cual considera improcedente la ejecución provisional, cuando resultase imposible o de extrema dificultad, restaurar la situación anterior a la ejecución, aspecto que ha sido aceptado judicialmente. Sirva como ejemplo, el AAP Barcelona 12 diciembre 2007, en el cual se afirma que "el desalojo de la vivienda por parte de la misma y de sus dos hijos menores puede comportar perjuicios de difícil compensación económica, la posibilidad de que el propietario de la vivienda lleve a cabo actuaciones que impidan restaurar la situación anterior

al lanzamiento que ahora se pretende ejecutar. En consecuencia, el tribunal, considera que concurre el motivo de oposición invocado"[15].

V. ACTUACIONES PROTECTORAS DE LAS PERSONAS OCUPANTES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL ANTE UN POSIBLE LANZAMIENTO DERIVADO DEL PROCESO JUDICIAL. SOLUCIONES PROCESALES.

El punto de partida es la constatación de un desigual trato entre los desahucios generales "versus" los desalojos de ocupas, pues la norma 441.5 LEC sostiene que "en caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica".

Esta previsión de suspensión solo se establece para los juicios de desahucio genéricos, pero no para los procesos de desalojo de ocupas. Ante esta ausencia de medidas, pueden articularse diferentes opciones.

En primer lugar, para los procesos en que se dicte resolución decretando el lanzamiento por falta de título acreditativo de la posesión, puede intentar prolongarse el plazo para hacerse efectivo el mismo. La literalidad de la norma 441.1 Bis LEC establece que, "en la resolución de desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, si hay consentimiento de los interesados, a los servicios públicos, para adoptar en el plazo de 7 días, las medidas de protección". De la literalidad de la norma, parece desprenderse que durante 7 días queda suspendido el lanzamiento. Plazo extremadamente corto, el cuál puede ampliarse con la aplicación de dos normas de la Ley procesal.

La norma 549.4 LEC defiende que cuando se trate de vivienda habitual, con carácter previo al lanzamiento, deberá haberse procedido conforme a los términos previstos en el art. 441.5 de esta Ley, el cual sostiene que en los supuestos de vulnerabilidad social, se suspende el lanzamiento hasta un mes.

En segundo lugar, en las hipótesis de lanzamiento por falta de contestación a la demanda, también puede solicitarse la ampliación del término para practicar el lanzamiento. Como hemos dicho, una de las especialidades propia de esta modalidad de procesos se concreta en el hecho de que, ante la falta de formulación

15 AAP de Barcelona 12 diciembre 2007 (Id Cendoj: 08019370132007200359).

efectiva de la contestación a la demanda, el proceso finaliza directamente con el lanzamiento de los demandados-ocupantes. La posibilidad de ampliar el plazo para hacerse efectivo el lanzamiento se concreta en la misma solución que en el supuesto anterior, esto es, la aplicación conjunta de los preceptos 549.4 y 441.5 LEC.

En tercer lugar, medidas de aplicación comunes tanto para los lanzamientos derivados de resolución judicial por ausencia de título como para los acaecidos por falta de contestación a la demanda.

El art. 704.1 LEC sostiene que "cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependa, el LADJ les dará un plazo de 1 mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más". Con carácter previo, debemos definir que debe considerarse por vivienda habitual. Desde el ámbito fiscal, se considera vivienda habitual, aquella por la que se contribuya durante un plazo continuado de al menos 3 años. Definición que no puede resultar de aplicación a los ocupas, por falta de contribución. Por el contrario, desde el punto de vista civil, la vivienda habitual, se califica en el art. 1406 CC, equiparándola a su residencia habitual. Término sí aplicable a los ocupas, pues el lugar ocupado se erige como su residencia habitual. Partiendo de esta definición, en base a la aplicación de la norma 704.1 de la Ley procesal podrá solicitarse la suspensión del lanzamiento durante el plazo de un mes.

Sin embargo, la aplicación de esta solución no se encuentra exenta de problemas por existir posicionamientos contrarios entre si. De este modo, existen posturas contrarias a la flexibilización de los plazos de lanzamiento. Por un lado, la STEDH de 13 de diciembre de 2018, asevera que la demora prolongada de las autoridades públicas a la hora de ejecutar una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose en la necesidad de garantizar la asistencia a las personas en situación de vulnerabilidad que participaron en la ocupación, vulnera el derecho del titular legítimo a un proceso equitativo que garantiza el art. 6.1 del CEDH, así como su derecho de propiedad, art. 1 CEDH. Por otro lado, la Teoría de los tres estadios alemana aceptada por el TC[16], sostiene que las medidas coercitivas, como puede ser calificado el lanzamiento, deben pasar tres controles: control de adecuación, control de necesidad de la medida enjuiciada, y control de ponderación o proporcionalidad atendidas sus consecuencias, esto es, deben aplicarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, extremo que ante situaciones de riesgo de exclusión social justificaría los plazos de suspensión del lanzamiento.

16 STC 4 noviembre 2013, núm. 188/2013 (RTC 2013, 188).

En contrapartida, no resulta de aplicación la norma 704.2 LEC, la cual establece que "si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distintas del ejecutado se (…) les notificará el despacho de la ejecución, para que, en el plazo de 10 días, presenten los títulos que justifiquen su situación". Esta posibilidad de alargar el plazo de lanzamiento con la facultad de presentar por otras personas título justificativo de la posesión, no resulta de aplicación a los procesos de desalojo de ocupas, pues, como ya hemos dicho a lo largo del trabajo, una de las especialidades de este proceso radica en la innecesariedad de identificar a todos los demandados en la demanda, pues con la utilización de la terminología ignorados ocupantes, se considera demandado a cualquier persona que ocupe la vivienda, no pudiendo con posteridad presentar título justificativo[17].

17 SAP Palma de Mallorca 19 abril 2018 (Id Cendoj: 07040370052018100127).

LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GANANCIALES

THE ACQUISITION OF THE FAMILY HOME UNDER THE COMMUNITY OF PROPERTY REGIME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 70-103

M.ª Amalia
BLANDINO
GARRIDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Se aborda en este estudio la fijación del carácter privativo, ganancial o mixto de la vivienda familiar adquirida antes del comienzo de la sociedad de gananciales o durante su vigencia. Se analizan, a este respecto, aplicados a la vivienda familiar, los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: el llamado principio de subrogación real, las adquisiciones mixtas, la "accesión económica", el criterio del carácter del propio bien o derecho del que deriva el derecho a la adquisición o la regla de la accesión aplicable a la edificación realizada por uno o ambos cónyuges en un solar privativo o ganancial; todos ellos en su relación con la presunción de ganancialidad. Dada la relevancia que adquiere la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la determinación de la condición de los bienes del matrimonio, se incluye un tratamiento de los negocios jurídicos que permiten un cambio de naturaleza de la vivienda familiar: de ganancial a privativa de un cónyuge o viceversa.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; régimen de gananciales; ganancial; privativo; atribución; aportación; reintegros.

ABSTRACT: *This study deals with the determination of the private, community or mixed character of the family home acquired before the beginning of the community of property or during its validity. In this respect, the different legal criteria for determining whether the property is a community property or a separate property are analysed, applied to the family home: the so-called principle of real subrogation, mixed acquisitions, "economic accession", the criterion of the nature of the property or right from which the right to the acquisition derives or the rule of accession applicable to the building carried out by one or both spouses on a private or community property plot; all of them concerning the presumption of community property. Given the relevance acquired by the spouses' autonomy of will in determining the status of the marital property, a treatment is included of the legal transactions that allow a change in the nature of the family home: from community of property to private property of one spouse or vice versa.*

KEY WORDS: *Family home; community property regime; community property; privative; attribution; contribution; reimbursements.*

SUMARIO.- I. VIVIENDA FAMILIAR Y SOCIEDAD DE GANANCIALES. II. VIVIENDA FAMILIAR DE NATURALEZA GANANCIAL.- 1. Adquisición al contado a costa del caudal común o ganancial.- 2. Adquisición en sustitución de un bien o derecho ganancial.- 3. Donación de la vivienda familiar de forma conjunta a los cónyuges.- 4. Vivienda familiar construida en solar o terreno ganancial.- III. VIVIENDA FAMILIAR PRIVATIVA DE UN CÓNYUGE.- 1. Adquisición antes del inicio de la sociedad de gananciales.- 2. Adquisición a título gratuito.- 3. Adquisición, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con fondos privativos: la exigencia de prueba documental pública.- 4. Adquisición en sustitución de un bien o derecho privativo.- 5. Vivienda familiar construida en solar o terreno privativo.- IV. REGLAS ESPECIALES APLICABLES A LA VIVIENDA FAMILIAR COMPRADA A PLAZOS O MEDIANTE PRÉSTAMO.- 1. Compra a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales.- A) Compra por uno de los futuros cónyuges.- B) Compra por ambos cónyuges en estado de solteros.- 2. Adquisición a plazos por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.- 3. Situaciones especiales de compra a plazos de la vivienda familiar.- A) Compra en situación de convivencia de hecho.- B) Vivienda familiar no pagada íntegramente cuando sobreviene la disolución de la sociedad de gananciales.- V. ALTERACIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Confesión de privatividad respecto a la vivienda familiar.- 2. La atribución de carácter ganancial, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, a la vivienda adquirida a título oneroso.- 3. Aportación de la vivienda familiar privativa al patrimonio ganancial.- 4. Atribución de privatividad o aportación al patrimonio privativo de la vivienda familiar ganancial.

I. VIVIENDA FAMILIAR Y SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Adquirir la vivienda familiar bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales no produce los mismos efectos que si la adquisición se efectúa sin haber contraído matrimonio, o estando sujeto al régimen de separación de bienes[1]. Es más, cuando la vivienda se compra antes del inicio de la sociedad conyugal, mediante precio aplazado (o, conforme a la doctrina jurisprudencial, a través de la concesión de un préstamo hipotecario), la normativa del régimen de gananciales alcanza también a la determinación de la naturaleza -privativa, ganancial o mixta- de estas adquisiciones previas, conforme a lo establecido en los arts. 1357.II y 1354 CC.

Partiendo de esta premisa, se aborda en este estudio la fijación del carácter privativo, ganancial o mixto de la vivienda familiar adquirida antes del comienzo de la sociedad de gananciales -sea porque aún no se ha celebrado el matrimonio, sea por haberse adoptado otro régimen legal o convencional (art. 1345 CC)- así como de la que se adquiere una vez vigente el régimen de gananciales. Se analizan, a este respecto, aplicados a la vivienda familiar, los distintos criterios legales de determinación del carácter ganancial o privativo de los bienes: el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los arts. 1346.3.º y

1 Cuando hablamos de "vivienda familiar" en este trabajo nos referimos a la "vivienda simplemente conyugal", pero también a la "vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio" [RDGSJFP 2 marzo 2023 (RAJ 2023, 1617)].

• M.ª Amalia Blandino Garrido
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: amalia.blandino@uca.es

1347.3.º CC; las adquisiciones mixtas contempladas en los arts. 1357.II y 1354 CC; la "accesión económica" del art. 1356 CC; el criterio del carácter del propio bien o derecho del que deriva el derecho a la adquisición de los arts. 1346.4.º y 1347.4.º, o la regla de la accesión aplicable a la edificación realizada por uno o ambos cónyuges en un solar privativo o ganancial (art. 1359 CC); todos ellos en su relación con la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. Dada la relevancia que adquiere la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la determinación de la condición de los bienes del matrimonio[2], se incluye un tratamiento de los negocios jurídicos que permiten un cambio de naturaleza de la vivienda familiar: de privativa de un cónyuge a ganancial o viceversa (arts. 1323, 1324 y 1355 CC). A este respecto, hemos de partir de que las normas que determinan el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio dejan un margen a la libre determinación de los cónyuges[3]. El tratamiento de la naturaleza de la vivienda familiar tomará en consideración que, en las adquisiciones onerosas, en caso de que no se aplique el denominado principio de subrogación real (con arreglo al cual los bienes adquiridos tienen la misma naturaleza privativa o ganancial que tuviesen los fondos utilizados o la contraprestación satisfecha), para evitar el desequilibrio entre los distintos patrimonios de los cónyuges, surge como contrapeso el correspondiente derecho de reembolso (a favor del patrimonio que sufraga la adquisición) consagrado en el art. 1358 CC[4]. Para todas estas situaciones, el análisis se sustenta en las últimas decisiones jurisprudenciales y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

II. VIVIENDA FAMILIAR DE NATURALEZA GANANCIAL.

1. Adquisición al contado a costa del caudal común o ganancial.

La sociedad legal de gananciales se articula en torno al postulado que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia (art. 1347.3.º CC). De acuerdo con este principio, será ganancial del matrimonio la vivienda familiar adquirida a título oneroso a cargo del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges. Téngase en cuenta que, según se establece en el art. 1361 CC, los bienes existentes en el matrimonio se presumen gananciales mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

2 Pone de manifiesto el cambio que en esta materia supuso la reforma, frente a la rigidez de la regulación de la sociedad de gananciales anterior, De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p. 186.

3 En todo caso, lo que no es posible es que uno de los cónyuges transmita al otro "la participación que como ganancial le pertenece en la finca vendida", a la vista de "la inalienabilidad de la hipotética participación que todo cónyuge tiene sobre cada bien que integra el patrimonio común debido a que tanto éste como la condición de comunero, es inseparable, de la de cónyuge" [RDGRN 2 febrero 1983 (RAJ 1983, 1088)].

4 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

Combinando esta presunción con el principio de subrogación real del art. 1347. 3.º CC, la doctrina jurisprudencial ha precisado que "resulta que todos los bienes adquiridos por título oneroso constante matrimonio son gananciales si no se demuestra que la adquisición se realizó con fondos propios"[5]. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la declaración de las partes en la escritura de compraventa no determina una presunción "iuris et de iure", sino una presunción "iuris tantum" que, por tanto, admite prueba en contrario, del mismo modo que se viene resolviendo en relación con lo dispuesto en el art. 1324 CC[6]. Es necesario, de este modo, probar la aportación privativa, en su caso, pues de lo contrario, por la presunción del art. 1361 CC, la adquisición será ganancial.

Tratándose de un inmueble y, por ende, con relación a la vivienda familiar, es posible distinguir tres situaciones en las adquisiciones a título oneroso. La menos problemática, que la vivienda se adquiera por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales (art. 93.1.I RH), en cuyo caso la inscripción se practica con carácter ganancial[7]. Es posible también que se adquiera por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales (art. 93.4 RH) o sin manifestación de que adquiere para la sociedad (art. 94.1 RH). La manifestación del cónyuge de que el bien se adquiere para la comunidad ganancial da lugar a que se inscriba a nombre del cónyuge adquirente con esta indicación (art. 93.4 RH), sin que para ello se exija demostración de que los fondos invertidos son gananciales. Sin embargo, "la condición de ganancial basada en la sola declaración del cónyuge adquirente es meramente presuntiva y el adquirente puede probar en un proceso judicial el carácter privativo de los fondos a efectos de que se declare que el bien adquirido es privativo"[8]. Por tanto, "la declaración de un solo cónyuge de que adquiere para la sociedad o de que adquiere con carácter ganancial, por sí sola, no es suficiente para que el bien tenga ese carácter, de modo que si el cónyuge adquirente prueba

5 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

6 Como explica la SAP de Málaga, Sección 6ª, 21 junio 2019 (JUR 2020, 24441), "la jurisprudencia tiene dicho reiteradamente que las declaraciones que hagan los contratantes en los documentos públicos (escrituras públicas) tienen un mero valor presuntivo, pudiendo ser desvirtuadas mediante la prueba en contrario (SSTS de 13 de Febrero de 1958, 15 de Marzo de 1969, 8 de Mayo de 1973, 10 de Octubre de 1988 y 12 de febrero de 1991). Dicha confesión viene regulado en el artículo 1324 del código civil y ha sido analizada en diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se ha analizado si dicha confesión hace prueba plena o es necesaria complementarla con otros medios de prueba, indicando la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8152) que la prevalencia confesoria que establece el artículo 1324 del Código Civil no es absoluta con lo que cabe prueba en contrario, prueba que ha de ser eficaz y contundente como declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1999 (RJ 1999, 6293), no bastando el mero reconocimiento por parte del cónyuge del carácter privativo de los bienes en cuestión cuando tal carácter se pone en duda y se presenta prueba en contrario suficiente satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento de la situación de privatividad tal y como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1994".

7 Constituye doctrina jurisprudencial que "los bienes adquiridos conjuntamente por los esposos cuando consta la voluntad de ambos de atribuir carácter ganancial al bien adquirido son gananciales pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso" [STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844)].

8 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

el carácter privativo del dinero empleado, el bien será privativo"[9]. En estos casos de adquisición por uno solo de los cónyuges, que abona el precio con su dinero privativo, aunque declare adquirir para la sociedad de gananciales, es el no adquirente interesado en que se califique el bien como ganancial quien debe probar la existencia de un acuerdo de atribución de ganancialidad en los términos del art. 1355 CC[10]. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH)[11]. Cabe precisar, por último, que la finca que constituye la vivienda familiar puede provenir de la agrupación de varias fincas registrales o de la división o segregación de una finca (art. 44 a 50 RH). El art. 94.2º RH permite la inscripción, "por si solo por el titular registral", de las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas.

2. Adquisición en sustitución de un bien o derecho ganancial.

Son varios los preceptos en que nuestro Código Civil determina el carácter del bien, con preferencia al criterio de la naturaleza de la contraprestación, atendiendo al origen o procedencia privativa o ganancial del bien o del derecho que fundamenta la adquisición, sin perjuicio del coetáneo nacimiento del derecho de reembolso a cargo del patrimonio favorecido (art. 1358 CC)[12]. En aplicación de este criterio, cuando la vivienda familiar se adquiere por sustitución, como sería en el caso de la permuta, o cuando se ejercita un derecho de retracto, su naturaleza será privativa o ganancial según lo sea el bien que se entregó en contraprestación o el derecho cuyo ejercicio provoca la adquisición de la vivienda. En concreto, la vivienda familiar será ganancial si se ha permutado por un bien ganancial (art. 1346.3º CC, extensible en sentido contrario respecto a los bienes gananciales), aunque haya habido un complemento en metálico de naturaleza privativa[13]. Si la vivienda familiar se adquiere a través del ejercicio de un derecho de retracto de carácter ganancial, la vivienda tendrá también esta misma naturaleza, aunque se abone el precio con fondos privativos (art. 1347.4º CC). Este criterio se extiende a toda adquisición proveniente del ejercicio de un derecho de adquisición, como el tanteo o la opción[14]; o en las adquisiciones provenientes de la extinción de

9 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

10 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

11 RDGSJFP 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

12 RDGSJFP 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

13 De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, p. 182.

14 Señala Pereña Vicente, M.: *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges,* Dykinson, Madrid, 2004, p. 81, que "[l]a regulación del Código civil, al no diferenciar ningún supuesto, se aplicará al ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, ya sea legal o convencional". Pone el ejemplo esta autora ("ibidem") del retracto arrendaticio cuando se trata de adquirir la vivienda familiar.

situaciones de proindivisión, atendiendo a la naturaleza que tenía la porción indivisa que pertenecía al adjudicatario[15].

3. Donación de la vivienda familiar de forma conjunta a los cónyuges.

Conforme a lo establecido en el art. 1353 CC, en el supuesto de que, constante la sociedad, por parte de un tercero se done o se efectúe una disposición "mortis causa" de la vivienda familiar a favor de ambos cónyuges, de manera conjunta y sin especial designación de partes, se presumirá que es ganancial -salvo prueba en contrario- siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario[16]. Sienta este precepto, pues, una clara excepción a la regla según la cual son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que adquiera a título gratuito (art. 1346.2 CC)[17]. La vivienda así adquirida se inscribirá a nombre de ambos cónyuges (art. 93.1.II RH).

Si para el pago de la vivienda los cónyuges reciben una donación del importe necesario para el pago del precio, y la donación de este dinero se ha efectuado conjuntamente a los esposos, la vivienda será asimismo ganancial, en aplicación de los arts. 1355 y 1347.3º CC. A este respecto, respecto a los requisitos para que entre en juego el art. 1353 CC, el Tribunal Supremo tiene declarado que "la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma, per se, en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta"[18]. Para el Alto Tribunal "no cabe utilizar como argumento para la determinación de la naturaleza jurídica de los fondos controvertidos, el hecho de que fueran transferidos a una cuenta abierta a nombre de ambos esposos", a lo que añade que "el ánimo de liberalidad a favor de la nuera no se presume". Asimismo, el Tribunal Supremo aprecia que no cabe integrar la voluntad del donante con los hechos posteriores realizados por los cónyuges, ya que son actos propios de éstos y no del disponente[19].

4. Vivienda familiar construida en solar o terreno ganancial.

La edificación, sede de la vivienda familiar, realizada durante el matrimonio en un solar ganancial o privativo, tiene la naturaleza del suelo donde se erija, en aplicación del principio de la accesión contenido en el art. 358 CC, del que deriva la regla del art. 1359 del mismo cuerpo legal. Acoge el Código Civil el principio

15 RRDGSJFP 11 mayo 2016 (RAJ 2016,3020) y 30 julio 2018 (RAJ 2018, 3887).

16 STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561).

17 Pretel Serrano, J.J.: "Artículo 1353", en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 660.

18 STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561).

19 STS 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2114). No estima tampoco que el dinero donado por el padre de la esposa y empleado en la adquisición de la vivienda fuera ganancial del matrimonio la STS 16 septiembre 2022 (RAJ 2022, 4359).

"superficie solo cedit", en cuya virtud, la vivienda tendrá el carácter del suelo en el que se construya, sin perjuicio del reembolso a favor o en contra de la sociedad de gananciales. De esta forma, la vivienda, aun construida totalmente con dinero ganancial o privativo, tendrá el mismo carácter ganancial o privativo que tenga el terreno sobre el que se construya[20].

Aplicando esta norma, si en un solar ganancial se construye una vivienda, su naturaleza será también ganancial del matrimonio, aunque para la edificación se empleen fondos privativos de uno de los cónyuges. Ello se entiende sin perjuicio del reembolso a que habrá lugar entre el patrimonio privativo que hizo frente a la inversión y el patrimonio ganancial; esto es, deberá reembolsarse el valor satisfecho al titular de estos fondos (art. 1359.I CC). Si la finca sobre la que se va a edificar la vivienda consta inscrita con carácter ganancial en el Registro de la Propiedad, la declaración de la obra nueva podrá realizarse por el titular registral (art. 94.2 RH).

III. VIVIENDA FAMILIAR PRIVATIVA DE UN CÓNYUGE.

1. Adquisición antes del inicio de la sociedad de gananciales.

La sociedad de gananciales comenzará -en los territorios de Derecho civil común- en el momento de celebrarse el matrimonio, si los cónyuges no han pactado otro régimen, o en un momento posterior, al tiempo de otorgarse capitulaciones matrimoniales por las que se instaure este régimen económico (art. 1345 CC). Con anterioridad a que rija el régimen de gananciales, no existirá el patrimonio común o ganancial, de manera que los bienes que se adquieran pertenecerán a cada uno de los futuros consortes o a ambos en comunidad por cuotas (si el matrimonio no se ha celebrado todavía) o a los cónyuges (casados en régimen de separación de bienes). Todo bien adquirido antes de contraer matrimonio, sea a título oneroso o gratuito, tiene naturaleza privativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 1346.1º CC. En concreto, los bienes adquiridos a título oneroso antes del comienzo del régimen de gananciales serán privativos, y ello con independencia de que el precio haya sido íntegramente satisfecho antes del inicio del régimen o de que la totalidad o parte del precio haya quedado aplazado y se satisfaga estando vigente la sociedad de gananciales (art. 1357.I CC).

Centrándonos en el inmueble destinado a vivienda familiar comprado por un cónyuge antes de iniciarse el régimen de gananciales, su naturaleza será privativa siempre que el precio se abone con fondos privativos. Si el precio de

20 Molina Illescas, S.: "Obra nueva ganancial sobre solar privativo. Inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo", *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

la vivienda se abona íntegramente antes del inicio del régimen de gananciales, sin duda, el inmueble tendrá carácter privativo; igual sucederá si el precio se paga al contado, vigente el régimen, utilizando fondos privativos del cónyuge comprador. En el supuesto habitual de que el precio se abone al vendedor en su integridad, pero para su pago se pida un préstamo, se considerará que la vivienda es privativa del cónyuge comprador si las cuotas de amortización se abonan también en su totalidad antes de comenzar la sociedad de gananciales o si, una vez vigente el régimen de gananciales, las cuotas se satisfacen íntegramente con fondos privativos[21]. En efecto, cuando la vivienda familiar ha sido comprada con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales y no se ha pagado en su totalidad, sino que parte del precio (o del préstamo) se abona posteriormente con dinero ganancial, resulta de aplicación el art. 1354 CC, al que reenvía el art. 1357. II CC. Es decir, la vivienda será en parte privativa y en parte ganancial, o como dice la norma, el bien corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Pero si todos los pagos se efectúan con dinero privativo, no se creará esa comunidad de cuota privativa y de cuota ganancial de la vivienda familiar. Por lo demás, cabe que uno de los futuros cónyuges colabore económicamente en la compra efectuada antes del matrimonio por el otro, pero ello no afectará a la consideración privativa del bien[22].

Disuelta la sociedad de gananciales, la adjudicación de la vivienda objeto de una comunidad ordinaria, adquirida antes del régimen, de carácter privativo, se considera un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador, por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad el Centro Directivo considera necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda[23].

2. Adquisición a título gratuito.

Constante la sociedad de gananciales, si uno de los cónyuges recibe, por vía de herencia, legado o donación, una vivienda que decide destinar a hogar de la

21 Téngase en cuenta que, como se comentará "infra", la jurisprudencia ha equiparado, a los efectos de la aplicación de la norma de los arts. 1257.II y 1354 CC, el pago del precio a plazos con los desembolsos realizados, con dinero ganancial, para satisfacer las amortizaciones de los préstamos hipotecarios concertados antes del inicio del régimen.

22 En este sentido, la STS 17 abril 2002 (RAJ 2002, 3293), ante un supuesto de compra por la esposa, antes de contraer matrimonio, de una vivienda y una plaza de garaje, habiéndose pagado el precio en estado de soltera, aprecia que eran bienes privativos de la esposa y que no resultaban aplicables al caso los arts. 1357.II y 1354 CC, pese a que el entonces novio de la compradora hubiera aportado ayuda económica a la compra de los inmuebles. Como precisa el Tribunal Supremo, "tal aportación, si se demuestra su realidad y cuantía, solo concede al demandado la posibilidad de reclamar como crédito la cantidad entregada". No obstante, en la STS 9 marzo 1998 (RAJ 1998, 1268), en un caso en que el marido había comprado la vivienda familiar en estado de soltero, se considera privativa de la esposa la parte correspondiente a la cantidad abonada por la misma.

23 RDGSJFP 14 febrero 2019 (BOE 12 de marzo de 2019).

familia, esta afectación no alterará el carácter privativo del bien (art. 1346.2.º CC). Cuestión distinta es que el cónyuge titular de la vivienda esté sujeto, durante la vigencia del régimen, a las limitaciones a la facultad de disposición contenidas en el art. 1320 CC.

Cabe también que la vivienda se haya donado o dejado en testamento por terceros a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad. En esta situación, como se ha indicado, se presumirá que la vivienda tiene carácter ganancial (art. 1353 CC). "A contrario sensu", si la vivienda se dona o se deja en testamento a ambos cónyuges, pero con atribución de cuotas, se entiende que pertenece a ambos, con carácter privativo, en proindiviso ordinario.

Si el cónyuge que compra la vivienda familiar ha recibido, a título gratuito, los fondos para el pago del precio del inmueble, en aplicación del principio de subrogación real, la vivienda será privativa del cónyuge comprador, en su integridad o en la parte abonada con ese dinero de naturaleza privativa (art. 1346.3º CC)[24].

3. Adquisición, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, con fondos privativos: la exigencia de prueba documental pública

La vivienda familiar tendrá carácter privativo cuando haya sido adquirida "a costa de bienes privativos" (art. 1346.3.º CC). El cónyuge que sostenga la naturaleza privativa de la vivienda adquirida a título oneroso debe probar el carácter privativo del dinero empleado en la adquisición (a efectos del art. 1346.3.º CC o, en su caso, del art. 1354 CC o del art. 1356 CC)[25]. De acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, "el mero ingreso en una cuenta de titularidad compartida no convierte en ganancial al dinero privativo"[26]. Para el Alto Tribunal, "los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, por lo que habrá de estarse a las relaciones internas entre los titulares y, más concretamente, a la originaria procedencia del dinero que nutre la cuenta, todo ello con la finalidad de catalogar el carácter dominical de los fondos"[27]. Asimismo, la jurisprudencia aprecia que "en las relaciones entre cónyuges, aunque estén sometidos al régimen de gananciales, no se presume que el dinero privativo se aporta como ganancial"[28]. Según esta doctrina, "ingresado

24 La STS 4 abril 1997 (RAJ 1997, 2636) confirma la sentencia recurrida, que había declarado probado que el esposo aportó una cantidad de dinero recibida de su madre a título gratuito, en la compra de la casa familiar, lo que da lugar a que esa parte del inmueble se considere privativo.

25 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

26 STS 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039).

27 STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844), con cita de las sentencias 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039), 28 septiembre 2018 (RAJ 2021, 3039), 15 febrero 2013 (RAJ 2013, 2014) y 19 diciembre 1995 (RAJ 1995, 9425).

28 SSTS 11 diciembre 2019 (RAJ 2019, 5212) y 11 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4250), con cita de otras anteriores.

el dinero privativo en una cuenta conjunta, salvo que se demuestre que su titular lo aplicó en beneficio exclusivo, procede el reembolso del dinero privativo que se confundió con el dinero ganancial poseído conjuntamente".

Dicha justificación del carácter privativo del precio, con el limitado alcance de regular el acceso registral de la finca, debe realizarse siempre mediante prueba documental pública, tal y como viene establecido en el art. 95.2 RH[29]. La prueba de la privatividad de la contraprestación exige "acreditar de forma indubitada que el dinero invertido es justo el que había adquirido anteriormente con igual carácter el cónyuge adquirente y que integraba su peculio privativo"[30]. Para el Centro Directivo, "el rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción"[31]. Ciertamente, como ha señalado el Tribunal Supremo, "esta previsión expresa del art. 95.2 RH es coherente con el tipo de prueba que puede apreciar el registrador de la propiedad"[32]. No obstante, la propia Dirección General no descarta "una interpretación flexible del referido artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario que, atendiendo a la realidad social (cfr. artículo 3.1 del Código Civil), lleve a admitir la

29 La Dirección General, en su reciente Resolución de 8 marzo 2023 (JUR 2023, 130643), con cita de las Resoluciones de 2 marzo 2016 (RAJ 2016, 1744) y 15 marzo 2017 (RAJ 2017, 1387), ha establecido que "en el ámbito del Registro de la Propiedad la destrucción de la presunción de ganancialidad a que se refiere el artículo 1361 del Código Civil requiere, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo –al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte– que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero (artículo 95 del Reglamento Hipotecario)". Fuera de este supuesto, continua el Centro Directivo, "para acceder a la modificación del contenido del Registro de la Propiedad y del carácter de ganancial con que publica la titularidad del bien, es preciso o bien acreditar fehacientemente los hechos de los que resultaría no aplicable el régimen de gananciales o bien contar con el consentimiento de aquellos cuya posición jurídica sea vea afectada por el pronunciamiento registral o bien resolución judicial en la que estos hayan tenido la posibilidad de intervenir en la forma prevista por el ordenamiento (Resoluciones de 23 de marzo de 2004, 1 de octubre de 2007 y 23 de agosto de 2011, entre otras)".

30 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345). Señala Montero Giménez, J.M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca), que "para probar el carácter privativo del dinero cobra una suma importancia la escritura pública y las cuentas bancarias" y que "combinando ambas, entendemos que es la única forma en la que podemos conseguir una cierta individualización del dinero".

31 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345). Esta Resolución añade, asimismo, lo siguiente: "Fuera del proceso esa exigencia se viene entendiendo necesario que sea directamente la fe notarial –y no tanto las manifestaciones de parte interesada plasmadas en soporte documental público– la que ampare la privatividad del precio invertido. En otro caso, la presunción de ganancialidad proyecta tabularmente sus efectos, hasta su impugnación judicial; y esta es la solución estricta que rige en el ámbito registral en tanto no haya una modificación normativa que flexibilice este extremo (como la legislación civil especial de Aragón, por ejemplo –vid. artículo 213 del Código de Derecho Foral de Aragón–)". El citado art. 213 del Código aragonés establece una presunción legal de privatividad, en cuya virtud, "adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras". Esta presunción, según se indica en el apartado segundo del precepto, admite en juicio prueba en contrario.

32 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

inscripción del bien con carácter privativo sobre la base de manifestaciones del comprador que, constando en documento público, tengan como soporte algún dato adicional como pudiera ser, por ejemplo, el documento bancario del que resulte la correspondencia del pago realizado con el previo''[33].

4. Adquisición en sustitución de un bien o derecho privativo.

Del mismo modo que se ha indicado para la vivienda ganancial, cuando el inmueble que constituye la vivienda de la familia se adquiere por sustitución -esto es, mediante la permuta o el ejercicio de un derecho de retracto- de un bien o derecho privativo, esta será también la naturaleza de la propia vivienda[34]. Así, la vivienda familiar será privativa si se ha permutado por un bien privativo (art. 1346.3º CC), aunque haya habido un complemento en metálico de naturaleza ganancial[35]. En este sentido, la STS 30 junio 2009[36] considera privativo el bien adquirido por la esposa en virtud de un contrato de permuta con un bien propio. Si la vivienda familiar se adquiere a través del ejercicio de un derecho de retracto de carácter privativo, la vivienda tendrá también esta misma naturaleza, aunque se abone el precio con fondos gananciales (art. 1346.4º CC). Mediante la aplicación analógica de esta norma, será también privativa la vivienda adjudicada como consecuencia de la división de una comunidad de bienes en la que el cónyuge tuviera una cuota privativa[37].

5. Vivienda familiar construida en solar o terreno privativo.

Si la vivienda familiar se construye en un solar privativo de uno de los cónyuges (adquirido, por ejemplo, a título gratuito o antes de contraer matrimonio), aunque sea utilizando fondos gananciales, la edificación será también privativa, sin perjuicio de la obligación del cónyuge titular de abonar a la comunidad de gananciales el valor de lo construido[38]. Es más, en caso de que el cónyuge sea copropietario de la finca en que, utilizando dinero de naturaleza ganancial, se levanta la edificación en que se asienta la vivienda familiar, ésta tendrá también carácter privativo del cónyuge titular del suelo[39].

33 RDGSJFP 30 mayo 2022 (RAJ 2022, 3345).

34 RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

35 De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., p. 182.

36 STS 30 junio 2009 (RAJ 2009, 4246).

37 En este sentido, la RDGSJFP 12 junio 2013 (RAJ 2013, 5439) admite la inscripción con carácter privativo de un cónyuge de una mitad indivisa de un inmueble atendiendo a que dicho cónyuge era ya titular privativo de la otra cuota.

38 Con relación al crédito a favor de la sociedad de gananciales, la STS 25 julio 2002 (RAJ 2002, 6938) señala que "sin perjuicio de mantener ese bien su primitivo carácter privativo, la sociedad, a cuyas expensas se mejoró, será titular de un derecho de crédito, justamente equivalente al aumento del valor que tenga el bien así mejorado computado al disolverse la sociedad o cuando se enajene".

39 STS 8 febrero 2016 (RAJ 2016, 522).

Cuando la vivienda se construye en un solar privativo invirtiendo fondos comunes o mediante la actividad de cualquiera de los cónyuges, nace un crédito a favor de la sociedad de gananciales por el "aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado" (art. 1359.II)[40]. Esta regla ha dado lugar a que por parte de la doctrina se considere que el legislador ha optado por una solución intermedia entre el principio de accesión y el de subrogación real, consistente en aplicar la técnica de la subrogación real imperfecta, que permitirá a la sociedad exigir al cónyuge titular privativo beneficiado con la mejora (a los efectos de nuestro estudio, al cónyuge propietario privativo de la vivienda familiar), el importe al que ascienda el incremento de valor derivado de la misma en el momento de la disolución o en el de la enajenación del bien mejorado, no simplemente el importe actualizado del dinero ganancial empleado[41].

IV. REGLAS ESPECIALES APLICABLES A LA VIVIENDA FAMILIAR COMPRADA A PLAZOS O MEDIANTE PRÉSTAMO.

1. Compra a plazos antes de comenzar la sociedad de gananciales.

A) Compra por uno de los futuros cónyuges.

La determinación del carácter privativo o ganancial de los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges, antes de constituirse la sociedad de gananciales, cuenta con un régimen jurídico propio en el art. 1357.I CC. El art. 1.357.I CC declara que "los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial". Es decir, estos bienes pertenecerán al cónyuge adquirente o a ambos cónyuges en comunidad proindiviso ordinaria, aunque el precio se abone en su totalidad con fondos comunes una vez comenzado el régimen de gananciales[42]. El precepto, en su segundo apartado, establece la excepción precisamente de la vivienda y ajuar familiares, respecto a los cuales remite al art. 1354 CC. De esta forma, la vivienda familiar comprada por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, pero pagada, en su totalidad o en parte, con dinero ganancial, no será en todo caso

40 STS 25 septiembre 2012 (RAJ 2013, 2269). Si bien diversos autores han defendido que la sociedad de gananciales puede elegir entre el reembolso del "valor satisfecho" (el empleado en la mejora) o el "aumento de valor" que reciba el bien, con mejor criterio, Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Artículo 1359", en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 678, aprecia que esta solución no sería justa para el dueño del bien privativo, en la medida en que la mejora puede no subsistir apenas al tiempo de la disolución de la sociedad.

41 Martín Meléndez, Mª. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibro entre masas patrimoniales,* McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 463 y ss.

42 Moralejo Imbernón, N.: "Artículo 1357", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., p. 1757.

privativa del comprador, sino que corresponderá en proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas[43]. Rige, pues, para la vivienda familiar el principio de subrogación real[44], que queda excluido para el resto de los bienes, conforme al primer párrafo del art. 1357 CC.

La aplicación de las normas de los arts. 1357.II y 1354 CC da lugar a que, cuando se liquide la sociedad de gananciales, en el activo de la sociedad proceda incluir el porcentaje proporcional del inmueble que corresponda a la parte del precio de adquisición abonado durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Lo que se incluirá en el activo será, pues, una participación porcentual. En ningún caso surge un derecho de reintegro o reembolso del art. 1358 CC a favor del cónyuge comprador (por el importe abonado antes de empezar el régimen), ni de la masa ganancial (por el valor de los fondos gananciales utilizados para la adquisición). Téngase en cuenta que el art. 1358 establece el reembolso para el supuesto de que "los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice". En el presente supuesto, se establece un sistema contrario al de los reintegros y reembolsos en favor del equilibrio entre los distintos patrimonios[45]. En consecuencia, en la liquidación de la sociedad de gananciales no se incluirán los pagos efectuados por el cónyuge comprador en estado de soltero.

Los presupuestos para que la norma del art. 1357.II CC resulte aplicable son los siguientes:

a) El inmueble comprado debe utilizarse como vivienda familiar[46], aunque no se haya comprado para ese destino, que puede determinarse posteriormente[47]. Al mismo tiempo, la norma dejará de ser aplicable si la vivienda ya no satisface la

43 En términos prácticamente idénticos, la ley 89 del Fuero Nuevo de Navarra (FN), respecto a la vivienda y ajuar familiar, cuando su adquisición o el abono total o parcial de su precio tuviere lugar constante matrimonio, aun cuando provenga de título anterior al mismo, prevé que, si el pago lo fuere "con bienes de uno o ambos cónyuges y con los de la sociedad de conquistas, el proindiviso tendrá lugar en proporción a las aportaciones de cada uno y de la sociedad de conquistas".

44 Como indica De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., p. 179, "el artículo 1354 sirve de complemento al artículo 1347, 3, según el cual son gananciales: los bienes adquiridos a título oneroso "a costa del caudal común", bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos, estableciendo una especialidad o particularidad que deriva, precisamente, de que la adquisición se hace con dinero "en parte ganancial y en parte privativo"".

45 De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., pp. 179-180.

46 Se considera que la adquisición de la plaza de garaje se asimila a la de la vivienda propiamente dicha, cuando resulte un elemento accesorio de la vivienda. A tal efecto, la Dirección General ha considerado que no puede ser determinante el hecho de que la plaza de garaje "no esté gravada con la hipoteca que garantiza el préstamo con el que se financia la compra de la vivienda" y que es relevante que "con dicho préstamo se financie el precio que globalmente [...] se pagó por la vivienda y dicha plaza de garaje, unido al hecho de que se hayan adquirido conjuntamente y se trate de inmuebles situados en el mismo edificio" [RDGSJFP 29 julio 2022 (RAJ 2023, 572)].

47 La STS 7 junio 1996 (RAJ 1996, 4826) ya dispuso que el art. 1357.II CC "no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente, como lo demuestra el art. 91.2 y 3 del Reglamento Hipotecario".

necesidad de vivienda familiar antes de abonarse la totalidad del precio[48]. En este último caso, el art. 1357.II CC resultará aplicable al período en que la vivienda estuvo destinada a hogar de la familia, de manera que la parte pagada con fondos comunes o gananciales tendrá naturaleza ganancial[49]. La norma no solo se aplica a la primera vivienda que fue familiar, sino también a las posteriores, si concurren en ellas los requisitos del art. 1357.II CC[50].

b) La compraventa debe haberse celebrado antes de comenzar el régimen de gananciales. Es suficiente con que la operación de compra se haya realizado antes del inicio de la sociedad de gananciales, aunque la adquisición del dominio por efecto de la tradición se posponga a un momento posterior[51]. En consecuencia, cabe que la entrega de la vivienda (por medio de la "traditio" instrumental, eso es, al otorgar la correspondiente escritura pública, o mediante el traspaso posesorio, *ex* art. 1462 CC), tenga lugar estando ya los cónyuges sujetos al régimen de gananciales. Resulta también aplicable el art. 1357.II CC si antes del inicio de la sociedad se efectuó la compra y se entregó la vivienda[52].

c) Al precio de compra aplazado resulta equiparado el supuesto del precio pagado en su totalidad al vendedor con anterioridad al comienzo de la sociedad de gananciales, acudiendo a un préstamo concertado antes del inicio del régimen cuyas amortizaciones se abonan durante la vigencia de la sociedad de gananciales[53]. En una interpretación literal de los arts. 1346.1º y 1357 CC, dado que no se trataría de una compraventa a plazos, la vivienda habría de ser considerada como privativa, con derecho de reembolso en favor de la sociedad de gananciales por las cantidades que durante la vigencia del régimen hayan podido satisfacerse con cargo al patrimonio común o ganancial. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que, tratándose de la vivienda o ajuar familiar, la compra mediante préstamo se equipara a una compraventa a plazos, por lo que sigue siendo de aplicación el art. 1354 CC, es decir, se tratará de un bien privativo y ganancial

48 La SAP de Alicante, Sección 9ª, 17 junio 2022 (JUR 2022, 303430) considera ajustada a derecho la resolución de instancia, que estimó que no resultaba aplicable la norma del art. 1357.II CC, por cuanto la vivienda no constituía ya el domicilio familiar, con independencia de que el préstamo se abonase constante el matrimonio con la actora.

49 Propugna esta tesis Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 258-259.

50 Martín Meléndez, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1.357, párrafo 2, del Código Civil,* Civitas, Madrid, 2002, p. 52.

51 SSTS 27 marzo (RAJ 2000, 2487) y 20 noviembre 2000 (RAJ 2000, 9346) y RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

52 Martín Meléndez, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar,* cit., p. 22, nota 9.

53 A juicio de Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales,* cit., pp. 254-255, "[c]omo las excepciones deben ser interpretadas estrictamente, no es correcto que se amplíe jurisprudencialmente el supuesto de hecho que configura esta excepción", de manera que "[s]i el art. 1357 CC se refiere a la "compra a plazos", no es correcto que su ámbito de amplíe al pago del préstamo hipotecario, pues en ese caso es más correcto opinar que el dinero adquirido con el préstamo es de carácter privativo y el pago se hizo al contado, por lo que no se aplicaría el precepto estudiado".

en proporción a lo pagado por el cónyuge antes de comenzar la sociedad y lo abonado posteriormente en devolución del préstamo[54].

d) Es irrelevante que antes de comenzar a regir la sociedad de gananciales se haya ya satisfecho o no parte del precio. Es posible, pues, que no se haya pagado ningún plazo antes del inicio de la sociedad conyugal[55]. La aplicación del art. 1357. II CC lo que requiere es que todo o parte del precio se haya abonado con dinero ganancial. Rige también esta norma cuando tan solo se ha pagado una cuota o una cantidad exigua con dinero ganancial[56]. Si la vivienda se paga íntegramente con fondos gananciales, tendrá la consideración de bien ganancial en su totalidad, de manera que no necesariamente se dará lugar a una "adquisición mixta"[57].

La compra de la vivienda familiar por uno de los cónyuges antes de comenzar el régimen y el pago del precio con dinero ganancial suscita algunos interrogantes desde una perspectiva registral. Ello en la medida en que la calificación se supedita a que la vivienda mantenga el destino de residencia familiar. Por otra parte, hasta que el inmueble no esté pagado totalmente no se sabrá definitivamente en qué proporción es ganancial y en qué parte es privativo del cónyuge comprador[58]. El art. 91.2 RH prevé que "[e]l posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado". La carga de probar el carácter privativo de la vivienda recaerá sobre el cónyuge que reclama su privatividad, así como el "quantum" o proporción de su parte y ello se establecerá en el correspondiente procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales[59]. En cualquier caso, esta situación, para tener acceso registral, tiene que ser convenida por las partes, conforme a lo establecido en el art. 91.3 RH[60].

54 SSTS 31 octubre 1989 (RAJ 1989, 7038), 18 de diciembre de 2000 (RAJ 2000, 10396), 3 noviembre 2006 (RAJ 2006, 9430) y 4 julio 2016 (RAJ 2016, 465).

55 Martín Meléndez, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar,* cit., p. 55.

56 En este sentido, la STS 7 junio 1996 (RAJ 1996, 4826) aplica la excepción del art. 1357.II CC en un caso en que sólo uno de los plazos se pagó durante el matrimonio del causante, siendo una cantidad exigua respecto del total que se adeudaba por el fallecido esposo. El Tribunal Supremo considera, asimismo, aplicable la norma a pesar de que la compra del piso se efectuó mucho tiempo antes de contraer matrimonio, siendo muy posterior por ello el destino a hogar familiar y a que el matrimonio se disolvió por la muerte del esposo a los pocos meses de su celebración.

57 Considera De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., p. 179, que el art. 1354 CC "viene a ser una "regla general" que funciona [...] siempre que la aportación para la adquisición de que se trata tenga lugar, como contraprestación o precio, en parte ganancial y en parte privativo, de ahí que se califique a estas adquisiciones como "adquisiciones mixtas" [...]".

58 Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales,* cit., p. 260.

59 SAP de Valencia, Sección 7ª, 6 mayo 2020 (JUR 2020, 307055).

60 Así lo prevé el art. 91.3 RH: "La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal".

Si al momento de la disolución de la sociedad de gananciales queda un remanente para la definitiva cancelación del préstamo que grava la adquisición de la vivienda familiar, ya no resultarán aplicables las normas del régimen de gananciales, de manera que esta parte de la vivienda pertenecerá en exclusiva al cónyuge comprador (que será el obligado a pagar el préstamo).

B) Compra por ambos cónyuges en estado de solteros.

Nos referimos ahora al supuesto de que la vivienda sea adquirida, en estado de solteros, por los futuros cónyuges y que, a raíz de contraer matrimonio, el precio aplazado, o como será lo habitual, las cuotas mensuales de amortización del préstamo destinado al pago del precio[61], sean abonadas con cargo a la sociedad de gananciales, constituyendo los cónyuges en dicho inmueble su domicilio común. Resulta aplicable a este supuesto el art. 1354 CC, en la remisión efectuada por el art. 1357.II, de manera que la vivienda será privativa en proporción a la parte del precio abonada antes de comenzar el régimen de gananciales, y en el resto, si ha sido abonado con dinero ganancial, tendrá la consideración de bien ganancial del matrimonio[62], esto es, corresponderá "pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones"[63]. El Centro Directivo ha admitido, en el mismo sentido, que "tratándose de la vivienda familiar adquirida por ambos cónyuges en estado de solteros y pagando durante el matrimonio el préstamo hipotecario con dinero ganancial [...], la titularidad privativa inicial habrá devenido –«ex lege»– con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. artículos 1.354 y 1.357.2 del Código Civil)"[64]. Confluyen en este caso tres titularidades distintas: las cuotas privativas de cada uno de los cónyuges y la común de la sociedad de gananciales[65]. De nuevo, en este caso, no nace un derecho de

61 La doctrina jurisprudencial de la equiparación del pago del precio aplazado al abono de las cuotas del préstamo es igualmente aplicable cuando el inmueble es adquirido antes del comienzo de la sociedad de gananciales por ambos cónyuges.

62 La primera ocasión en que el Tribunal Supremo aplicó esta doctrina fue en la sentencia 23 marzo 1992 (RAJ 1992, 2224), en un supuesto de compra de la vivienda familiar conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio, por precio aplazado, una parte de cuyo precio la pagaron, en estado todavía de solteros, con dinero privativo de cada uno de ellos y el resto del precio fue pagado durante el matrimonio con dinero ganancial. El Tribunal Supremo concluye, en esta sentencia, que el expreso piso "corresponde proindiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos (en copropiedad, a su vez) en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.354 en relación con el párrafo segundo del artículo 1.357, ambos del Código Civil". Con posterioridad, la STS 3 abril 2000 (RJ 2000, 2341) dispuso que "al conectar el artículo 1357 «in fine» del Código Civil con aquel precepto (se refería al 1354 CC), aparece clara la intención del legislador sobre la exclusión del carácter privativo de la compraventa a plazos, anterior al matrimonio, de la vivienda familiar".

63 STS 7 julio 2016 (RAJ 2016, 3722).

64 Resoluciones de 27 julio 2015 (RAJ 2015, 4440) y 24 noviembre 2015 (RAJ 2015, 6475).

65 De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", cit., p. 179. Martín Meléndez, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar,* cit., p. 56, indica que en estos casos se constituye una "comunidad trilateral" entre cada uno de los cónyuges y la sociedad.

reintegro o reembolso, dado que el bien pertenece al patrimonio del que salieron los fondos.

En cuanto a la parte privativa del inmueble, corresponderá a ambos cónyuges conforme a la cuota de adquisición, al margen de cuál haya sido la contribución de cada uno al pago del precio. Es decir, en principio, si en la escritura de compraventa consta que la adquisición tiene lugar por mitad y proindiviso por ambas partes, esta será la proporción en que corresponderá a los futuros cónyuges[66], al margen de que, si se acredita que el pago al tiempo de la compra no se hizo por mitad, sino que uno de los futuros cónyuges abonó un mayor importe, existirá un derecho de crédito a su favor frente a la otra parte. A este respecto, la STS 28 febrero 2023[67], ante un supuesto de vivienda familiar adquirida por ambas consortes en régimen de copropiedad antes de la celebración del matrimonio, en el que no se discutía que una cuota de la vivienda era ganancial y que otro porcentaje era privativo de ambas cónyuges, en aplicación de los arts. 1357.II y 1354 CC, dispuso que una de las cónyuges tenía que abonar a la otra la mitad del crédito derivado del pago de la aportación inicial para la compra de la vivienda. El Tribunal Supremo precisa, correctamente, que se trataba de una deuda personal entre las excónyuges, ajena a la liquidación del régimen de gananciales, dado que se trataba de una aportación anterior a la celebración del matrimonio y a la vigencia, por tanto, del régimen económico matrimonial, por lo que no era una deuda a cargo de la sociedad (arts. 1362 y 1368 CC)[68].

Debe tenerse en cuenta que el art. 1354 CC establece una norma de liquidación de los gananciales, de manera que, aunque en el Registro de la Propiedad conste que el bien se adquiere por los futuros cónyuges en estado de solteros en comunidad de bienes ordinaria, la celebración del matrimonio dará lugar a la aplicación de la regla que determina el carácter ganancial de la parte del inmueble abonada con fondos de esta naturaleza. Esta aplicación requiere que, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la vivienda siga constituyendo el domicilio familiar de los cónyuges[69]. En caso de que haya dejado de tener este destino, la vivienda será ganancial en la parte proporcional a lo abonado con fondos gananciales mientras tuvo este destino. En contra de

66 En la STS 24 marzo 2021 (RAJ 2021, 1307), con cita de la sentencia de 7 febrero 2011 (RAJ 2011, 1816), se dijo que "[l]a adquisición conjunta y por mitad es un indicio de la voluntad de aportaciones iguales, y para que no proceda el reembolso por las mayores aportaciones realizadas por uno de los convivientes es preciso acreditar que concurre alguna causa que lo excluya, como el ánimo liberal del aportante, o el pacto de reparto de gastos familiares que compense lo aportado para la adquisición, etc.".

67 STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1659).

68 Añade el Tribunal Supremo en esta sentencia que, "al tratarse de una deuda privativa entre cónyuges, si la Sra. Fermina no la satisface antes, por aplicación del art. 1405 CC, la Sra. Esmeralda podrá exigir que se le pague con los bienes que se vayan a adjudicar a la Sra. Fermina".

69 La STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 5581) resuelve que no resulta aplicable la excepción recogida en el art. 1357.II CC respecto de un inmueble dedicado años atrás a domicilio familiar, sino en relación con el lugar de residencia del matrimonio al tiempo de la disolución del régimen económico matrimonial.

este criterio, la STSJ de Navarra 13 octubre 2021 ha estimado que, en estos casos, se aplicará la regla general del art. 1357.1 CC, y la vivienda será privativa de ambos cónyuges en proindiviso, sin perjuicio de que las cantidades abonadas para su pago por la sociedad económico matrimonial supongan un activo de esta correspondiente a su derecho de reembolso frente a los cónyuges titulares de la vivienda[70].

La parte privativa de la vivienda vendrá determinada por la prueba y cuantificación de las aportaciones realizadas antes de celebrar el matrimonio, correspondiendo la parte ganancial a la abonada con fondos gananciales (que constituye una presunción) durante el régimen. En consecuencia, la mención a la adquisición de la vivienda familiar por iguales partes y proindiviso y la constancia en la inscripción registral de la titularidad del 50% privativo de cada parte no excluye ni la atribución de carácter ganancial al porcentaje abonado con dinero ganancial, ni la posibilidad de prueba de pago de la parte privativa en diferente proporción por cada parte[71].

A la hora de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, la jurisprudencia menor ha estimado que, por razones de economía procesal, cabe liquidar la vivienda familiar, en parte ganancial y en parte privativa, en el procedimiento de liquidación de los gananciales de los arts. 806 y siguientes de la LEC, y no solo la parte ganancial del referido bien. No es necesario, por tanto, instar un procedimiento declarativo para el ejercicio de la "actio communi dividundo" a fin de disolver la comunidad respecto a las cuotas privativas de los cónyuges y otro para la liquidación de la parte ganancial de la vivienda[72].

2. Adquisición a plazos por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.

Como es sabido, el art. 1356 CC atribuye a los bienes adquiridos por uno de los cónyuges[73], constante la sociedad y por precio aplazado, naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo, y naturaleza privativa si el primer desembolso tuviere carácter privativo (pese a que los demás desembolsos sean gananciales)[74]. La doctrina habla en estos casos de "accesión económica", de manera que el bien será ganancial o privativo según el carácter que tenga la primera aportación,

70 STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 5581).

71 SAP de Madrid, Sección 22ª, 25 noviembre 2022 (JUR 2023, 27868).

72 SAP de Madrid, Sección 22ª, 25 noviembre 2022 (JUR 2023, 27868).

73 El art. 1356 CC resulta aplicable a los bienes "adquiridos" (y no solamente "comprados", como consta en el art. 1357 CC). En consecuencia, es necesario que se haya adquirido la propiedad del bien con la "traditio" o entrega de la cosa.

74 Aprecia Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales,* cit., p. 178, que la regla del art. 1356 CC "obedece a la conveniencia de "facilitar el tráfico jurídico", al conocerse desde el primer momento la naturaleza ganancial, privativa o en «pro indiviso» del bien adquirido a plazos".

al margen del patrimonio que soporte los pagos restantes y de la intención del cónyuge adquirente[75]. Ello se entiende sin perjuicio del correspondiente derecho de reintegro o reembolso a favor del patrimonio que proporcionó el dinero y no haya adquirido el bien (art. 1358 CC). Tratándose de la vivienda familiar, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretan, de forma acertada, que resulta también aplicable la norma del art. 1354 CC, de manera que la vivienda comprada a plazos por un cónyuge durante el régimen habiéndose pagado el primer plazo con dinero privativo de éste, será ganancial y/o privativa en proporción al dinero aportado[76].

3. Situaciones especiales de compra a plazos de la vivienda familiar.

A) Compra en situación de convivencia de hecho.

Es posible que los futuros cónyuges adquieran la que será la vivienda familiar, una vez casados, en situación de convivencia, formalizada o no. Ello no afectará, en principio, a la naturaleza de los bienes adquiridos durante este período, dado que, si bien cabe que la pareja regule mediante pacto sus relaciones patrimoniales, su falta u omisión no hace surgir el régimen económico matrimonial legal (gananciales) que le habría correspondido en caso de haberse celebrado el matrimonio. En efecto, la aplicación a los convivientes de las normas reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes requiere el pacto expreso o la vía de la "analogía iuris", cuando por "facta concludentia" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común[77]. Por tanto, los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos[78]. Evidentemente, a falta de acuerdo previo y en caso de crisis, cabe que se llegue a un acuerdo posterior, de naturaleza transaccional, sobre la titularidad de los bienes adquiridos constante convivencia.

De acuerdo con lo expuesto, los bienes adquiridos por quienes conviven en pareja, y luego contraen matrimonio bajo el régimen de gananciales, pertenecerán a quien los haya adquirido, sin que resulten aplicables los preceptos del régimen de gananciales. Ahora bien, la norma del art. 1357.II CC, en su remisión al art. 1354 CC, despliega su eficacia a la compra de la vivienda familiar efectuada por un cónyuge antes de casarse, viva en pareja o no con su futuro consorte. En consecuencia, si durante el periodo de convivencia de hecho uno de los miembros

75 De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., pp. 190-191.

76 Martín Meléndez, Mª. T.: *Compra financiada de vivienda familiar,* cit., pp. 41 y 70 y ss.

77 SSTS 22 febrero (RAJ 2006, 831) y 19 octubre 2006 (RAJ 2006, 8976).

78 STS 8 mayo 2008 (RAJ 2008, 2833).

de la pareja compra una vivienda con precio aplazado o mediante la concesión de un préstamo a plazos y, una vez casado, este bien se destina a vivienda familiar del matrimonio, el porcentaje de este inmueble abonado con fondos gananciales formará parte del patrimonio ganancial.

B) Vivienda familiar no pagada íntegramente cuando sobreviene la disolución de la sociedad de gananciales.

Una situación que puede suscitarse, con bastante frecuencia, es que, sobrevenida la declaración de nulidad matrimonial, la separación o el divorcio de los cónyuges, aun no se hayan terminado de abonar las cuotas del préstamo que grava la vivienda familiar comprada por un cónyuge en estado de soltero. El problema se plantea también ante cualquier causa de disolución de la sociedad de gananciales (por ej., el fallecimiento de uno de los cónyuges), siempre que aún no se haya terminado de abonar el préstamo utilizado para el abono del precio de la vivienda familiar. Se plantea, en estos casos, si la parte de la vivienda que resta por pagar es ganancial o privativa. La cuestión no aparece resuelta en el Código Civil y podría dar lugar a dos posibles respuestas: una, considerar que toda la parte de vivienda familiar que resta por pagar es ganancial; otra, estimar que la parte que queda por pagar es privativa del cónyuge que la compró antes de iniciarse el régimen de gananciales, tesis esta última seguida por la mayor parte de la doctrina[79]. Esta última tesis es la que considero más adecuada, si bien, a mi modo de ver, no es que la vivienda sea, en esa parte, privativa del cónyuge comprador, sino que, al resultar inaplicables tras la disolución de la sociedad de gananciales las normas de este régimen, entrarán en juego las reglas ordinarias del tráfico jurídico y, por ende, el principio de la titularidad formal, en cuya virtud, los bienes pertenecen al adquirente o adquirentes.

Se suscita, asimismo, la cuestión de cuál sea la naturaleza de la vivienda familiar adquirida vigente el régimen de gananciales, una vez producida su disolución por la crisis matrimonial, cuando uno de los cónyuges sigue abonando los vencimientos del préstamo hipotecario concedido para pagar su precio. El Tribunal Supremo aprecia que el art. 1354 CC "no se aplica al presente caso, en el que el bien es ganancial desde el principio conforme al artículo 1347.3º: se adquirió vigente el régimen, a título oneroso, a costa del caudal común, préstamo ganancial (artículo 1362.2º), y si posteriormente a su disolución, uno de los ex cónyuges abona todos o parte de los plazos del préstamo, sin que tengan, pues, aplicación los artículos 1356 y 1357, tendrá derecho de crédito, contra la comunidad"[80].

79 Por todos, Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales*, cit., p. 257. Declara este autor ("ibidem") que "[s]e "cierra el paréntesis ganancial y se recupera la privatividad" de la vivienda en cuanto a lo que queda por pagar".

80 STS 1 junio 2006 (RAJ 2006, 3060).

V. ALTERACIÓN DEL CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. Confesión de privatividad respecto a la vivienda familiar.

La presunción de ganancialidad puede ser destruida, entre los cónyuges, a través de la confesión de privatividad del art. 1324 CC. En efecto, para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos (o que lo es el dinero empleado en su adquisición) es bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudica a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges (art. 1324 CC). En el ámbito registral, a la hora de fijar los términos de la inscripción de tales bienes, resulta aplicable el art. 95.4 RH. El Tribunal Supremo ha establecido los requisitos para que la confesión pueda desvirtuar esta presunción: "1. que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2. que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3. que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4. que la confesión se haya efectuado constante matrimonio"[81]. Asimismo, el Alto Tribunal ha precisado que "la confesión de privatividad no tiene per se eficacia traslativa ni atribuye un título; se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges y no la masa ganancial"[82].

A través de la confesión de privatividad, pues, la vivienda familiar se puede adscribir al patrimonio privativo del cónyuge adquirente, aunque con los efectos y limitaciones del art. 1324 CC. Esta confesión puede venir referida a la relación jurídica en base a la que fue adquirida la vivienda, determinante de su adscripción a la masa de bienes propios del cónyuge del confesante (por ej., si un cónyuge confiesa que el carácter privativo de la contraprestación con la que se adquirió ese inmueble por el otro cónyuge[83]); resulta admisible, también, una confesión en la que su autor se limite a declarar que la vivienda es privativa de su consorte, sin aclarar la razón por la que considera que ello es así[84].

La enajenación de la vivienda familiar inscrita con carácter privativo por confesión de privatividad cuenta con unas reglas especiales para el supuesto de que

81 STS 29 noviembre 2006 (RAJ 2006, 10030).

82 STS 15 de enero 2020 (RAJ 2020, 649). En términos similares, el Centro Directivo ha establecido que "la confesión de privatividad no aparece configurada en nuestro ordenamiento como una declaración de voluntad que fije frente a todos el carácter privativo del bien al que se refiere (sin perjuicio de su posible impugnación si se efectúa en fraude o perjuicio de terceros o no se corresponde con la realidad), sino como un simple medio de prueba de esta circunstancia, que opera en la esfera interconyugal y que carece de virtualidad para desvirtuar por sí sola la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil (cfr. artículo 1324 del Código Civil)". Por todas, RDGSJFP 7 junio 2022 (RAJ 2022, 3187).

83 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

84 Gavidia Sánchez, J.L.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal,* Tecnos, Madrid, 1987, pp. 114-115 y 119-120.

el cónyuge no titular (el confesante) haya fallecido. Si ha fallecido el cónyuge titular del bien, no se produce ninguna especialidad: el bien formará parte de la herencia y los beneficiarios podrán disponer del mismo. Pero si ha fallecido el cónyuge confesante, y existen herederos forzosos, deberán prestar su consentimiento expreso en la escritura de venta o enajenación.

2. La atribución de carácter ganancial, por voluntad expresa o presunta de los cónyuges, a la vivienda familiar adquirida a título oneroso

Dentro del amplio reconocimiento de la autonomía privada, y como una manifestación más del principio de libertad de pactos del art. 1323 CC, el art. 1355.1 CC[85] permite que los cónyuges atribuyan, de común acuerdo, la condición de gananciales "a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga"[86]. Aplicado a la vivienda familiar, quiere ello decir que la vivienda comprada vigente el régimen de gananciales, utilizando para el pago fondos privativos de un cónyuge, cualquiera que sea la forma y plazos en que aquéllos se satisfagan, puede atribuirse, si existe acuerdo entre los cónyuges, al patrimonio ganancial. En relación a esta norma, el Tribunal Supremo ha expuesto que si los fondos utilizados fueran gananciales, el bien adquirido sería ganancial por aplicación del art. 1347.3.º CC y que "no haría falta la voluntad de las partes para atribuir al bien adquirido carácter ganancial". Y que "lo que permite el art. 1355 CC es que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a bienes que, de no existir tal acuerdo, serían privativos con arreglo a los criterios de determinación legal"[87]. De este modo, "el art. 1355 CC permite que los cónyuges atribuyan carácter ganancial a los bienes adquiridos con fondos privativos de un cónyuge, sustituyendo con su voluntad la determinación legal de los bienes"[88]. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, "aunque el art. 1355 CC no lo menciona expresamente, los cónyuges también pueden atribuir carácter ganancial en su totalidad a bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo (art. 1354 CC)"[89].

85 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

86 En términos similares, la Ley 88.3 del FN contempla la atribución del carácter de bienes de conquistas a los "adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges convengan sean bienes de conquista, cualesquiera que fueran el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos" [cfr. SSTSJ de Navarra 30 de junio 2003 (RAJ 2003, 5405) y 17 de abril 2012 (RAJ 2012, 11224)].

87 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). En el mismo sentido, RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

88 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

89 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). En este sentido, la STS 6 marzo 2023 (RAJ 2023, 1849) considera que la vivienda comprada por los cónyuges litigantes era ganancial en su totalidad por aplicación del art. 1355 CC, aunque para su adquisición se empleara dinero en parte ganancial y en parte privativo.

La norma del art. 1355.I CC entra en juego en el momento de la adquisición de la vivienda a título oneroso[90], constante la sociedad de gananciales, utilizando para el pago fondos privativos y con el consentimiento de ambos cónyuges[91]. Concurriendo estos presupuestos, la vivienda ingresa "ab initio" en la masa ganancial[92]. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que "se trata de la atribución de ganancialidad en el momento de la adquisición" y que el efecto del art. 1355 CC "es que el bien ingresa directamente en el patrimonio ganancial"[93]. Este acuerdo de los cónyuges permite desplazar la norma del art. 1346.3º y la de los arts. 1357.II y 1354 CC, que aplican el principio de subrogación real, así como la contenida en el art. 1356 CC, que determina la naturaleza del bien en función de la que tenga el primer desembolso. En palabras del Centro Directivo[94], "[c]onfluyen [...] en el supuesto fáctico contemplado por el artículo 1355 del Código Civil dos negocios: el que vincula al cónyuge o cónyuges adquirentes con el tercero, de carácter transmisivo, por una parte, y, por otra, el que surge del acuerdo de voluntades de los cónyuges, de carácter atributivo". La atribución voluntaria de ganancialidad puede tener lugar, asimismo, con ocasión de la adjudicación de una finca privativa derivada de la división de una comunidad de bienes[95]. Desde un punto de vista registral, el inmueble -a los efectos de nuestro estudio, la vivienda familiar- se inscribirá a nombre de ambos cónyuges, con carácter ganancial (art. 93.1.I RH)[96].

90 La doctrina ha especificado que sólo los bienes adquiridos durante el matrimonio a cambio de una contraprestación económica pueden ser objeto de la atribución del carácter ganancial, según lo establecido en el art. 1355 CC. A este respecto, la STS 26 febrero 2002 (RAJ 2002, 2050), aprecia que la donación, aunque sea modal o por causa onerosa, es un acto de carácter gratuito, por lo que no era posible el pacto conyugal de cambiar la naturaleza del bien discutido, habida cuenta lo dispuesto en el art. 1355, referido a las adquisiciones a título oneroso.

91 Considera De los Mozos ("Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., p. 188) que, aunque el Código civil no exige requisito alguno, "parece evidente por tratarse de una manifestación *expresa* que ha de constar en el título de adquisición, sea público o privado".

92 Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), p. 1455.

93 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143). Asimismo, la Dirección General ha determinado que "en el caso específico del pacto de atribución de ganancialidad previsto en el artículo 1355 del Código Civil, en puridad, no se produce un desplazamiento directo de bienes concretos entre masas patrimoniales diferentes, dado que aquellos son adquiridos directamente como bienes gananciales" [RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375)]; asimismo, el Centro Directivo ha señalado que "es preciso para acudir a la vía del 1355 CC que la atribución de ganancialidad se haga en el mismo momento de la formalización de la adquisición" [RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3021)].

94 RDGSJFP 29 marzo 2010 (RAJ 2010, 2375).

95 En el caso resuelto por la RDGSJFP 6 junio 2007 (RAJ 2007, 3592), los cuatro comuneros de una finca acordaron cesar en la proindivisión mediante la adjudicación de esta en pleno dominio a una de las comuneras y a su esposo compareciente, "que la adquieren para su sociedad de gananciales", manteniendo dicha copropietaria su participación del veinticinco por ciento privativa. Para el Centro Directivo, el reconocimiento de la autonomía privada, "hace posible también que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del artículo 1355, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos", en este caso, en el momento "en que se formaliza la disolución del condominio; esto es, directamente y sin necesidad de acudir a otras vías, determinando ahora qué porcentaje del bien tendrá carácter ganancial y cuál privativo". Así lo admitió también la Dirección General en Resolución de 10 de marzo de 1989 (RAJ 1989, 2468), respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges.

96 Nieto Alonso, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio) Estudios, pp. 57-58.

Para la atribución de ganancialidad, el art. 1355.I CC exige el mutuo acuerdo, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges, que podrá ser presunto en los términos del párrafo segundo de la norma[97]. No cabe, pues, la atribución de ganancialidad de manera unilateral, por voluntad de un solo cónyuge[98]. Es posible que quien compre la vivienda familiar sea uno de los cónyuges, pero siempre será necesario el acuerdo de ambos en la atribución del carácter ganancial[99].

El ingreso de la vivienda en el patrimonio ganancial provoca que, en aplicación del art. 1358 CC, nazca un crédito a favor del cónyuge que ha aportado los fondos privativos frente a la sociedad de gananciales[100]. Como ha precisado, acertadamente, el Tribunal Supremo, si bien "la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien como ganancial, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges"[101], la prueba del carácter privativo del dinero (que, frente a la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC, incumbe al cónyuge que lo alegue) puede ser determinante del derecho de reembolso a favor de quien aportó los fondos (art. 1358 CC)[102]. El Tribunal Supremo, en la STS del Pleno 27 mayo 2019[103], ha sentado la doctrina de que este derecho de reembolso resulta procedente, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición[104]. En consecuencia, será ganancial la vivienda adquirida conjuntamente por los esposos cuando conste la voluntad de ambos de atribuirle carácter ganancial, pero, en tal caso, si se prueba que para la adquisición se han

97 Como ha precisado el Tribunal Supremo, "el art. 1355.II CC facilita la prueba de la existencia del convenio de atribución de ganancialidad en los casos de adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, porque en este caso presume la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de los bienes" [STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143)]. La STS 9 mayo 2007 (RAJ 2007, 3561) considera ganancial del matrimonio la vivienda comprada por ambos cónyuges, sin atribución de cuotas, aportando sus propios bienes privativos.

98 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

99 En la STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) se explica que "[a]nte una norma que para la atribución de ganancialidad exige el «común acuerdo» de los cónyuges (y solo presume la voluntad común favorable en casos de adquisición conjunta sin atribución de cuotas), hay que entender que si adquiere uno solo es el no adquirente quien debe probar la existencia del acuerdo, dado que constituye un hecho positivo exigido por la norma como presupuesto para la atribución de la ganancialidad".

100 Nace este derecho de reembolso a favor del patrimonio privativo "salvo que la atribución de ganancialidad se efectúe en compensación a otra atribución equivalente procedente del patrimonio privativo del otro cónyuge, como fórmula de pago de un crédito ganancial, por pura liberalidad o por cualquier otra causa lícita distinta de las anteriores" (RDGSJFP 29 marzo 2010, RAJ 2010, 2375).

101 SSTS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) y 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2117).

102 SSTS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143) y 25 abril 2022 (RAJ 2022, 2117).

103 STS del Pleno 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

104 Esta doctrina se fundamenta, en la sentencia indicada, en varias razones, en estos términos: "en nuestro ordenamiento la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente; el acuerdo de los cónyuges para atribuir la ganancialidad al bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición, y genera un crédito "por el valor satisfecho" (art. 1358 CC); la adquisición de los bienes comunes es "de cargo" de la sociedad de gananciales (art. 1362.2.ª CC)" [STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143)]. La doctrina de esta sentencia se ha aplicado, ulteriormente, entre otras, en las sentencias de 11 julio 2019 (RAJ 2019, 2797), 2 de marzo 2020 (RAJ 2020, 599), 1 junio 2020 (RAJ 2020, 1342), 11 noviembre 2020 (RAJ 2020, 4250), 28 junio 2021 (RAJ 2021, 3039), 22 noviembre 2021 (RAJ 2021, 5139), 31 enero 2022, (RAJ 2022, 627) y 21 febrero 2022 (RAJ 2022, 669).

empleado fondos privativos, el cónyuge titular del dinero tiene derecho a que se le reintegre el importe actualizado, aunque no hiciera reserva sobre la procedencia del dinero ni sobre su derecho de reembolso[105]. Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 2 noviembre 2022[106], se reconoció la inclusión en el pasivo de la sociedad de gananciales de un crédito a favor del cónyuge por el importe actualizado del precio de venta de su vivienda privativa, que fue empleado en la compra de la vivienda ganancial que adquirieron conjuntamente para la sociedad de gananciales los dos esposos al amparo del art. 1355 CC, aunque no se hiciera reserva en el momento de la adquisición[107]. En términos similares, la STS 6 marzo 2023[108], reconoce a favor del esposo un derecho de reembolso por el importe actualizado correspondiente a las cantidades que, procedentes de la venta de un terreno y de un inmueble privativo, invirtió en la compra de la vivienda litigiosa.

El acuerdo expreso de los cónyuges permite, pues, que la vivienda familiar adquirida con dinero privativo de un cónyuge ingrese en el patrimonio ganancial. Es más, si la adquisición de la vivienda se hiciere de forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable de los cónyuges al carácter ganancial de dicho bien (art. 1355.II CC)[109]. Esta presunción favorable a la comunidad que establece el art. 1355.II CC, cuando se trate de adquisición conjunta y sin atribución de cuotas, implica que, si los cónyuges compran de este modo la vivienda familiar, se presumirá su carácter ganancial del matrimonio[110]. Conforme a la doctrina jurisprudencial[111], para desvirtuar esta presunción de la voluntad común favorable a la ganancialidad, no basta con demostrar la procedencia privativa del dinero empleado para el pago del precio. Por el contrario, "el que esté interesado en desvirtuar la presunción que establece el art. 1355.II CC debe probar que en el

105 La STS 2 noviembre 2022 (RJ 2022, 4902) resume la doctrina de la Sala contenida en las sentencias citadas en la nota precedente del modo siguiente:
"i) El derecho de reembolso del dinero invertido en la adquisición y la financiación de un bien ganancial procede, por aplicación del art. 1358 CC, aunque no se hubiera hecho reserva alguna en el momento de la adquisición.
ii) La atribución del carácter ganancial a un bien no convierte en ganancial al dinero empleado para su adquisición y debe reembolsarse el valor satisfecho a costa del caudal propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación, si no se ha hecho efectivo con anterioridad (arts. 1358 y y 1398.3.ª CC).
iii) En el caso de que se emplee dinero privativo para pagar la deuda contraída para la adquisición del bien ganancial, nace un derecho de crédito del cónyuge titular del dinero, que se integra en el pasivo de la sociedad ganancial, por el importe actualizado de las cantidades satisfechas con tal fin (art. 1398.3.ª CC)".

106 STS 2 noviembre 2022 (RAJ 2022, 4902).

107 Resuelve un supuesto similar, en términos idénticos, la STS 28 febrero 2023 (RAJ 2023, 1844).

108 STS 6 marzo 2023 (RAJ 2023, 1849).

109 La mayoría de la doctrina estima que la norma prevé la posibilidad de un acuerdo tácito de atribución de la ganancialidad (Moralejo Imbernón, N.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., p. 1756). Se ha considerado, por otra parte, que el art. 1355.II CC guarda un cierto paralelismo con la norma, ya comentada, del art. 1353 CC, que rige para las adquisiciones a título gratuito (De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., p. 189).

110 La presunción del art. 1355.II CC "viene a reforzar la presunción del artículo 1361" (De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., p. 189).

111 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

momento de realizar la adquisición no existía la voluntad común de que el bien se integrara en el patrimonio ganancial"[112].

3. Aportación de la vivienda familiar privativa al patrimonio ganancial.

El denominado negocio de aportación o comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales[113], carente de regulación en el Derecho civil común[114] (con la salvedad del supuesto contemplado en el art. 1444.II CC[115]), se ampara en el principio de la libre contratación entre cónyuges del art. 1323 CC, que permite cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los patrimonios privativos y la masa ganancial, sobre todo, de la vivienda familiar[116]. Como ha precisado el Tribunal Supremo[117], "[d]ada la amplitud con que el art. 1323 CC admite la libertad de pactos y contratos entre los cónyuges, son posibles acuerdos por los que se atribuya carácter ganancial a bienes privativos de uno de ellos (por ejemplo, por haber sido adquiridos antes de la sociedad, o adquiridos a título gratuito constante la sociedad, etc.)".

A diferencia del supuesto anterior, consistente en la atribución de carácter ganancial a la vivienda adquirida con dinero privativo en todo o en parte, que da lugar a la adquisición "ab initio" de un bien de naturaleza ganancial, en este caso se trata de aportar a la sociedad de gananciales una vivienda ya existente

112 STS 27 mayo 2019 (RAJ 2019, 2143).

113 Pereña Vicente, M.: *Masas patrimoniales*, cit., pp. 254-255, considera preferible utilizar una denominación que no sea la de negocio de aportación o comunicación que es la que utiliza el Centro Directivo. Esta autora prefiere la de "negocio de atribución", pero dejando claro que su ámbito no es el de la atribución de ganancialidad del art. 1355 CC. Define Pereña Vicente (cit., p. 257) el negocio de atribución como "aquel negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges acuerdan que un bien que hasta ese momento pertenecía a uno de ellos con carácter privativo, se transmita al patrimonio común, sin que se genere automáticamente un derecho de reembolso a favor del cónyuge a cuyo patrimonio pertenecía el bien". Concluye la autora que "[s]e trata, por tanto, de un negocio que constituye título suficiente para provocar un desplazamiento patrimonial".

114 La ley 88 del FN regula el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de conquistas, a cuyo tenor son bienes de conquista, "los bienes incluidos en las conquistas en virtud de pactos o disposiciones". Reconoce también el pacto de atribución del carácter de comunes a bienes privativos, el art. 215 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA). Asimismo, el art. 232-31.a) CCCat considera que son bienes comunes (del régimen de comunidad de bienes), aquellos "a los que los cónyuges confieren este carácter en el momento de convenir el régimen o con posterioridad".

115 El art. 1444.2 CC contempla un supuesto muy concreto: la instauración del régimen de gananciales en capitulaciones matrimoniales tras la reconciliación de los cónyuges separados que había dado lugar a la disolución de la anterior sociedad de gananciales y al inicio del régimen de separación de bienes. En este caso, el precepto prevé que los cónyuges "[h]arán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación". De acuerdo con el citado precepto, los cónyuges podrán aportar, en las mismas capitulaciones matrimoniales por las que pactan que vuelva a regir el régimen de gananciales, bienes privativos a la nueva sociedad de gananciales, incluso los bienes gananciales de la anterior sociedad que les habían sido adjudicados en la liquidación del régimen de gananciales. Comentan Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo", cit., p. 1458, que este supuesto cuenta con "escasa virtualidad práctica y todavía menor predicamento científico".

116 Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo", cit., p. 1451.

117 STS, Pleno, 27 mayo 2019 (RJ 2019, 2143).

en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges[118]. En ambos casos se dota a la vivienda de naturaleza ganancial, pero "se trata de figuras claramente distintas"[119]. En el caso que ahora examinamos, la vivienda existe ya en el patrimonio privativo de un cónyuge y con posterioridad se le atribuye carácter ganancial[120]. Dicha vivienda puede haber sido adquirida a título gratuito u oneroso, sea durante la vigencia del régimen de gananciales, sea con carácter previo[121]. Otra diferencia con la atribución de carácter ganancial del art. 1355 CC, que como vimos solo rige en las adquisiciones a título oneroso, reside en que la aportación de un bien privativo al patrimonio ganancial puede realizarse también de manera gratuita. Cuando la aportación se efectúa a título oneroso, nace un crédito a favor del cónyuge aportante frente a la sociedad de gananciales.

En consecuencia, el principio de la libertad de pactos reconocido en el art. 1323 CC hace posible que, aun cuando no concurran los presupuestos de la norma del art. 1355 CC, los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos. Así lo admitió la RDGSJFP 10 marzo 1989[122] respecto del pacto específico de atribución de ganancialidad a la edificación realizada con dinero ganancial sobre suelo privativo de uno de los cónyuges[123], con un criterio

118 Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo", cit., p. 1455. Como se indica en la RDGSJFP 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 10485), los cónyuges están facultados para "con posterioridad al comienzo de la sociedad, atribuir carácter ganancial a bienes que ya eran de la propiedad privativa de alguno de ellos".

119 RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3021). Para la STS 3 diciembre 2015 (RJ 2015, 5441), "basta la lectura de la norma (el art. 1355 CC) para comprobar que alude a un supuesto de hecho distinto del presente, pues se refiere a bienes adquiridos a título oneroso «durante el matrimonio»".

120 Dentro del negocio de aportación y comunicación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo", cit., pp. 1456 y 1470-1475, distinguen, por un lado, el negocio de comunicación o aportación sin cambio de titularidad, que se caracteriza por el cambio en la cualidad del bien que pasa de ser privativo a ser ganancial, conservando el cónyuge aportante la titularidad de dicho bien y, por otro, el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales, en el que, además del cambio de cualidad del bien, se produce un cambio en la titularidad, pues el bien pasa de ser de titularidad exclusiva del cónyuge aportante a ser de titularidad conjunta de ambos cónyuges con carácter ganancial. Ahora bien, estas autoras razonan que el negocio de aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales con cambio de titularidad, y mucho más cuando ese cambio no se produce, no se puede calificar de verdadero negocio traslativo en sentido jurídico-real.

121 Gallardo Rodríguez, A.: "La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso", *La Ley Derecho de Familia,* 2023, núm. 37, enero-marzo, *Aspectos patrimoniales de las crisis matrimoniales* (consulta en smarteca).

122 RDG 10 marzo 1989 (RAJ 1989, 2468).

123 Esta Resolución señaló que "aun cuando la hipótesis considerada no encaje en el ámbito definido por la norma del artículo 1.355 del Código Civil (que contempla la posibilidad de asignar de modo definitivo el carácter ganancial solamente respecto de los bienes adquiridos a título oneroso, tanto si hubiere indeterminación sobre la naturaleza de la contraprestación al tiempo de la adquisición como si ésta fuera inequívocamente privativa), no por ello ha de negarse la validez y eficacia del acuerdo contenido en la (...) escritura calificada, toda vez que los amplios términos del artículo 1.323 del Código Civil posibilitan cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto -entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes como categoría autónoma y diferenciada con sus propios elementos y características-, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (artículos 609, 1.255 y 1.274 del Código Civil) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil".

que ha sido posteriormente confirmado en diversas resoluciones[124]. Según la referida doctrina del Centro Directivo, los elementos constitutivos del negocio por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el consorcial han de quedar precisados debidamente, también respecto de la causa de la transferencia patrimonial, que no puede presumirse a efectos registrales[125]. Así, por ejemplo, la sola manifestación del origen privativo del dinero empleado en la adquisición de un bien no puede considerarse como causa justificadora de su desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial[126]. Ahora bien, como se indicó en la RDGSJFP 22 junio 2006[127], dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura[128]. La Dirección General aprecia que la misma causa que justifica la atribución patrimonial en el caso de las aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales, debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio[129]. Se ha considerado, asimismo, que la voluntad de atribuir carácter ganancial a la vivienda familiar se puede explicitar ante la autoridad judicial,

124 Resoluciones 14 abril 1989 (RAJ 1989, 3403), 7 y 26 octubre 1992 (RAJ 1992, 8302 y 1992, 8582), 11 junio 1993 (RAJ 1993, 5418), 28 mayo 1996 (RAJ 1996, 4012), 21 diciembre 1998 (RAJ 1998, 10485), 15 y 30 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9163 y 1999, 9428), 8 mayo 2000 (RAJ 2000, 5831), 21 julio 2001 (RAJ 2002, 2397), 17 abril 2002 (RAJ 2002, 8099), 12 junio y 18 septiembre 2003 (RAJ 2003, 4224 y 2003, 6334), 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084), 6 junio 2007 (RAJ 2007, 3592), 29, 31 marzo (RAJ 2010, 2375 y 2010, 2500) y 19 octubre 2010 (RAJ 2010, 2375), 19 enero y 3 septiembre 2011 (RAJ 2011, 933 y 2012, 2571) o 13 noviembre 2017 (RAJ 2017, 5202).

125 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576). En el caso resuelto por la STS de 15 de diciembre de 2000 (RAJ 2015, 5441) la causa de la aportación de la vivienda familiar privativa del marido al patrimonio ganancial fue la compensación por deudas contraídas por el cónyuge propietario con la sociedad de gananciales.

126 RDGSJFP 15 diciembre 1999 (RAJ 1999, 9163).

127 RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084).

128 Y ello en la medida en que «los referidos pactos de atribución de ganancialidad tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica –la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial–. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos». A lo que se añadió que cabe «entender que el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio u otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad). Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada «causa matrimonii», de la que, históricamente puede encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones «propter nupcias» de un consorte al otro –a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges–, o la antigua dote» [RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084)].

129 En ambos casos, se dice, "se trata de convenciones que participan de la misma «iusta causa traditionis», justificativa del desplazamiento patrimonial «ad sustinenda oneri matrimonii»" [RDGSJFP 22 junio 2006 (RAJ 2022, 3084)].

en el seno de un convenio regulador de los efectos de la separación o del divorcio de los cónyuges[130].

4. Atribución de privatividad o aportación al patrimonio privativo de la vivienda familiar ganancial.

Junto a los negocios que permiten el cambio de un bien privativo a ganancial, resultan admitidos los que dan lugar al efecto contrario, esto es, a que un bien ganancial se incluya en el patrimonio privativo de uno de los cónyuges[131]. Cabe distinguir, por un lado, el pacto por el que los cónyuges, actuando de común acuerdo, en el momento de adquirir un bien que, según los criterios legales, goza de naturaleza ganancial, deciden atribuirle carácter privativo de uno de ellos; y, por otra parte, el negocio por el que, una vez adquirido un bien ganancial, provocan su desplazamiento al patrimonio de uno de ellos. Es decir, se admite que, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir los cónyuges que éste ingrese de manera directa y «erga omnes» en el patrimonio personal de uno de ellos, a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, o el trasvase patrimonial de un bien ya ganancial al patrimonio de uno de los cónyuges[132]. Nos referimos al acuerdo de atribución de privatividad y al negocio de aportación de un bien ganancial a la masa privativa de un cónyuge.

130 La RDGSJFP 11 abril 2012 (RAJ 2012, 7742), admite la inscripción como ganancial de un bien adquirido por ambos consortes, antes de la celebración del matrimonio, inicialmente de carácter privativo en comunidad ordinaria, destinado a vivienda familiar y que, en el momento de la liquidación de los gananciales, los cónyuges de común acuerdo lo incluyen en el inventario como bien ganancial. Considera el Centro Directivo que "[n]ada obsta […] al reconocimiento o atribución de carácter ganancial del bien comprado proindiviso ante la autoridad judicial, como resulta, en el presente supuesto, de las manifestaciones de los cónyuges en el convenio, donde afirman que proceden a liquidar el patrimonio ganancial e incluyen en el activo del inventario la finca que nos ocupa (cfr. artículos 1323 y 1355 del Código Civil). Del mismo modo que nada obstaría al previo otorgamiento de escritura de aportación a gananciales para, inmediatamente después, incluir el bien en el convenio regulador". En contra de este criterio, la RDGSJFP 16 octubre 2014 (RAJ 2015, 856) considera improcedente la inscripción de un convenio regulador en el que se adjudica a uno de los cónyuges un inmueble adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, atendiendo a que "es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda".

131 Estos negocios aparecen reconocidos en la ley 89.5 FN, en cuya virtud, son bienes privativos de cada cónyuge "[l]os adquiridos con cargo a bienes de conquista si en el título adquisitivo ambos cónyuges hacen constar la atribución privativa a uno de ellos". Asimismo, resultan admitidos en el art. 215 del CDFA, en cuya virtud, "[a] efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido". El precepto regula la atribución de carácter ganancial y la aportación a la masa ganancial de bienes privativos, así como las figuras inversas: la atribución de privatividad y la aportación de bienes gananciales a la masa privativa de uno de los cónyuges. A este respecto, la STSJ Aragón 13 febrero 2019 (RAJ 2020, 1921) declara que "[`] o que el precepto contempla es la posibilidad de ampliar o restringir la comunidad. Es decir, la posibilidad de atribuir, mediante pacto, a unos bienes que eran comunes carácter privativo o a la inversa" y que "la atribución del carácter privativo a un bien inicialmente común, da lugar a un reembolso al patrimonio común, pero no a un reintegro del común al privativo". Por su parte, la STSJ Aragón, 10 marzo 2022 (RAJ 2022, 2474) resalta que el art. 215 tan solo autoriza mediante pacto el cambio de la calificación jurídicos de los bienes. La SAP Zaragoza, Sección 5ª, 4 febrero 2016 (JUR 2016, 77024) señala que el citado art. 215 "prescribe escritura pública para la ampliación o restricción de la comunidad de bienes consorciales".

132 RDGSJFP 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

En cuanto al primer supuesto, a pesar de que el art. 1355.1 CC sólo se refiere a la atribución de carácter ganancial, el reconocimiento de la autonomía privada en la determinación del carácter de los bienes del matrimonio permite admitir la validez del acuerdo por el que los cónyuges atribuyen a un bien, en las mismas condiciones, carácter privativo[133]. Es posible, pues, que los cónyuges decidan atribuir carácter privativo de uno de ellos a la vivienda familiar adquirida con fondos gananciales, o que, bajo esas mismas circunstancias, decidan adquirirla en régimen de comunidad ordinaria por cuotas privativas[134]. En el ámbito registral, se ha admitido que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca causalizado[135]. Como ha puesto de manifiesto el Centro Directivo[136], este negocio conyugal atributivo del carácter privativo del bien -que mantiene su sustantividad y autonomía pese a su conjunción con el negocio adquisitivo- ha de obedecer a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1347.3.º del Código Civil) cual, por ejemplo, la previa transmisión gratuita de la contraprestación a favor del cónyuge adquirente, el derecho de reembolso al que se refiere el artículo 1358 del Código Civil, etc. Así lo ha reconocido, en fecha reciente, la Resolución del Centro Directivo de 4 de julio de 2022[137], que acepta que los cónyuges, por pacto, puedan determinar el carácter privativo de un bien comprado por uno de los cónyuges (en concreto, en el caso se trataba de una participación del 80% de una vivienda), y ello al margen de que no haya podido acreditarse el carácter privativo del bien por faltar la prueba fehaciente de la naturaleza privativa del dinero empleado[138]. Entiende el Centro Directivo que, en estos casos, "ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil"[139]. En consecuencia, aunque no exista prueba del carácter privativo del precio o contraprestación, la mera manifestación de los cónyuges permite atribuir carácter privativo a un inmueble, en particular, a la

133 De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., pp. 187-188.

134 En este sentido, con carácter general para la adquisición de cualquier tipo de bienes, De los Mozos, J.L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", cit., p. 189.

135 Entre las más recientes, RDGSJFP 11 abril 2022 (RAJ 2022, 3321), con cita de las resoluciones previas que han mantenido este criterio.

136 RDGSJFP 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

137 En la escritura cuya calificación había sido impugnada, los compradores de determinada finca, casados entre sí en régimen legal de gananciales, manifestaron que «en ejercicio de su autonomía de voluntad, acuerdan que el 80 % del pleno dominio de la finca objeto de la presente tenga carácter privativo del esposo don F. J. F. G. y solicitan que se inscriba a su nombre por haber sido adquirida con tal carácter por acuerdo entre los cónyuges y no por confesión, teniendo este pacto causa onerosa por ser los fondos empleados para el pago del valor de adquisición privativos del mencionado adquirente, procedentes de una venta de carácter privativo, y no procediendo por ello el reembolso previsto en el art. 1358 del Código civil» [RDGFPSJ de 4 de julio de 2022 (RAJ 2023, 576)].

138 En términos similares, en la RDGSJFP 12 junio 2020 (RAJ 2020, 3382) se concluye que los cónyuges, por pacto, están determinando el carácter privativo de la participación indivisa del bien comprado por la esposa. Igualmente, la RDGSJFP 15 enero 2021 (RAJ 2021, 207), respecto del carácter privativo de un bien comprado por el marido o la de 9 septiembre 2021 (RAJ 2021, 4598).

139 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

vivienda familiar. Este negocio atributivo de carácter privativo no debe confundirse con la confesión de privatividad del art. 1324 CC, pues la virtualidad de ésta a efectos de la calificación del bien es relativa, al quedar limitada a los cónyuges y constituir en puridad un medio de prueba, subordinado a la realidad o inexactitud del hecho confesado[140]. De hecho, la doctrina ha puesto de manifiesto el difícil encaje en la normativa vigente de la eficacia plena de cualquier pacto de atribución de privatividad, al dejar vacío de contenido el art. 1324 CC y, correlativamente, el art. 95.4 RH[141].

Lo relevante es que, en el negocio jurídico de atribución del carácter privativo, los cónyuges dejen claramente expresada la causa onerosa o gratuita de dicho negocio[142]. Como puso de relieve el Centro Directivo en la Resolución de 30 de julio de 2018[143], el pacto de privatividad siempre será admisible si bien será necesaria su causalización, tanto en los supuestos en que sea previa o simultánea a la adquisición, como en los casos en que sea posterior, sin que ello signifique que haya que acudir a contratos de compraventa o donación entre cónyuges. Para que la causa sea gratuita o a título lucrativo, "debe concurrir el requisito de que el desplazamiento patrimonial que se opera con dicho negocio carezca de contraprestación equivalente, ni pasada, ni presente, ni futura"[144]. En cuanto a sus requisitos formales, el negocio jurídico de atribución gratuita de privatividad, si se refiere a bienes inmuebles, como es la vivienda familiar, deberá constar en escritura pública como requisito «ad solemnitatem» (cfr. art. 633 CC)[145]. En sentido inverso, el Centro Directivo ha precisado que "para que sea onerosa la causa del negocio de atribución de privatividad a un bien que sin dicho negocio tendría carácter ganancial o presuntivamente ganancial, es preciso que ese desplazamiento patrimonial tenga su compensación correlativa"[146].

140 RDGFPSJ 25 septiembre 1990 (RAJ 1990, 7153).

141 Por todos, López Frías, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre) Ensayos, pp. 269-301.

142 Esta necesidad de existencia de una causa "se explica por su repercusión en los correspondientes requisitos y efectos del negocio jurídico" [RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576)]. Sobre el particular, vid. López Iglesias, L.: "La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

143 RAJ 2018, 3887.

144 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

145 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576).

146 RDGFPSJ 4 julio 2022 (RAJ 2023, 576). Es decir, como añade el Centro Directivo *(ibidem)*, es necesario "que concurra otro desplazamiento patrimonial de importe equivalente en sentido contrario, ya sea ese otro desplazamiento previo al negocio (cuando se compensa una deuda preexistente que identifique debidamente); simultáneo (cuando en el mismo acto se recibe una prestación equivalente), o futuro, (cuando el desplazamiento patrimonial equivalente y de signo contrario queda diferido a un momento posterior)".

BIBLIOGRAFÍA

De los Mozos, J.L.: "Comentario al artículo 1354", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1984, pp. 178-184.

- "Comentario a los artículos 1355 a 1357", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. Albaladejo), Tomo XVIII, Vol. 2º, Edersa, 1984, pp. 185-194.

Gallardo Rodríguez, A.: "La atribución de ganancialidad y la aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales: repercusiones sobre el derecho de reembolso", *La Ley Derecho de Familia,* 2023, núm. 37, enero-marzo, *Aspectos patrimoniales de las crisis* matrimoniales (consulta en smarteca).

Gavidia Sánchez, J.L.: *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal,* Tecnos, Madrid, 1987.

López Frías, A.: "La asignación convencional de carácter privativo a los bienes adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, núm. 4 (octubre-diciembre) Ensayos, pp. 269-301.

López Iglesias, L.: "La atribución de privatividad a bienes de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges y su inscripción en el Registro de la Propiedad", *La Ley Derecho de Familia*, núm. 25, enero-marzo, 2020, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

Martín Meléndez, Mª. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibro entre masas patrimoniales,* McGraw-Hill, Madrid, 1995.

- Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1.357, párrafo 2, del Código Civil, Civitas, Madrid, 2002.

Molina Illescas, S.: "Obra nueva ganancial sobre solar privativo. Inscripción de la edificación con distinto carácter que el suelo", *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

Montero Giménez, J.M.: "La privatividad del dinero en las adquisiciones de bienes inmuebles", *La Ley Derecho de Familia*, 2020, núm. 25, enero-marzo, monográfico *Sociedad conyugal y Registro de la Propiedad* (consulta en smarteca).

Moralejo Imbernón, N.: "Artículo 1355", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., pp. 1755-1756.

- "Artículo 1357", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 5ª ed., pp. 1757-1758.

Nieto Alonso, A.: "La atribución voluntaria de ganancialidad: reflejo de la autonomía privada en el régimen económico matrimonial. A propósito del artículo 1355 del Código Civil, *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio) Estudios, pp. 39-91.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: "Artículo 1359", en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 676-678.

Pereña Vicente, M.: *Masas patrimoniales en la sociedad de gananciales. Transmisión de su titularidad y gestión entre los cónyuges,* Dykinson, Madrid, 2004.

Pretel Serrano, J.J.: "Artículo 1353", en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 660-664.

Ragel Sánchez, L.F.: *El régimen de gananciales,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

Sanciñena Asurmendi, C. y Gago Simarro, C.: "Aportación de bien privativo a la sociedad de gananciales", *ADC*, 2022, tomo LXXV, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1451-1522.

EL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL PUNTO DE MIRA*

ARTICLE 96 OF THE CIVIL CODE IN THE SPOTLIGHT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 104-141

* El presente trabajo se enmarca también en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 "La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial", financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es investigador principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

María Dolores
CERVILLA
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Este trabajo contiene un análisis crítico del redactado del art. 96 CC por la Ley 8/2021, comparándolo con el texto que sustituye y proponiendo un nuevo texto acomodado a las necesidades de la familia de este siglo y atendiendo a los intereses que debe proteger.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; hijos; custodia; cónyuge; pareja de hecho; uso; crisis familiar.

ABSTRACT: *This paper contains a critical analysis of the new art. 96 CC, comparing it with the text that it replaces and proposing a text adapted to the needs of the family of this century and taking into account the interest that it must protect*

KEY WORDS: *Family home; children; custody; spouse; partner; use; family crisis.*

SUMARIO.- I. PREFACIO: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY 30/1981 DE 7 DE JULIO.- II. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96 CC.- 1. La minoría de edad de los hijos comunes como límite a la duración del derecho.- 2. La aplicación analógica a las parejas de hecho.- 3. Custodia compartida y uso de la vivienda familiar.- 4. La atribución de la vivienda de otros: comodato versus precario.- 5. La extinción del uso por convivencia con un tercero beneficiario/a.- 6. La repercusión patrimonial del derecho a usar la vivienda.- 7. Los gastos de la vivienda familiar.- III. LA REFORMA DEL ART.96 CC POR LA LEY 8/2021.- IV. LOS CRITERIOS DEL ART. 96 CC SOLO PROCEDEN "EN DEFECTO DE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES APROBADO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL?- V. ¿LA EQUPARACIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD A LOS MENORES DE EDAD ESTÁ ALINEADA VON LA FILOSOFÍA DEL CONVENIO DE NUEVA YORK?- VI. ¿ES NECESARIA LA ACLARACIÓN DE QUE LAS NECESIDADES DE VIVIENDA DE LOS MAYORES DE EDAD SE INCLUYEN EN EL CONCEPTO "ALIMENTOS"?- VII. ¿POR QUÉ NO SE ALUDE DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LA CUSTODIA COMPARTIDA?- VIII. DERECHO DE USO/SIMPLEMENTE USO/FACULTAD DISPOSITIVA?- IX. ¿CUÁL ES EL INTERÉS DEL MENOR EN EL ART. 96 CC?- X. CONCLUSIÓN: UNA NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 96 CC.

I. PREFACIO: EL DERECHO A USAR LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEY 30/1981 DE 7 DE JULIO.

Durante la vigencia de la Red temática "Vivienda y familia en el siglo XXI", el uso de la vivienda familiar que surge en las crisis familiares ha vuelto a centrar mis reflexiones, pero, esta vez, no analizando su régimen jurídico, sino cuestionándome su sentido en la sociedad de este siglo en el que han tenido lugar cambios sociales importantes[1]. Las conexiones entre vivienda y familia así lo propiciaban dirigiéndome, de forma natural, a un espacio, querido y conocido, como es el régimen jurídico consagrado en el art. 96 CC. Desentrañar la función que está llamado a desempeñar en la estructura social de este momento que, en modo alguno, se asemeja a la existente cuando vio la luz, fue mi primera intención; pues de ella pende cualquier consideración o crítica al contenido de la norma que pueda expresarse desde esa perspectiva. Obviamente, el Derecho y, más aun, el

1 Este trabajo que contiene los resultados de la investigación realizada en el marco de REDVIFAM, "Vivienda y familia en el siglo XXI", Acciones de dinamización «Redes de Investigación», del programa estatal de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, subprograma estatal de generación de conocimiento, en el marco del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020, ref: RED2018-102339-T, convocatoria 2018, parte de uno ya publicado en la obra colectiva realizada por integrantes de REDVIFAM *La vivienda familiar ante los retos de la crisis*, Dykinson, Madrid, 2022. Por ese motivo los epígrafes I y II de este ensayo guardan similitudes con el capítulo de libro "Una propuesta de reforma del art. 96C: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI", y "El derecho a usar la vivienda familiar cuarenta años después. Reflexiones sobre los cambios normativos e interpretativos del art. 96 CC", en el libro homenaje a Carlos Lasarte, actualmente en prensa, en la medida que sus premisas sirven de sustento a los argumentos y el planteamiento de los epígrafes siguientes de este artículo.

• María Dolores Cervilla Garzón
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, http://orcid.org/0000-0001-8221-9222, http://www.researcherid.com/rid/H-7070-2016. https://scholar.google.es/citations?user=GLJmMK8AAAAJ&hl=es. Correo electrónico: dolores.cervilla@uca.es

Derecho de familia sirve a intereses sociales contingentes, por lo que, comprobar si el escenario ha variado sensiblemente es el primer paso para evaluar la adecuación de la norma al conflicto social que pretende evitar o, en su caso, corregir.

Todas estas cavilaciones no hubieran sido plasmadas y ordenadas en un ensayo como este, si no fuera por la reforma del CC por la Ley 8/2021 que afectó, directamente, al artículo 96 del CC. El sentimiento de la "oportunidad perdida" que me produjo la lectura del meritado precepto me ha llevado a expresar las preguntas que el "nuevo" (por reciente en el tiempo que no por su contenido) me ha suscitado.

En este sentido, me he dejado conducir por esas cuestiones que, "tal cual", sirven de título a los diferentes epígrafes en los que se vertebra el discurso. Preguntas que el legislador, o no ha resuelto, o, peor aún, ha ocasionado. Para finalizar proponiendo una redacción al artículo 96 conforme a la función que hoy está invitado a desempeñar, sobre la base del interés o intereses que debe proteger. Ello pasa, necesariamente, por iniciar estas líneas contextualizando la primitiva redacción del art. 96 CC (muy semejante a la actual), en el contexto de la España postconstitucional germen y causa de su existencia.

El derecho a usar la vivienda familiar que nace como consecuencia de la crisis familiar es una medida relativamente reciente en los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos, que surge con una finalidad protectora de los sujetos más perjudicados por la ruptura cuyos intereses van a jugar un papel preponderante en el conflicto que constituye el supuesto de hecho de la norma. Su implementación, aunque muy generalizada no se percibe como uniforme pues todavía existen cuerpos jurídicos donde no se reconoce este derecho; de forma que el uso de la vivienda familiar continúa unido a la titularidad dominical, por lo que la disputa entre los cónyuges o ex cónyuges sobre este preciado bien se dilucida aplicando las reglas del régimen económico matrimonial (legal o pactado) que regía el matrimonio en crisis.

Quizás extrañe al lector que comencemos volviendo nuestra mirada a la Ley 30/1981 de 7 de julio, pero se justifica si partimos de que el derecho de uso que instauró la citada norma es, prácticamente, idéntico al actual por no haberse reformado, con la excepción aludida de la Ley 8/2021. En líneas generales, el derecho de uso de hoy es el mismo, en cuanto a su sentido y estructura.

En 1981 el legislador patrio, obedeciendo al mandato constitucional del art. 32, al mismo tiempo que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio, reguló dos consecuencias patrimoniales hasta entonces desconocidas para nuestro CC: la pensión compensatoria y el derecho a usar la vivienda familiar. Como es sabido, el derecho a usar la vivienda familiar surgido tras la crisis implicaba

e implica, en relación a este inmueble y los bienes que lo integran en concepto de ajuar, la desmembración entre titularidad y uso, atribuyéndose este último a uno de los ex cónyuges. A fin de dar respuesta a la disputa sobre el miembro de la pareja con mejor derecho a permanecer en la que fuera vivienda familiar sin abonar contraprestación alguna, el legislador construyó una serie de criterios de aplicación subsidiaria al pacto, que se articulan sobre la base de la protección de dos intereses que se presentan de forma jerarquizada. Uno preferente: el interés del menor, de manera que se vincula a la persona que asuma la custodia de los menores; y uno subsidiario y a falta de menores, el interés del ex cónyuge más necesitado de protección.

Iniciar estas reflexiones contextualizando el derecho de uso en el marco de la reforma nos conducen a hacerlo, también, en el seno del principio de igualdad que, entonces, solo hacía tres años había instaurado nuestra Constitución. Desde una perspectiva de género, la creación del derecho a usar la vivienda familiar merece un juicio positivo como una medida coadyuvante al reconocimiento de un mayor espacio liberta para la esposa que desee romper el vínculo. Para la mujer de la época, cuidadora de sus hijos y, generalmente, dedicada al hogar, el hecho de permanecer en él después de la ruptura, supuso dotarla de una base patrimonial importante para decidir con mayor libertad sobre su deseo de continuar la relación matrimonial. Esta afirmación merece ser matizada pues el derecho del uso dependía del cuidado de los hijos, por lo que de su literalidad no se infiere que se encuentre dirigida abiertamente a tal fin; ya que, en teoría, cualquier de los dos progenitores estaba llamado a desempeñar este rol. No obstante, en la sociedad española del momento, era impensable un escenario en el que fuera el padre el que ejercitara esta función de cuidado. Asumido como estaba que, en caso de crisis, los hijos debían permanecer junto a su madre, establecer un derecho de uso de la vivienda conectada con dicha actividad garantizaba a la mujer madre contar con un inmueble donde residir. Ello sumado al derecho a percibir una pensión compensatoria, conceptuada en ese momento como una percepción indefinida, constituían, ambos derechos, un respaldo económico muy importante que le permitía disponer de recursos para vivir fuera de la zona de confort que, hasta ese momento, era su matrimonio.

Así, el art. 96 CC, conforme a su primitiva redacción, se diseñó con la finalidad de establecer una serie de criterios de aplicación imperativa en la ruptura matrimonial contenciosa y con poco margen a la interpretación. De hecho, se presentan de forma jerarquizada y excluyente. El interés del menor, criterio preferente, aunque implícito, no se establecía, expresamente, en la literalidad del precepto limitándose el legislador a señalar que el beneficiario del uso lo era en cuanto conviviera con los hijos comunes sin alusión alguna a su edad; lo que permitía entender que el derecho de uso se mantenía aun en la mayoría

de edad si el hijo careciera de medios para subsistir justificado, entonces, en los alimentos debidos por su progenitor. Ello generó un derecho de uso indefinido sin un claro límite temporal. No se señala que el derecho de uso se referencie sobre un inmueble de titularidad o derecho conjunto de aprovechamiento, lo que facultaba al juez a construirlo sobre viviendas cuya titularidad la ostentaba un tercero. Tampoco se encuentra en la mente del legislador de 1981 la posibilidad de que el menor quede en compañía de ambos progenitores, pues la custodia compartida en ese momento no era conocida en nuestro Derecho. La norma no se decanta por calificar ni establecer la naturaleza jurídica de este nuevo derecho que, aunque se asimila al derecho real de uso, al exigir el consentimiento dual para que el titular ejerza la disposición del inmueble lo encadena a la categoría de derecho personal. Finalmente, y siguiendo con este esbozo de omisiones del precepto, no se pronuncia sobre la distribución de gastos que ocasione el uso y disfrute del inmueble o su titularidad ni tiene en cuenta la situación económica del privado del uso o del beneficiario, o la posibilidad de atribuir otros inmuebles, si hubiera hijos comunes.

II. APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA A LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 96 CC.

A fin de adaptar el texto a las características de la familia moderna, los Tribunales se han visto compelidos a realizar esfuerzos interpretativos para dar respuesta a conflictos que, en modo alguno, se encontraban en la mente del legislador. Quizás el mérito no sea del Derecho sino de nuestros magistrados. Pero el resultado ha sido satisfactorio, pues la jurisprudencia nos ha regalado resoluciones emblemáticas y, con su casuística, ha ido solventando los problemas que su aplicación ha generado en contextos diversos. Pasemos, a continuación, a esbozar los principales cambios acaecidos en la interpretación del ya viejo art. 96 CC.

1. La minoría de edad de los hijos comunes como límite a la duración del derecho.

Dado que el Código civil no mencionaba la minoría de edad como requisito del hijo a cuyo interés se atribuía el derecho de uso, durante un tiempo se mantuvo por un sector de la doctrina (en el que me incluía) que era indiferente la edad de los hijos para que entrara en juego el criterio primero del art.96 CC. En consecuencia, en los primeros años de aplicación de la norma (al igual que sucedió con la pensión compensatoria), los Tribunales se mostraron muy generosos en la delimitación del supuesto de hecho, concediendo con "alegría" pensiones compensatorias indefinidas y atribuyendo el uso de la vivienda familiar que, al no estar vinculado a la mayoría de edad de los beneficiarios, se convertía "de facto" en indefinido.

No obstante, esta inicial forma de proceder ha variado sensiblemente, pues los nuevos roles de género demandaban una más acertada ponderación de los intereses en pugna. Desde una perspectiva de género "bien entendida", la integración de la mujer al mercado de trabajo pasa por incentivarla a ello y, al mismo tiempo, hacer desaparecer la función del matrimonio como sustento o medio de vida para la mujer cuidadora. En esa línea, la temporalización de la pensión compensatoria o la interpretación de los criterios de atribución de uso y las circunstancias de su cese, han colaborado a dicha labor.

Uno de las manifestaciones de la tendencia jurisprudencial aludida consiste en la interpretación del concepto "hijos" de la primera regla del art. 96 CC referido solo a los menores de edad. Y así lo ha entendido de forma unánime el Tribunal Supremo consolidando una línea interpretativa con fundamento en el derecho de alimentos de los hijos menores[2] . Derecho de mayor entidad, como consecuencia del principio de protección y atención del interés del menor, y de diferente configuración, ya que sólo se pone de manifiesto en los supuestos de la ruptura de la convivencia de los obligados y de forma automática (sin que quepa cuestionar la existencia del derecho, no así su cuantía). En un escenario de armonía familiar, los alimentos son percibidos por el menor "en especies", sin que sea acreedor de pensión monetaria alguna a diferencia del hijo mayor de edad, que podrá ser acreedor de una pensión alimenticia, si concurrieran los requisitos de necesidad establecidos en la legislación, a cargo de uno o de ambos progenitores, y con independencia de la convivencia o no de ellos. La dualidad de tratamiento apuntada tiene su reflejo en el Código Civil en el art. 93 CC, así como en la jurisprudencia[3]. En consecuencia, el derecho de alimentos debido al menor de edad se satisface, en los supuestos de crisis conyugal, por medio de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando legalmente proceda; reproduciéndose el modelo del pago en especies que tiene lugar cuando existe paz familiar. Ello justifica la repercusión en la pensión alimenticia que debe abonar el cónyuge no custodio y que ha sido privado del uso del inmueble de su propiedad, debiendo ajustarse la cantidad debida en atención a esta circunstancia. En cambio, el derecho de alimentos de los hijos mayores da lugar al derecho de estos de percibir una cuantía económica, y no a residir en la que fuera vivienda familiar, de forma gratuita, a costa del progenitor propietario.

2. La aplicación analógica a las parejas de hecho.

La irrupción en el mundo de Derecho de familia de las parejas de hecho, facilitada por la extensión del concepto de familia más allá del matrimonio, propició ríos de tinta doctrinales, jurisprudenciales y legislativos (estos últimos en los territorios

2 Por todas, STS 16 junio 2014 (RJ 2014, 3073).

3 Por ejemplo, STS 18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136), entre otras.

forales), sobre la oportunidad, conveniencia o legalidad del reconocimiento de los efectos jurídicos que demandaban. Las reglas del art. 96 CC también se vieron concernidas, y se plantearon ante nuestro Tribunales reclamaciones cuyo objeto era obtener la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar al conviviente en cuya compañía quedaran los hijos comunes o, a falta de estos, al más necesitado de protección. En este sentido, el fundamento jurídico se ubica en la aplicación analógica del precepto a las relaciones convivenciales por apreciar "identidad de razón" con las relaciones matrimoniales.

Habida cuenta que el criterio que prima la atribución del uso se sustenta en el interés del menor y que todos los hijos deben ser iguales, con independencia de su filiación, procede la atribución de uso de vivienda también en la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho. La causa "iuris" de esta afirmación se localiza en la aplicación analógica de las normas del matrimonio; pues el interés del menos dota de identidad de razón ambas realidades y justifica tal forma de proceder. En este punto la doctrina y la jurisprudencia se han expresado de forma unánime, dada la contundencia del argumento.

Más rácanos se mostraron los operadores jurídicos en relación a la atribución del uso al conviviente más necesitado de protección, pues al no concurrir el interés del menor, la justificación para la aplicación analógica de la regla tercera del art. 96 CC es más endeble. Aunque algún pronunciamiento lo ha estimado justificado en el interés público existente en el supuesto, ello ha tenido lugar en el contexto de situaciones de vulnerabilidad del conviviente fruto de un gran desequilibrio patrimonial acompañadas de una limitación temporal muy medida[4]. No obstante, dicha aplicación analógica del art. 96,3 se encuentra cada vez más en entredicho, tras algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo en esa línea[5] y con opiniones contundentes a este respecto en la doctrina especializada[6].

4 En un primer momento se observó una tendencia en el TS a aplicar analógicamente también el párrafo 3 del art. 96 a las parejas de hecho. Muy significativa fue en su día la STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020): "Mas, en el caso, la cuestión planteada tiene otro carácter y ofrece otros matices : la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que, sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso"

5 STS (pleno) 11 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148): "Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC (LEG 1889, 27) ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio."

6 Por todos, Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis matrimoniales* (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 36-62.

3. Custodia compartida y uso de la vivienda familiar.

La llegada de la custodia compartida en nuestro CC por la Ley 15/2005 de 8 de julio debió acompañarse de la reforma del art. 96,1 CC de manera que el juez dispusiera de algún criterio para proceder si los hijos permanecían en compañía de ambos progenitores. Pero no se hizo. Por lo que fueron los Tribunales los que debieron proceder interpretando las reglas adaptadas, de nuevo, a una realidad no prevista en las mismas. A pesar de la advertencia del Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido en relación con la reforma que dice, textualmente, en el punto 21, párrafo 3): "Con relación a la vivienda familiar sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103,2 CC para ponerlo en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida").

La custodia compartida, por su propia naturaleza, implica, necesariamente, o bien la alternancia de los padres en el uso de la vivienda familiar, o bien la alternancia de los hijos residiendo, ora en la que fuera vivienda familiar, ora en la vivienda de su otro progenitor. Estas dos fórmulas son perfectamente factibles si existe consenso entre los progenitores. El dilema se suscita cuando, por no concurrir tal acuerdo, es el juez el que debe decidir sobre el uso del inmueble.

En la práctica[7], los Tribunales, dado que no es de aplicación la regla primera del art. 96, han asimilado el supuesto de custodia compartida al previsto en el último párrafo del art. 96.1: "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente." Lo "procedente" consiste en atribuir el uso a uno de los ex cónyuges, debiendo ser los hijos los que se alternen residiendo ora en la que fuera vivienda familiar, ora en el domicilio del otro progenitor custodio. Fórmula menos problemática y más acorde con la titularidad del derecho de uso que debe corresponder a una de los progenitores, pues la posibilidad de un uso alterno, con la consiguiente titularidad alterna, no solo supone añadir tensiones a la rota y enfrentada relación sino forzar en demasía la interpretación de la norma.

La jurisprudencia del TS[8] ha establecido también que, en caso de custodia compartida, no procede la atribución del uso de forma indefinida, ligada, como es el habitual en la exclusiva a la minoría de edad de los hijos, sino que debe fijarse un periodo que oscila entre dos o tres años a seis meses, pasado el cual se debe

7 Álvarez Olalla, P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2018.

8 Por ejemplo, SSTS 12 mayo 2017 (RJ 2017, 2203), 10 enero 2018 (RJ 2018,74) o 13 noviembre 2018, (RJ 2018, 4930), entre otras. Esta última dice, textualmente: "acordamos que no procede la adjudicación indefinida de la vivienda a ninguno de los progenitores, al ostentar ambos la custodia compartida, por lo que atendiendo al interés más necesitado de protección, debemos acordar que la vivienda la siga utilizando el padre, durante dos años, computados desde la fecha de la presente sentencia, período tras el cual deberá abandonarla, quedando sometida la que fue vivienda familiar al proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales".

reintegrar el inmueble a su titular o su liquidación si la titularidad es conjunta. El beneficiario del uso recae en el ex cónyuge más necesitado de protección que es aquel que presenta una mayor diferencia de recursos, criterio que es también el responsable de la duración temporal.

4. La atribución vivienda de otros: comodato *versus* precario.

El hecho de que el derecho a usar la vivienda familiar se configure como un derecho *per relationem,* unido al exceso de celo que durante unos años mostraron los juristas (académicos y aplicadores del Derecho) en la protección de la familia, fueron los culpables de una serie de resoluciones judiciales contradictorias que crearon, en su día, inseguridad y confusión.

Como quiera que el art. 96 CC no presupone que para que la atribución del uso se genere la vivienda tenga que ser de titularidad exclusiva de uno de los ex cónyuges o, al menos, compartida entre ambos, los jueces atribuyeron el uso de la vivienda sobre la base de los criterios del citado precepto con independencia de su titularidad. Por consiguiente, en algunos supuestos, la vivienda atribuida era propiedad un tercero que había cedido gratuitamente su uso, por razones de amistad o de parentesco con el cónyuge privado del mismo y que, al ser beneficiario del uso el otro ex cónyuge decide recuperar el inmueble ejercitando acción de desahucio en precario. Al hilo de citado conflicto se planteó si debía prevalecer el interés del titular de recuperar el uso del inmueble o, por el contrario, era preferente el interés de la familia, teniendo, en ese caso, que soportar el titular a los ocupantes de forma indefinida o hasta que así lo establecieran nuestros operadores jurídicos.

El mantenimiento de ambas posturas, diametralmente enfrentadas, fue defendida con argumentos jurídicos de peso, ambos aceptados por nuestros Tribunales de forma alternativa. Así, una tesis jurisprudencial que, estimando más digno de protección el interés de la familia, calificaba la relación jurídica inicial entre propietario-cedentes y matrimonio-cesionario, como un comodato, caracterizado por su temporalidad, que viene definida, bien por referencia a un plazo concreto, bien en función del uso atribuido a la cosa. La consecuencia de la citada afirmación se materializa en la imposibilidad de reclamar la cosa en tanto no hubiera trascurrido el plazo o concluido el uso al que se destinó, a no ser que los propietarios acreditaran una urgente necesidad en recuperar la cosa, tal y como preceptúa el art. 1749 CC. El eje argumental se residencia en que cuando se inició la relación jurídica, la cesión del inmueble se hizo con la finalidad de destinarlo a la vivienda familiar. Dicho fin, no obstante, persiste cuando el matrimonio entra en crisis, y el uso de la vivienda es atribuido a uno de los cónyuges o ex cónyuges, bien porque conviva con los hijos comunes, bien porque presente un interés más necesitado de protección. Lo que conduce a una absurda situación en la que los

titulares son "condenados" a no disfrutar del inmueble en aras de la protección de una familia, que no es ni ha sido la suya, como consecuencia de una decisión que tomó en atención a unas circunstancias, y que se ha convertido en irreversible, sin que su voluntad de darla por finalizada tenga valor alguno, a no ser que se acompañe con una situación de "urgente necesidad" que la justifique[9].

Desde otra perspectiva se encontraban quienes calificaban la inicial relación entre propietario-cedentes y matrimonio-cesionario como un préstamo indefinido o precario, cuya consecuencia inmediata no es otra que la posibilidad que tiene el dueño o dueños del inmueble de dar por finalizada la relación jurídica, y recuperar, por tanto, el uso cedido y por el que no recibían contraprestación económica alguna[10].

La cuestión quedó zanjada por la STS 26 diciembre 2006[11], a la que la siguieron otros pronunciamientos del TS en idéntica línea. En este sentido, el Alto Tribunal se decanta por la tesis que califica como precario la relación jurídica que mantiene el beneficiario del uso y el titular del inmueble, lo que legitima a este último a ejercitar acción de desahucio para recuperar la posesión.

Es cierto que el interés de la familia es un interés protegido desde el texto constitucional (art. 39 CE) y cuya protección en Derecho privado encuentra múltiples manifestaciones. Pero también lo es que, el derecho de propiedad, derecho también constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), se compone de un elenco de facultades entre las que el uso de la cosa junto a la facultad de enajenar, son las más significativas. Por ese motivo, el propietario, se encuentra legitimado para usar la cosa, o disponer del uso cediéndolo a cambio de una contraprestación, o de forma gratuita por tiempo indefinido. Cuando esto último sucede, nuestro ordenamiento jurídico entiende que puede recuperarla de forma instantánea y por su mera voluntad, estando los sujetos ocupantes-usuarios obligados a devolverla (1750 CC y 250, 2º LEC). En consecuencia, la referencia al uso determinado del art. 1749 CC sólo puede ser interpretada como un uso específico, y no cuando la cosa se cede para servir a su utilidad natural. En este sentido, que la vivienda

9 El Tribunal Supremo razonó de forma semejante en la sentencia de 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250): "el cese en el disfrute de la vivienda, su desalojo y reintegro posesorio inmediato o directo a los actores porque ello habrá de ser consecuente en primer lugar a la intención de cesión de los propietario-actores demandados...Y sigue argumentando que, de las pruebas practicadas en el pleito, ha quedado suficientemente acreditado que la causa de la cesión fue la de servir de vivienda, es decir, para habitarla los esposos y sus hijas por lo que, tales hechos, tienen como consecuencia directa que al estar fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato le enviste la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato y al precario ...., pues, aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado y alegado siquiera en la misma "la necesidad urgente" de los dueños de recuperar el piso ..."

10 Esta doctrina jurisprudencial retoma una tesis expuesta en la STS de 30 noviembre 1964 (RJ 1964, 5552).

11 STS 26 diciembre 2006 (RJ 2006, 180).

se ceda para usarla como vivienda familiar, es decir, para que resida en ella la unidad familiar, no es más que el uso normal, típico y natural de un inmueble; y del que, por tanto, no puede deducirse referencia temporal del préstamo que impida su recuperación instantánea. Siguiendo, pues, con este razonamiento, la cesión de una vivienda para su uso por una entidad familiar y sin pagar por ello renta alguna, es una relación jurídica conocida en nuestro ordenamiento jurídico como un precario, con las consecuencias jurídicas que los arts. 1750 CC y 250, 2º LEC establecen.

De lo anteriormente expuesto podemos colegir que carece de justificación jurídica alguna ni es acorde con los principios que inspiran nuestras normas, forzar la interpretación de los preceptos para convertir en comodato lo que era un precario, como sucedió en una etapa concreta hoy superada, a fin de que la protección de la familia recaiga sobre unos sujetos, ajenos a la misma, y cuya única relación con ésta no es otra que haber cedido, de forma graciosa y altruista, un inmueble de su propiedad para que en él residiera la unidad familiar que se ha roto.

5. La extinción del uso por convivencia con un tercero del beneficiario/a.

Continuando el recorrido del proceso de adaptación del art. 96 a las relaciones familiares y a los intereses actuales que en ellas deben protegerse, el hito más reciente lo marca la STS (Pleno) 20 noviembre 2018[12]. Hasta ese momento, cuando se había planteado como causa de extinción del uso la convivencia del titular con su pareja, los Tribunales había resuelto sobre la base del interés del menor, *causa iuris* de la atribución. En consecuencia, si el interés del menor no se veía afectado por la inclusión de un nuevo sujeto en el núcleo convivencial, este hecho, por sí mismo, no provocaría la extinción del uso y, por tanto, la devolución posesoria al titular o, en su caso, la liquidación del mismo y reparto del importe entre los cotitulares[13].

A partir de esta resolución tiene lugar un giro en la interpretación del art. 96, de manera que el interés del menor se desvanece tomando su lugar el concepto de familia. Pues se estima que al residir en la vivienda la pareja del beneficiario surge un nuevo núcleo familiar, perdiendo, en consecuencia, el calificativo de "vivienda familiar" aquella cuyo uso se había atribuido. Carente de tal consideración, deja de tener sentido el derecho de uso pues en el inmueble habita "otra familia" y no

12 STS (Pleno) 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086).

13 STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139): "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC". En igual sentido, SSTS 14 abril 2011 (RJ 2012, 257), 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079) y 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696), entre otras.

aquella que lo justificó[14]. No obstante, este hecho no libera a los progenitores de la obligación de cubrir la necesidad habitacional de los menores, aunque ya no en la que fuera vivienda familiar que debe revertir a su titular o titulares[15].

Ciertamente, este giro en la jurisprudencia[16] obedece a un cambio más profundo que pone de manifiesto la quiebra del interés del menor como eje vertebrador de la atribución del derecho de uso, lo que ha preocupado a un sector de la doctrina que considera que debe atenderse a este articulando medidas que garanticen su cobertura[17]

6. La repercusión patrimonial del derecho a usar la vivienda familiar

Nadie duda (aunque parece que la DGRN no lo tiene muy claro)[18] que poder usar una vivienda durante un tiempo, a veces indeterminado, es un derecho de un considerable valor económico; máxime cuando el titular del derecho de uso ni siquiera es copropietario del inmueble (pues este es de carácter privativo del otro cónyuge). El valor patrimonial del uso de la vivienda y su posible compensación económica, es un tema, no resuelto por la norma, que preocupa a la doctrina[19]. Ya me manifesté, hace años, sobre la vía que llamé "compensación indirecta"[20], como la mejor fórmula para repercutir el valor del uso en otras prestaciones económicas derivadas de la crisis. Mantengo, pues, dicha tesis; ahora con un mayor respaldo, pues es la que siguen, en la actualidad, la doctrina dominante, así como

14 "El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia…En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza 'por servir en su uso a una familia distinta y diferente', como dice la sentencia recurrida".

15 "La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores".

16 Ha habido otros dos pronunciamientos del TS en idéntica línea al de 2018. Las sentencias de 29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495) y 23 septiembre 2020 (2020, 3531).

17 Por todos, Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar" en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. Chaparro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-343.

18 Se puede encontrar la siguiente afirmación "el derecho a usar la vivienda familiar no es un derecho patrimonial" en las RRDGRN 24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107) y 19 enero 2016 (RJ 2016, 2975), entre otras.

19 Por ejemplo, el interesante trabajo de Cuena Casas, M.:"Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil,* 2014, vol. I, núm. 2, pp. 9-39, donde, además, apunta fórmulas para calcular su valor; Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda", *InDret* 1/2016, 1-57; Tamayo Carmona, J.A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2015, núm. 19, pp. 264-291.

20 Véase mi obra *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons. Madrid 2005.

alguna legislación autonómica[21] y el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio de 19 de julio 2013[22].

En este sentido, y desechada la valoración directa[23] del derecho de uso en la liquidación del régimen económico matrimonial[24], para poder compensar al cónyuge no titular desposeído del inmueble sólo podría hacerse incidiendo dicha circunstancia a la hora de calcular la pensión alimenticia y/o compensatoria que surgiera como consecuencia de la crisis.

De todos es sabido que el derecho de alimentos debido al menor de edad se satisface, en los supuestos de crisis conyugal, por medio de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando legalmente proceda; reproduciéndose el modelo del pago en especies que tiene lugar cuando existe armonía familiar. Ello justifica la repercusión en la pensión alimenticia que debe abonar el cónyuge no custodio y que ha sido privado del uso del inmueble de su propiedad, debiendo ajustarse la cantidad debida en atención a esta circunstancia. Igual sucede en el caso de

21 Art. 233-20, regla 7 del Código Civil de Cataluña: "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." En el País Vasco, la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores establece lo siguiente, en orden a la incidencia del uso de la vivienda en la prestación de alimentos debida a los hijos menores: En relación al contenido mínimo del convenio regulador el Art. 5 c): " La atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro miembro de la pareja, hayan sido utilizadas habitualmente en el ámbito familiar, cuando no se les hubiera dado un destino definitivo, y la duración, el cese y la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico." Y si no existiera acuerdo dice el Art. 10 3. "Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los hijos e hijas, los recursos económicos de cada miembro de la pareja, el tiempo de permanencia de los hijos e hijas con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos e hijas y la contribución a las cargas familiares, en su caso."

22 Que propone la siguiente redacción al art. 96.4 CC: "La atribución del uso de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge". Vinculando a la prestación de alimentos de los hijos menores en el párrafo 3: "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."

23 Como curiosidad, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en su art. 12.7 prevé la compensación directa en los siguiente términos: "En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja."

24 Si el régimen económico del matrimonio fuera el de gananciales el derecho de uso se incluiría como un "activo ganancial". Esta fórmula ha tenido escaso predicamento en la jurisprudencia que, con carácter general, la rechaza. De las pocas sentencias favorables a tal mecanismo de estimación, STS 23 diciembre 1993 (RJ1993, 10113) y SAP Tenerife 25 noviembre 2002 (JUR 2002, 72804). En contra, por ejemplo: STS 4 abril 1997 (RJ 1997, 2636), STS 23 enero 1998 (RJ 1998, 151), entre otras muchas. Más reciente, se manifiesta en contra de la calificación de carga de la sociedad de gananciales y, por consiguiente, su no inclusión en el pasivo de la sociedad, SAP Barcelona 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 260576) y SAP Málaga 28 enero 2016 (AC 2016, 818); en cambio, si el régimen económico fuera el de separación de bienes, esta técnica daría lugar a que el cónyuge usuario debiera compensar económicamente, por medio del pago de una cantidad, al otro cónyuge.

discapacitado que resulte beneficiado y fuera acreedor de una pensión alimenticia por concurrir los requisitos legales, que debería modularse en atención a la misma.

Desde otra perspectiva, no podemos orillar que el progenitor que permanece residiendo en el inmueble en compañía de sus hijos menores no abona cantidad alguna por ello y, ciertamente, este hecho le reporta un importante incremento en su patrimonio. Que es mayor si ni siquiera comparte la titularidad del inmueble por ser privativo de su ex cónyuge desposeído. Buscando una fórmula que permita compensar al propietario o copropietario perjudicado, proponemos que, en caso de separación y si hubiera lugar al abono de una pensión alimenticia, esta circunstancia se contemple como un factor que incida en su cálculo. Y si no existiera tal derecho, bien por no apreciarse el estado de necesidad que demanda la norma o porque los miembros de la pareja hubieran accedido, directamente, al divorcio, si se dieran los requisitos para fijar una pensión compensatoria a cargo del no usuario, el hecho de ser titular del derecho de uso de la que fuera vivienda familiar deberá considere como un factor que incida a la hora de fijar su importe[25].

7. Los gastos de la vivienda familiar.

Una cuestión altamente controvertida y no resuelta, expresamente, en la norma consiste en la determinación de la persona que debe hacer frente a los gastos ocasionados en el inmueble o generados la titularidad. Si, efectivamente, se hubiera configurado este derecho de uso como un derecho real de uso o habitación ello traería consigo la aplicación de las normas que el CC contiene para delimitar su régimen jurídico. Como he expresado en otras ocasiones, la naturaleza real del derecho de uso exige que desaparezca la necesidad del consentimiento dual del artículo 96 in fine que se ha mantenido tras la reforma. Lo que impide, técnicamente, acudir a las normas del usufructo para resolver los conflictos derivaos del pago de los gastos pues no existiría "identidad de razón" en los términos del art. 4 del CC entre ambos derechos[26].

No obstante, no es esta la única vía para construir reglas claras que permitan distribuir los gastos entre los sujetos implicados, tal y como ha llevado a cabo la jurisprudencia de forma coherente, en la mayoría de los supuestos planteados.

De entrada, no podemos perder de vista que el derecho a usar la vivienda familiar, con carácter gratuito, supone una situación excepcional, que debe ser

25 Así lo hace la SAP Madrid 1 abril 2016 (JUR 2016, 76940), al cuantificar la pensión compensatoria a la que tiene derecho la ex esposa; pues, al establecerse un uso alternativo por periodos de seis meses de la que fuera la vivienda familiar, durante el periodo en es beneficiaria del uso la pensión compensatoria se reduce en un 50%. En sentido semejante, SAP Islas Baleares 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100914), que considera el hecho de que la beneficiaria de la pensión compensatoria sea titular del derecho de uso de la vivienda es un factor a tener en cuenta a la hora de fijar su importe.

26 Discrepo, pues, con García Mayo, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", *La Ley Derecho de Familia,* 2019, núm. 24.

temporal y que implica una carga para el propietario al verse privado del más natural derecho inherente a la titularidad dominical: disfrutar, en sentido amplio, del bien. En consecuencia, cualquier regla diseñada debe tener como finalidad evitar que el titular resulte más perjudicado de lo que ya de por sí lo es tras el nacimiento del derecho de uso surgido tras la crisis.

Es obvio, y así lo ha manifestado la jurisprudencia, que los gastos generados por el uso deben ser de cuenta del usuario, al igual que las reparaciones ordinarias, consecuencia del normal deterioro de los bienes, y también impuestos o tasas municipales conectadas con el uso (tasa basura, alcantarillado…). Pues en otro caso se ocasionaría un empobrecimiento al propietario si causa iuris que lo justifique. De otro lado, los gastos derivados de cargas tributarias conectados con la propiedad, como el IBI, así como las reparaciones extraordinarias o derivadas del mantenimiento y conservación del edificio serán a cuenta del propietario.

En relación al abono de los gastos de comunidad, se aprecian posturas contradictorias entre la doctrina y la llamada "jurisprudencia menor"[27], que lo considera como gasto relacionado con el uso y que, por consiguiente, debe abonar el usuario, y la doctrina del Tribunal Supremo que, como obligación propter rem el obligado es el propietario[28]. Sin embargo, para que pueda ser atribuido al usuario es necesario que una norma así lo contemple, pues en caso contrario, como así sucede, lo más coherente con las normas (que no con la justicia) es la tesis del Tribunal Supremo.

Como quiera que la deuda hipotecaria no es una carga del matrimonio sino una deuda ganancial, si este fuera el régimen patrimonial del matrimonio, o una

27 Me remito a las referencias jurisprudenciales contenidas García Mayo, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", cit.

28 La STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 2929) sintetiza de la siguiente forma la doctrina del Alto Tribunal sobre la distribución de los gastos: "Hemos de partir de la distinción entre gastos que se derivan del uso del inmueble y gastos correspondientes a la propiedad del inmueble. Respecto de los primeros (como son los referidos a servicios de luz, agua, gas, teléfono...), lógicamente han de ser asumidos por el cónyuge usuario, si bien una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos. En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles, que tienen carácter *propter rem*, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble. La cuestión aparece clara en relación con los impuestos que gravan el inmueble, como es el IBI, STS de 563/2006 1 junio (RJ 2006, 3060). En cuanto a los gastos de comunidad, esta sala ha considerado en sentencia 373/2005, 25 mayo (RJ 2005, 6361), que «la contribución al pago de los gastos generales constituye una obligación impuesta no a los usuarios de un inmueble, sino a sus propietarios, y, además, su cumplimiento incumbe a éstos no sólo por la utilización de sus servicios, sino también para la atención de su adecuado sostenimiento- se estima porque la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos». Dicha doctrina ha sido seguida, entre otras, por la sentencia de esta sala 588/2008, 18 junio (RJ 2008, 3224) , y de la misma cabe extraer que, salvo previsión expresa en contrario en la sentencia que fija las medidas definitivas -lo que no ocurre en este caso- los gastos de comunidad correspondientes a la vivienda familiar han de ser a cargo de la sociedad de gananciales cuando sea titular de la misma con independencia de a quién se haya atribuido el uso tras la ruptura matrimonial."

deuda de los esposos en la participación fijada en el título, una vez disuelto el matrimonio los obligados al pago serán los sujetos que la concertaron. Con independencia de la posterior atribución del uso del inmueble, que no implica una modificación en los sujetos inicialmente obligados a su abono. Pues no puede inferirse tal consecuencia de la aplicación de los criterios del art. 96 CC.

Finalmente, una vez finalizado el derecho de uso, por los motivos que sea, el inmueble revierte al titular o titulares procediéndose, en orden al abono de los gastos a las normas de liquidación del estado posesorio de los arts. 451 y ss. CC.

III. LA REFORMA DEL ART. 96 CC POR LA LEY 8/2021.

Si comparamos la dicción del art. 96 previo a la Ley 8/2021 ("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.") con la resultante tras su reforma ("1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente. 2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. 3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y

bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe"), podemos apreciar que las modificaciones no son de calado y, en algunas ocasiones confunden más que aclaran.

En primer lugar, se establece el requisito de la minoría de edad del hijo/a para ser beneficiario del derecho de uso, que, aunque esta cuestión era ya pacífica y quedaba zanjada en la jurisprudencia, precisaba, para algunos (entre las que no me encuentro) del respaldo normativo. En segundo lugar, visibiliza la quiebra de la conexión uso vivienda familia/derecho de alimentos cuando el hijo alcanza la mayoría de edad con la remisión expresa del nuevo art. 96 CC a los arts. 142 y ss. del CC, debiendo estos prestarse de la forma establecida en la norma[29]; entre las que se encuentra la posibilidad de satisfacerlo conviviendo con el alimentista (art. 149 CC)[30]. Continuando con la comparación formal de ambos preceptos, la reforma precisa que los hijos beneficiarios del derecho deben ser los comunes a la pareja, dejando zanjada una polémica sobre la conveniencia (o no) de incluir a los no comunes[31]. Se incluye una mención a las personas con discapacidad y a la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad; este último punto que, si bien estaba resuelto y, en la práctica, no presentaba conflicto alguno, la alusión en la norma dota de seguridad jurídica al ciudadano y evita posibles planteamientos o debates futuros sobre el particular.

Hasta aquí un análisis meramente descriptivo de las novedades introducidas en la redacción del art. 96 CC. Ahora bien, el objetivo de este artículo, tal y como avanzamos, era, una vez definido el contenido, alcance e interpretación del art.

29 La STS 21 noviembre 2014 (RJ 2014, 6567) en relación al derecho a percibir una pensión de alimentos de la hija mayor de edad, remite al régimen general de los arts. 142 y ss. CC, al igual que lo hizo su predecesora la STS 30 marzo 2012 (RJ 2012, 4584).

30 Así, De Verda Beamonte, J.R.: (julio-septiembre 2021) "El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio", Instituto de Derecho iberoamericano, https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/, que considera que "Por el contrario, cuando los hijos son mayores, la atribución solo procederá, conforme al art 142 CC (obligación de alimentos entre parientes), si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la situación de necesidad)".

31 Cuena Casa, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", en Yzquierdo Tolsada, M y Cuena Casas, M. *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2017, era partidaria de considerar incluido los no comunes en el precepto; Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. Chaparro) Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 283-314, concretamente la cita es a la p. 288. incluso tras la reforma, sigue manteniendo esta tesis.

96 CC, colocarlo en el "punto de mira". Para plantearnos las incongruencias y ausencias de la norma y poder finalizar proponiendo una redacción acorde con su sentido y función actual.

Así lo haremos, a continuación, formulando todas las dudas que suscita su redacción, poniendo en entredicho la conveniencia de las aportaciones de la Ley 8/2021 y de sus omisiones.

IV. ¿LOS CRITERIOS DEL ARTÍCULO 96 CC SOLO PROCEDEN "EN DEFECTO DE ACUERDO DE LOS CÓNYUGES APROBADO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL"?

Como suele decirse "la primera en la frente". El art. 96 se inicia con los siguientes términos: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial…." Del que se infiere que solo puede pactarse válidamente sobre el uso de la vivienda en convenio regulador en el marco del procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo; orillando esta frase cualquier otra posibilidad de pacto. Cierto es que esta redacción se encuentra alineada con la situación jurídica y social del momento en que se introdujo este precepto en el CC en 1981. No se contemplaba, entonces, la posibilidad de conveniar sobre consecuencias futuras de la crisis antes de que estas tuvieran lugar ni, tampoco, la eficacia del recién nacido convenio regulador no ratificado judicialmente. Habrían de transcurrir varios años para que la jurisprudencia se representara ambas situaciones que ha resuelto, como es sabido, de forma favorable.

La doctrina del Tribunal Supremo favoreciendo los efectos de los pactos preventivos es una realidad, que se inicia con la S. 15 junio 2015[32], consolidada por distintos pronunciamientos en esta línea y con una tendencia claramente expansiva. El uso de la vivienda familiar, un activo jugoso para negociar, ocupa un lugar importante en los acuerdos con previsiones de ruptura; no pudiendo alegarse, desde la STS 15 octubre 2018[33], que, por concurrir el interés del menor cuando el matrimonio tuviera descendencia, el pacto deviene inválido. Pues sólo si se observa dicha conculcación, ya a posteriori, pudiera declarase ineficaz. Es decir, siguiendo la línea interpretativa de la meritada sentencia, y estableciendo un paralelismo entre alimentos debidos a los menores y uso de vivienda, al igual que se estima como eficaz el acuerdo sobre alimentos fuera del convenio, siempre que la cantidad pactada se adecúe al interés del menor, también lo será si este

32 STS 15 junio 2015 (RJ 2015, 2657).

33 STS 15 octubre 2018 (RJ 2018, 4295), que construye una doctrina seguida por las audiencias. Por ejemplo, SAP Lugo, 15 enero 2019 (JUR 2019, 47391), SAP Murcia 30 mayo 2019 (JUR 2019, 222566); SAP Murcia 10 octubre 2019 (JUR 2019, 340586), SAP Salamanca 7 julio 2020 (JUR 2020, 255728), SAP Madrid 10 julio 2020 (JUR 2021, 136627), SAP Ciudad Real 16 julio 2020 (JUR 2020, 2999690), SAP Coruña 20 diciembre 2020 (JUR 2020, 89287).

recae sobre el lugar donde van a residir los menores, aunque no fuera la vivienda familiar. Con el matiz de que la vivienda fijada por los progenitores fuera digna y de similares características a la que fuera la vivienda familiar; y, por consiguiente, no se vulnerara el interés del menor.

Asimismo, la jurisprudencia se muestra favorable en reconocer la eficacia entre las partes del convenio regulador no ratificado judicialmente. En este sentido, considero que, si en dicho convenio se ha pactado el uso de la vivienda, bien para uno de los progenitores, o alternos en caso de custodia compartida, o, simplemente, destinar otro inmueble a la residencia de los menores o de los miembros de la pareja, siempre que estos acuerdos no vulneren el interés del menor, deberán ser calificados como válidos. Para mantener la anterior afirmación parto de una premisa, que expondré más adelante, pero que, a continuación, enuncio: hoy en día no puede identificarse, necesariamente, interés del menor con uso de la vivienda familiar; de manera que solo sirve a este residir en dicho inmueble y no en otro.

Las consideraciones anteriores se sustentan en la posibilidad de atribuir el uso de otros inmuebles para fijar en ellos la residencia de los menores o del cónyuge más necesitado de protección, distintos de la que fuera la vivienda familiar. Dicha posibilidad goza de ratificación jurisprudencial, pues el Tribunal Supremo ya ha afirmado en más de una ocasión[34] que la atribución del uso de inmuebles que no sean la vivienda familiar solo puede tener lugar en el seno de procedimientos de mutuo acuerdo; lo que, a *sensu contrario,* si existe un pacto entre los cónyuges entendido este en sentido amplio y no constreñido al convenio regulador, es viable la eficacia de la citada atribución.

En el apuntado escenario de libertad, con una clara simpatía por parte de nuestros Tribunales a favorecer acuerdos entre los cónyuges, la frase transcrita y con la que se principia el art. 96 CC se encuentra obsoleta y completamente descontextualizada. No obstante, ha pasado desapercibido al legislador que lo ha obviado y al retocar el precepto no se ha percatado de dicha obsolescencia. Le hubiera bastado con omitir "aprobado judicialmente" para que este comienzo de la norma hubiera sido un "buen comienzo". Mal empezamos cuando, ya desde las primeras palabras, somos capaces de percibir incoherencias.

34 SSTS 9 marzo 2012 (RJ 2012, 5137), 3 marzo 2016 (RJ 2016, 758) y 7 noviembre 2019 (RJ 2019, 4630).

V. ¿LA EQUIPARACIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD A LOS MENORES DE EDAD ESTÁN ALINEADAS CON LA FILOSOFÍA DEL CONVENIO DE NUEVA YORK?

Continuando con el desglose del precepto, de acuerdo a su nueva redacción, observamos que figura mencionado el hijo discapacitado mayor de edad como sujeto beneficiario del uso del inmueble asimilándolo al menor de edad. A tal fin, se faculta al juez a atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor tutor, curador o guardador de hecho de la persona adulta con discapacidad. Hemos de tener presente que el artículo 96 no distinguía entre los hijos, ya que la dicción original de la norma decía "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", lo que dio lugar a una polémica jurisprudencial, que oscilaba entre equipararlo al menor de edad o, por estimar lo contrario, considerarlo una persona adulta cuyo interés, en virtud de su discapacidad, no se asimilaba al del menor de edad.

Muy significativa de la primera de las posturas, que parece se postula como la "ganadora" en esta lid por haber sido la seguida por el legislador, lo encontramos en STS 30 mayo 2012. En este caso no se discutía, propiamente dicha, la atribución del uso, sino la continuidad en el uso del inmueble como consecuencia de la prórroga de la patria potestad concedida a la madre que, hasta entonces, ostentaba la guarda y el uso de la vivienda[35].

Desde otra perspectiva, la STS 19 enero 2017[36], estimado que, aunque fuera asimilable al menor a los efectos de la prestación alimenticia, no debía serlo en

35 STS 30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547): "Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto (RCL 2011, 1517 y 1831) , de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010". En igual sentido, STSJC 11 julio 2019 (RJ 2019, 4425).

36 STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 924): "El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad…. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad…Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial,

relación al uso de la vivienda. En consecuencia, rechaza la aplicación de la regla primera del art. 96 y atribuye el uso al progenitor guardador de hecho, pero solo temporalmente y acudiendo al párrafo tercero del referido precepto, al considerar que el hecho de asumir la convivencia con la persona discapacitada lo convertía en "cónyuge más necesitado de protección" y valedor del beneficio del uso en los términos de la norma[37].

Tras los citados pronunciamientos, "la polémica estaba servida"[38]; no obstante, poco duró el debate pues la reforma del precepto optó por equipararlo al menor y de manera expresa incluye a la persona discapacitada en la categoría de beneficiario en los siguientes términos: "A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación". De acuerdo con el texto reseñado, la existencia y la temporalidad del uso se conectan con la necesidad de residir en el inmueble por no disponer de otra forma de alojamiento o medios propios para sufragarlo. En consecuencia, aun cuando el discapacitado se encontrase en una situación de necesidad que justificará la atribución en un primer momento, cualquier cambio de circunstancias que la altere facultaría al titular del bien a solicitar una modificación de la medida.

Así debe interpretarse, a mi juicio, el adjetivo "conveniente", pues una interpretación amplia generaría una plena asimilación que no está alineada con la filosofía implantada en nuestro CC tras la reforma e inspirada en el Convenio de Nueva York. Pues si algo queda claro en esta nueva normativa, es que el discapacitado es un sujeto con plena capacidad jurídica, cuyos deseos deben ser respetados y atendidos y que, a su vez, es responsable civil de sus actos. Su sistema de apoyos no es equiparable, ni en forma ni en intensidad, con la protección que el ordenamiento dispensa al menor; pues, aunque ambos comparten la cualidad de sujetos vulnerables, no se encuentran en igual nivel o rango, lo que debe traducirse en las reglas que lo protegen.

Por ese motivo, entiendo que es desafortunado el uso del verbo "equiparar", y, en cualquier caso, innecesaria la aclaración llevada a cabo por el legislador. Para proteger a la persona con discapacidad atribuyendo el uso del inmueble basta acudir, como ha hecho el Tribunal Supremo en alguna ocasión, a la regla que permite hacerlo a favor del cónyuge más necesitado de protección, temporalmente,

cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores…"

37 En igual sentido, STS 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185).

38 A favor del tratamiento como menor de edad. García Mayo, M.: https://idibe.org/tribuna/vivienda-familiar-e-hijo-mayor-edad-discapacitado/ en contra Páramo de Santiago, C.: "Divorcio. Atribución de la vivienda familiar: existencia de hijo mayor de edad discapacitado", *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos,* 2017, núm. 194.

interpretando que dicha necesidad tiene lugar por el hecho de cuidar o convivir con un hijo discapacitado.

VI. ¿ES NECESARIA LA ACLARACIÓN DE QUE LAS NECESIDADES DE VIVIENDA DE LOS MAYORES DE EDAD SE INCLUYE EN EL CONCEPTO "ALIMENTOS"?

Afirma el nuevo art. 96 que "Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes". Excepto para el caso de los alimentos debidos a los menores de edad, cuyo régimen jurídico presenta particularidades, dada la especial protección de los sujetos concernidos, para el resto de los sujetos se aplican las normas generales de los arts. 142 y ss. del CC. Dicha especialidad justifica que el concepto "habitación" que comprende los alimentos se sufrague por medio de la atribución del uso de la vivienda tal y como hemos apuntado y fundamentado en epígrafes precedentes[39]. Recordemos que los alimentos debidos a los menores lo son con independencia de la necesidad material del menor, e, incluso por encima del patrimonio de los progenitores. Pues se encuentra incardinada en las obligaciones dimanantes de la patria potestad.

Dicho lo cual, para el resto de los sujetos, descendientes o con cualquier otro grado de parentesco, si concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad, el sujeto obligado deberá atender conforme al dictado del art. 149 CC ("El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos"). En relación a los conceptos que comprende la obligación, expresamente, dice el art. 142 CC: "lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica".

De acuerdo, pues, con el régimen general, llegada la mayoría de edad, cesa el derecho de uso de la vivienda familiar, por lo que, automáticamente, se aplican las normas del CC previstas para el nacimiento y pago de los alimentos debidos a los hijos mayores de edad.

Habida cuenta que la reforma limita el uso de la vivienda a la mayoría de edad de los descendientes, sobra la aclaración del legislador que es reiterativa y redundante.

Sin embargo, creo que el legislador debería de haber sido más sensible a la situación de los hijos mayores que no han finalizado sus estudios por causas que no le

39 Epígrafe II, subepígrafe 6.

fueran imputables. Al haber introducido esta desafortunada aclaración, ha cerrado la puerta a la posibilidad que, de forma excepcional y limitada temporalmente, se prolongue el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores pero que aún no han completado sus estudios si el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, así lo estimare. La previsión del segundo párrafo del art. 142 CC ("Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable") no siempre es suficiente para garantizar que el joven finalice sus estudios. Completarla con el derecho a permanecer en la vivienda familiar cuando sea necesario para coadyuvar a que finalice su formación, si bien no debería estar expresamente previsto en la norma, al menos, no debería de estar del todo imposibilitado como se infiere del nuevo redactado.

VII. ¿POR QUÉ NO SE ALUDE DIRECTAMENTE A LA CUSTODIA COMPARTIDA?

No me siento capaz de responder al interrogante que da título a este epígrafe. Desde que se introdujo la custodia compartida nos hemos hecho eco de la necesidad de contemplarla en los criterios de atribución del uso de la vivienda. Y en este sentido lo hemos expuesto en líneas precedentes de este discurso, a cuyo contenido nos remitimos para evitar reiteraciones[40]. Así como el legislador "dice demasiado" o "dice cosas que no necesita decir" en la nueva redacción del art. 96 CC, también lleva a cabo importantes omisiones, como esta que comentamos.

Curiosamente, describe un supuesto anodino y qué difícilmente concurre: el reparto de los hijos entre ambos progenitores; situación, además, que, de presentarse, pudiera conculcar el interés del menor al verse privado de la convivencia con su hermano ("cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente"). Pero continúa en silencio sobre la custodia compartida, un régimen de cuidado de los menores que, según la nota de prensa publicada en la web del Instituto Nacional de Estadística, se impuso en el año 2021 en el 41,3% de los divorcios y separaciones con hijos menores[41].

¿Cuánto le hubiera costado decir que, en caso de custodia compartida y a falta de acuerdo sobre el uso de la vivienda, se atribuyera al cónyuge más necesitado de protección? O, simplemente, no decir nada, y redactar un nuevo art. 96 CC que sea más flexible y permita atender a todas las particularidades de las relaciones paterno filiales tras la crisis afectiva de sus progenitores. En vez de reproducir un

40 Epígrafe II, subepígrafe 3.

41 https://www.ine.es/ "En 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12,5% más que en el año anterior. La custodia compartida fue otorgada en el 43,1% de los casos de divorcio y separación de parejas con hijos"

supuesto extraño, antiguo, que pudiera tener su sentido en 1981 fecha en la que se modificó el art. 70 del CC que regulaba el reparto de la custodia de los hijos entre el padre y la madre en función del sexo y la edad[42].

Qué más de cuarenta años después de la desaparición del citado precepto, sigan existiendo "reminiscencias" de ese régimen de cuidado sexista y discriminatorio en nuestro Código civil y que, en cambio, un sistema igualitario que tanto ha aportado desde una perspectiva de género al reparto de las funciones de cuidado siga ausente en el art. 96 CC, no se comprende…

VIII. ¿DERECHO DE USO/SIMPLEMENTE USO/FACULTAD DISPOSITIVA?

El tema de la naturaleza jurídica, real o personal, del derecho de uso ha provocado ríos de tintas en la doctrina, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[43]

42 Artículo 70.: "La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuere de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo setenta y tres. Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre. Sin embargo, de lo establecido en estas normas, si el Tribunal que conoció sobre la nulidad del matrimonio hubiese, por motivos especiales, proveído en su sentencia acerca del cuidado de los hijos, deberá estarse en todo caso a lo decretado por él. Por análogos motivos, y en lo que no haya dispuesto la sentencia de nulidad, el Juez que haya de ejecutarla podrá también aplicar su criterio discrecional, según las particularidades del caso."

43 Parece que la jurisprudencia se inclina a considerar su naturaleza personal. En este sentido, STS 18 enero 2009 (RJ 2009, 1274): "De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF (LCAT 1998, 422, 521) y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad. El artículo 96 CC se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario. 14.01.2010, RJ 2010\ 2323; "El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS 18 enero 2009 (RJ 2009, 1274). El artículo 96 I CC establece que «[e]n 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.» El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado desprotección.» El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «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.» De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial)

y en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado Estas últimas, en algunos casos, no muy afortunadas por contener afirmaciones tales como contraponer la naturaleza indiscutible de "derecho familiar" con la que de derecho real, como si ambas categorías fueran contrapuestas o excluyentes. Y ello por considerar la subsunción en el grupo de los derechos familiares excluye, a su vez, la nota de la patrimonialidad del derecho. Muchas exclusiones, muchas incompatibilidades que no se concitan con las categorías jurídicas por todos conocidas. En este sentido, el derecho de uso es, por supuesto, un derecho familiar, pero también un derecho de contenido patrimonial (como la pensión compensatoria, por ejemplo); que puede adoptar la forma de derecho real o de crédito, en función de la regulación con que le dote el legislador[44] .

El quid de la cuestión, pues, y solventadas sin dificultad las incoherencias expresadas, se ubica en la definición del derecho de uso como derecho real o personal. Debo de confesar que he ocupado parte de mis horas de estudio y trabajo a intentar construir una tesis sobre el particular, sin haber podido llegar a buen puerto[45]. Pues los mimbres que nos facilita el CC no me han permitido encuadrarlo en la especie de los Derechos reales, a la que naturalmente tiende, ya que la existencia del consentimiento dual del art. 96,4 CC así lo impide.

De las pocas cosas que estaban claras entre tanta disquisición hasta este momento era que, como consecuencia de la crisis y la desmembración titularidad/uso se creaba *ex lege* un derecho de uso con unas peculiaridades con causa en los intereses que protege[46]. Dichas peculiaridades, que lo hacen más cercano a la

para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN 10 de octubre 2008)."

44 Por ejemplo, RDGRN 24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107), 19 enero 2016 (RJ 2016, 2975) o la RDGRN 9 julio 2013 (RJ 2013, 6668) que dice, textualmente, "Igualmente se ha afirmado con reiteración que 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". En idéntico sentido, RDGRN 10 octubre 2008 (RJ 2008, 634) y 20 febrero 2004 (RJ 2004, 2376). A mayor abundamiento, *vid.* Pérez Ureña, A.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad", ELDERECHO.COM, 01/09/2011 y Forcada Miranda, F.J.: "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial y publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés* Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 *y* Teruel, 25 de noviembre de 2004.

45 "Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret*4, 2017.

46 En realidad, la doctrina mayoritaria parece haber llegado a ese consenso de calificarlo como "derecho de uso". No obstante, hay algunas voces disidentes que no debo orillar. En particular, y por la calidad de sus argumentos y la seriedad del planteamiento, debo mencionar la tesis de Sainz Cantero, B. quien, en su trabajo, "La conveniencia de atribuir el uso de la vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada" en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. por S. Calaza López, A. Donado Vara, y F. Yañez Vivero), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 209-221, en las pp. 210 a 214 expone su consideración de la atribución de uso de la vivienda como una limitación temporal de disponer y no como una carga real. Ciertamente, no está falta de razón la profesora Sainz Cantero, pues su naturaleza de derecho personal la impone el consentimiento dual. Aunque, sin desmerecer la exquisitez de su planteamiento, no comparto la generalidad de la afirmación que lo precede. Como he mantenido, con la atribución de la vivienda familiar al cónyuge no titular, o, simplemente cotitular, se produce un auténtico derecho de uso, con una naturaleza de derecho personal, por imperativo legal, pero que tiende a ser real, por ser esta la naturaleza que más se adecúa a los intereses que está llamado a proteger. Finalmente, nos

categoría de los derechos reales, son las que provocan las discusiones sobre su naturaleza y, en cierta medida, justifican y sustentan muchos de los argumentos esgrimidos para considerarlo como tal.

Después de la reforma del art.96 CC, la oscuridad sobre la naturaleza jurídica es aún mayor por diversos motivos. Pues el redactado del precepto, no solo no ha añadido ningún dato que nos permita inclinar la balanza al lugar donde naturalmente debía residenciarse el derecho de uso (derecho real), sino que ha introducido nuevos elementos que enturbian y dificultan el tema de su naturaleza jurídica.

En primer lugar, se mantiene el consentimiento dual o, en su defecto, la autorización judicial en términos idénticos a la primitiva redacción de 1981, por lo que, de entrada, no puede ser considerado como un derecho real. Pues este es el principal escollo que impide al derecho de uso adoptar la naturaleza de derecho real que es, a mi juicio, a la que es llamado por ser la que más fácilmente le permite atender a los intereses que debe proteger. Hubiera bastado con un párrafo como el del artículo 233-25 del CC catalán que, en relación a los actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso, establece "El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso."[47]

En segundo lugar, se menciona la inscripción en el Registro que es plausible sino fuera porque alude a la inscripción de la "facultad dispositiva", y no del derecho de uso (sea real o personal, pues de todos es sabido que algunos derechos personales pueden acceder al Registro sin alterarse por ello su naturaleza). Nos preguntamos, ¿facultad dispositiva?; precisamente lo que no puede hacer el titular del derecho de uso es disponer; solo está legitimado y, además, debe hacerlo, a usar el inmueble en un sentido estricto (ni siquiera "disfrutar" entendiendo que ello implica rentabilizar económicamente el uso arrendándolo o transmitiéndolo a terceros). ¿De qué facultad habla el legislador? Preguntas sin respuestas….

En tercer lugar, continúa sin mencionar el "derecho de uso", aludiendo a este, simplemente, como "uso". Lo que puede dar lugar a interpretaciones del precepto

conduce la citada autora a la conveniencia de considerar el uso como un "arrendamiento forzoso", lo que facilita su valoración y, conservando su naturaleza personal, justifica su inscripción en el Registro.

47 Villagrasa Alcalde, C. "La atribución y la distribución del derecho de uso en el Código Civil catalán" en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. Chaparro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 65-88, concretamente pp. 83 y 84 comenta el precepto enunciado en el texto principal, afirmando que la oponibilidad frente a terceros del derecho de uso deriva, necesariamente, de su inscripción registral. Discrepo del profesor Villagrasa, pues los derechos reales, como lo es el derecho de uso en el ordenamiento catalán, son oponibles erga omnes por ser esta una característica intrínseca de su naturaleza. Otra cosa es que el Registro proteja al tercero de buena fe, de manera que quede blindada su situación jurídica si concurren los requisitos del art. 34 LH.

en el sentido de estimar que no existe un derecho de uso como tal. Si unimos ese "uso" con la "facultad dispositiva", que dice el precepto que tiene acceso al Registro, la combinación es realmente extravagante. Francamente, no me siento capaz de desentrañar la maraña, sin apartarme de los términos empleados en la redacción del precepto. En cuyo caso, no estaría interpretando la norma sino elaborando un texto distinto del que se encuentra vigente.

Llegado a este punto, al interrogarse sobre real o personal, que solo puede inclinarse a personal, se une a un tema previo: ¿derecho, simplemente uso o facultad?

El legislador ha perdido una importante oportunidad: la de regular el derecho de uso como un derecho real que nace del acuerdo de las partes o *ex lege* cuando tienen lugar determinados condicionantes. Y ha conseguido enturbiar, aún más, el farragoso tema de su naturaleza jurídica del que se derivan importantes consecuencias en su aplicación.

IX. LA PREGUNTA: ¿CUÁL ES EL INTERÉS DEL MENOR EN EL ARTÍCULO 96 DEL CC?

Sin entrar en el tema de qué es el interés del menor, es evidente que dicho interés, sea cual sea, se encuentra presente en la dicción del art. 96 CC con total claridad (cosa que no acaecía, expresamente, en su anterior redactado)[48]. Sin embargo, ello no debe conducirnos a afirmar, de forma categórica, que solo puede servirse al mismo por medio de la atribución del inmueble al progenitor custodio como, por otra parte, parece colegirse del rotundo redactado del precepto que comentamos.

La premisa de la que partiré en este discurso la situaremos en la afirmación de que el interés del menor debe ser entendido de manera flexible, adaptable al menor concreto que se pretende proteger; de tal manera que medidas que pudieran ser consideradas como alineadas con el interés de un menor concreto no lo fueran, obligatoriamente y en igual sentido, para otro menor[49].

Asimismo, no debemos soslayar que, a pesar de la rotundidad aludida por el legislador, la jurisprudencia ha optado por una interpretación más versátil, de manera que admite varios supuestos en los que el interés del menor se atiende sin que se imponga el uso del inmueble al progenitor custodio. De ello se concita

48 Aun así, la jurisprudencia es unánime en vincular el criterio 1 del art. 96 CC, con el interés del menor. Por todas, STS 16 junio 2014 (RJ 2014, 3073). A mayor abundamiento *vid.* Tena Piazuelo, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Pamplona 2015.

49 García Rubio, M.P "Qué es y para qué sirve el interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, núm. 13, pp. 16-49 concretamente la cita es a la p. 33.

que la ecuación interés del menor/residir en la que fuera la vivienda familiar tiene varias fisuras por lo que no es en sí mismo un binomio indestructible. Ya hemos visto en epígrafes precedentes la jurisprudencia sobre uso de la vivienda en el supuesto de custodia compartida (no un supuesto extraño sino por el contrario mayoritario o muy significativo en la actualidad) o la doctrina sobre el cese del uso por convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en el inmueble.

Si en un buen número de casos los tribunales fallan no atribuyendo el uso de la vivienda al progenitor custodio, pues la custodia se comparte; prefiriendo atribuirlo al progenitor más necesitado de protección y no a los menores, de manera que estos alternan la residencia entre dos inmuebles. Si los Tribunales, ya de forma automática, fallan dando por extinguido el uso si el progenitor custodio convive con su pareja en el hogar, lo que obliga a los menores, ineludiblemente a cambiar de residencia. ¿debe aplicarse de forma imperativa el art. 96.1 CC por el juez? ¿o existe un amplio margen para la interpretación del precepto, de acuerdo a los antecedentes expresados?

Además, invito al lector a realizar conmigo una reflexión, no jurídica, pero de "sentido común", necesario, también, para interpretar las normas. En la sociedad de este siglo, en la que los menores establecen conexiones con otros compañeros y amigos, no en el parque de su barrio, sino por medio de internet; donde juegan partidas virtuales y juegos con amigos reales o virtuales. Una sociedad en la que muchos progenitores buscan para sus hijos, no ya el colegio más cercano, sino aquel en el que reciben una formación bien religiosa, acorde con sus creencias, o un colegio con formación en idiomas u otras competencias que quieren implementar. En ese entorno, la cercanía con el colegio o con el barrio no es, en sí mismo ni en todos los casos, realidades conectadas con el interés del menor.

Volviendo al inicio de este epígrafe, las circunstancias jurídicas y fácticas expuestas alineadas con la flexibilidad del interés del menor nos conducen a afirmar que el interés del menor debe ser medido y atemperado; y que, en su virtud, la regla del art. 96.1 CC debería aplicarse solo y en todo caso cuando realmente el interés de ese menor concreto así lo demande. Lamentablemente la dicción del precepto deja muy poco margen a la interpretación. De modo que, en caso de falta de acuerdo, el juez está obligado a atribuir el uso de la vivienda al progenitor custodio sin margen alguno para considerar otros factores. No es posible, pues, atribuir otras viviendas del patrimonio familiar o del progenitor no custodio o, simplemente, establecer una pensión alimenticia al menor que incluya una cantidad para alquilar una vivienda de similares características de la que fuera vivienda de la familia o cualquier otra compensación o fórmula que así lo permitiera.

X. LA RESPUESTA: UNA NUEVA REDACCIÓN AL ARTÍCULO 96 DEL CC

Llegado a este punto le toca a esta autora posicionarse y ser capaz de realizar la tarea que nuestro legislador ha sido incapaz de llevar a cabo. Pues es muy fácil criticar o cuestionar sin proponer y, ciertamente, no voy a evadirme de ello.

Comenzaremos por el principio: por los intereses que protege el derecho de uso de la vivienda familiar en este momento que no se asemejan a los que en 1981 lo vieron nacer. Afortunadamente, la mujer actual no precisa del respaldo económico de ser beneficiaria del derecho a continuar en la residencia familiar como cuidadora de los menores, función a la que estaba llamada. Como expusimos al iniciar este trabajo, el derecho a usar la vivienda, desde una perspectiva de género, coadyuvó a empoderar económicamente a la mujer y la hizo más libre para decidir sobre la continuidad o no de su relación conyugal. Como quiera que socialmente no se contemplaba otra posibilidad que no fuera la de asumir el cuidado de los hijos menores, al menos desde 1981 tenía un hogar donde residir sin abonar por ello cantidad alguna y sin tener que convivir con el que fuera padre de sus hijos. En consecuencia, el actual derecho de uso de la vivienda no tuene como finalidad facilitar un mayor acomodo a la madre-esposa-cuidadora de hijos que incide en dotarla de mayor libertad para romper el vínculo matrimonial.

En segundo lugar, el derecho de uso se sustentaba en el interés del menor en no desarraigarlo de su entorno, término amplio que comprende no solo el inmueble donde reside sino el lugar físico donde desarrolla sus actividades lúdicas y escolares. De ahí que este fuera el primer criterio imperativo de atribución. Acabamos de exponer en el epígrafe anterior, la evolución del interés del menor y como este presenta otros matices que no demandan para su satisfacción, necesariamente, la residencia en la que fuera vivienda familiar. Por tanto, tampoco es, actualmente, el interés del menor el eje vertebrador del derecho de uso como lo fuera hace décadas.

Bajo el paraguas de los intereses protegidos que acabamos de enunciar, el legislador de 1981 dibujó el art. 96 CC. Un precepto de carácter imperativo para el juez, subsidiario al pacto de los esposos en convenio regulador ratificado judicialmente y que no definía su naturaleza jurídica, aunque, al regular el consentimiento dual, lo dirigía a la categoría de los derechos personales.

A pesar de los cambios tan profundos acaecidos en la sociedad y en las relaciones familiares, el precepto permanece inalterable hasta la reciente reforma. Reforma que, tal y como hemos ido desgranando, no es más que un "mal maquillaje" del primitivo art. 96, que mantiene el mismo diseño, sin que pueda decirse que el legislador haya llevado a cabo el necesario cambio que demandan los conflictos a los que está llamado a resolver.

Nuestra intención al comenzar este discurso era conducir al lector al siguiente texto, que proponemos (y sugerimos) en sustitución del actual.

"1. En defecto de acuerdo de los cónyuges o convivientes, el derecho de uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario se atribuirán temporalmente a los hijos comunes o al cónyuge o conviviente que, por sus circunstancias personales y/o patrimoniales, presente un interés más necesitado de protección. 2. El derecho de uso sobre la vivienda familiar podrá inscribirse en el Registro de la propiedad si se formaliza en documento hábil para ello"

De entrada, el ámbito se amplía en una doble dirección. En cuanto al objeto se dice solo "acuerdo", y no "acuerdo ratificado judicialmente" en línea con la autonomía de la voluntad que impera, actualmente, en las relaciones familiares y que incluye, obviamente, ambos tipos de pactos. No es preciso señalar que la eficacia de un acuerdo fuera del convenio regulador, o de cualquier otro tomado en este escenario, se encuentra mediatizado por el interés del menor analizado en el momento de que esta se despliegue. Ya lo ha expresado el Tribunal Supremo, en relación al pacto sobre alimentos de los hijos fuera del convenio regulador[50], doctrina plenamente aplicable a los acuerdos sobre la vivienda de los menores tras la crisis de la pareja fuera del convenio regulador. En segundo lugar, en relación a los sujetos el precepto propuesto incluye tanto a los cónyuges como a los convivientes, excluidos, sin fundamento, en un tema en el que los tribunales aplican, por analogía, los criterios de atribución del uso cuando no existe acuerdo entre los convivientes.

Continuando con el redactado, se propone eliminar la prioridad entre los criterios y el requisito de la minoría de edad haciendo hincapié en la temporalidad, como elemento que calibra la medida y la contextualiza en las circunstancias de los miembros de la familia. Con ello se pretende diseñar un espacio de libertad que le facilite al juez tomar la decisión más acomodada a la realidad de esa familia en concreto, introduciendo el interés del menor de manera natural y adaptado a ese menor. Pues, tal y como hemos visto, es posible que el interés del menor no demande el uso de la vivienda por disponer el progenitor custodio de otra vivienda de similares características a la que fuera familiar, y, en cambio, demandar la atribución del uso el progenitor no custodio al presentar un interés más digno de protección (pues el del menos ya está atendido residiendo en otra vivienda no familiar). Estas y otras circunstancias pueden ser tenidas en cuenta eliminando la imperatividad actual que conduce al juez, necesariamente, a atribuir el uso al progenitor custodio. La casuística puede ser muy variada como lo son las familias y sus relaciones, y la ley no puede no debe entrar en todas y cada una de ellas. Otra cuestión que queda resuelta, sin necesidad de nombrarla, es la atribución del uso

50 *Vid.* nota a pie núm. 33.

en caso de custodia compartida; ya que nada impide que se atribuya al progenitor más necesitado de protección, lo que permite el precepto al no jerarquizar los criterios; u optar por cualquier otra fórmula que se ajuste al interés de ese menor afectado por esta.

Sorprenderá al lector la eliminación de la minoría de edad, pues su inclusión se considera una de las aportaciones mejor valoradas de la reforma. Si el lector es avezado será capaz de leer, entre líneas, que, por supuesto, como no podía ser de otra forma, el interés del menor estará presente en todas las decisiones que el juez tome dentro del marco ofrecido para ello. Pero ello no es óbice para que, en determinadas circunstancias, sea preciso atender al hijo mayor de edad, que no ha completado sus estudios, no por su desidia, sino, simplemente, porque el ciclo completo de los estudios en España no finaliza al alcanzar la mayoría de edad. ¿Protegemos el interés del progenitor y no el del hijo mayor de edad? Francamente, ello no tiene sentido y, por otra parte, no es coherente con la regulación de los alimentos de los hijos mayores que el CC en su artículo 142 establece su extensión en esas circunstancias ("Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable"). Permitamos, si el juez lo considera, atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor que convive con su hijo mayor de edad que se encuentra en una situación de dependencia económica por motivos solventes y no por otros factores imputables a su conducta, que no le hacen digno de tal protección.

Como apuntaba, la clave que calibra la intensidad de la atribución del uso se residencia en la temporalidad. Ciertamente, esta es una medida excepcional, como lo es privar a su propietario del más elementar facultad: la de usar y disfrutar del bien objeto de la misma. Y, además, sin recibir retribución alguna por ello. En consecuencia, solo la constatación de un interés superior al del titular del derecho, legitima al legislador a regularla. Así entendida, solo mientras esté presente dicho interés existirá el derecho de uso, de manera que, una vez desaparecido este, el uso revertirá al titular. Cuando el uso se atribuye en atención al interés del menor, la temporalidad vendrá determinada por la edad del sujeto concernido. De manera que, una vez cumplido este la mayoría de edad, cesará de forma natural. Sin que sea preciso que la norma aclare nada. En los otros dos supuestos, hijo mayor de edad y cónyuge más necesitado de protección, dado que no es posible constatar la presencia de un interés superior (como lo es el del menor) que por sí mismo determina la temporalidad, el juez deberá fijar el plazo concreto de duración en atención a la necesidad que se pretende cubrir y sin olvidar la excepcionalidad del derecho de uso concedido.

Considero que no es necesario un precepto como el art. 233-25 del CC catalán, pues, eliminado el consentimiento dual, el derecho de uso adopta la naturaleza que le es propia: la de un derecho real. Que se refuerza con la mención en el siguiente párrafo a su inscripción registral.

Hasta aquí mis reflexiones. Durante un tiempo he escrito e intervenido criticando la reforma del art. 96 CC, pero, hasta ahora, no me había sentado a escribir un texto. He dicho muchas cosas sobre el art. 96 CC, en la línea de este ensayo, aunque no todas recogidas en esta propuesta. He eliminado algunas, como la distribución de los gastos o la atribución de segundas viviendas, que considero resuelve la fórmula amplia sugerida u otras reglas del CC. Cada vez soy más partidaria de normas redactadas de forma amplia, que permitan al juez una interpretación amplia y adaptada al conflicto que enjuicia. Y, en Derecho de familia, aun más; pues la casuística es tan contingente y variopinta que intentar completarlas es más pernicioso que facultar al juez para que la atienda dotándole de instrumentos para ello. Cansada de normas reglamentistas, al modo del Derecho anglosajón, nos estamos olvidando del gran valor de nuestro CC: su generalidad que lo dispone a ser aplicado a supuestos no imaginables y que garantiza su permanencia en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Olalla, P.: "Última jurisprudencia del TS en materia de Custodia Compartida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2018

Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

Cervilla Garzón, M.D.: "Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret*4, 2017.

Cervilla Garzón, M.D.: "Una propuesta de reforma del art. 96C: el derecho a usar la vivienda familiar en el siglo XXI", AA.VV.*: La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dirigida por S. Calaza, A. Donado y F. Yañez). Dykinson, Madrid, 2022.

Cervilla Garzón, M.D.: "El derecho a usar la vivienda familiar cuarenta años después. Reflexiones sobre los cambios normativos e interpretativos del art. 96 CC", en el libro homenaje a Carlos Lasarte (en prensa).

Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil,* 2014, vol. I, núm. 2, pp. 9-39.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual" en Yzquierdo Tolsada, M y Cuena Casas, M. *Tratado de Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

Chaparro Matamoros, P.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis matrimoniales (*dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, 36-62.

De Verda Beamonte, J.R.: "El vigente art. 96 CC, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio", Instituto de Derecho iberoamericano, https://idibe.org/tribuna/vigente-art-96-cc-tras-la-reforma-llevada-cabo-la-ley-82021-2-junio/

Forcada Miranda, F.J.: "La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial y publicada en las *Actas De los decimocuartos encuentros Del foro de derecho Aragonés* Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 2004 *y* Teruel, 25 de noviembre de 2004.

García Mayo, M.: "Pago de los gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial", *La Ley Derecho de Familia,* 2019, nº 24.

https://idibe.org/tribuna/vivienda-familiar-e-hijo-mayor-edad-discapacitado/

García Rubio, M.P "Qué es y para que sirve el interés del menor", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* 2020, nº13, pp. 16-49

Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: "Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las consecuencias de la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja en la vivienda familiar" en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares (*dir. por P. Chaparro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 337-343.

Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (dir. por P. Chaparro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 283-314.

Páramo de Santiago, C.: "Divorcio. Atribución de la vivienda familiar: existencia de hijo mayor de edad discapacitado", *CEFLegal: Revista práctica de Derecho. Comentarios y casos prácticos,* 2017, nº 194.

Pérez Ureña, A.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad", ELDERECHO.COM, 01/09/2011.

Sainz Cantero, B.:" La conveniencia de atribuir el uso de la vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada" en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. por S. Calaza López, A. Donado Vara, y F. Yañez Vivero), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 209-221.

Tamayo Carmona, J.A.: "El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2015, núm. 19, pp. 264-291.

Tena Piazuelo, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Pamplona 2015.

Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La necesidad de vivienda", *InDret* 1/2016, 1-57.

Villagrasa Alcalde, C. "La atribución y la distribución del derecho de uso en el Código Civil catalán" en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares (*dir. por P. Chaparro), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 65-88.

TRIBUNAL SUPREMO

30 noviembre 1964 (RJ 1964, 5552)

2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250)

23 diciembre 1993 (RJ 1993, 10113)

16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020)

4 abril 1997 (RJ 1997, 2636)

23 enero 1998 (RJ 1998, 151)

11 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148)

26 diciembre 2006, RJ 2006\180)

18 enero 2009 (RJ 2009, 1274)

1 abril 2011 (RJ 2011, 3139)

14 abril 2011 (RJ 2012, 257)

30 marzo 2012 (RJ 2012, 4584)

9 marzo 2012 (RJ 2012, 5137)

26 abril 2012 (RJ 2012, 6102)

30 mayo 2012 (RJ 2012, 6547)

16 junio 2014 (RJ 2014, 3073)

1 noviembre 2014 (RJ 2014, 6567)

15 junio 2015 (RJ 2015, 2657)

3 marzo 2016 (RJ 2016, 758)

18 marzo 2016 (RJ 2016, 1136)

19 enero 2017 (RJ 2017, 924)

22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079)

8 marzo 2017 (RJ 2017, 696)

12 mayo 2017 (RJ 2017, 2203)

10 enero 2018 (RJ 2018, 74)

27 junio 2018 (RJ 2018, 2929)

15 octubre 2018 (RJ 2018, 4295)

13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930)

20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

29 octubre 2019 (RJ 2019, 4495)

7 noviembre 2019 (RJ 2019, 4630)

23 septiembre 2020 (RJ 2020, 3531)

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Cataluña 11 julio 2019 (RJ 2019, 4425)

DGRN

20 febrero 2004 (RJ 2004, 2376)

10 octubre 2008 (RJ 2008, 634)

9 julio 2013 (RJ 2013, 6668)

24 octubre 2014 (RJ 2014, 6107)

19 enero 2016 (RJ 2016, 2975)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Tenerife 25 noviembre 2002 (JUR 2002, 72804)

Islas Baleares 17 marzo 2015 (JUR 2015, 100914)

Barcelona 16 septiembre 2015 (JUR 2015, 260576)

Málaga 28 enero 2016 (AC 2016, 818)

Madrid 1 abril 2016 (JUR 2016, 76940)

Lugo 15 enero 2019 (JUR 2019, 47391)

Murcia 30 mayo 2019 (JUR 2019, 222566)

Murcia 10 octubre 2019 (JUR 2019, 340586)

Salamanca 7 julio 2020 (JUR 2020, 255728)

Madrid 10 julio 2020 (JUR 2021, 136627)

Ciudad Real 16 julio 2020 (JUR 2020, 2999690)

Coruña 20 diciembre 2020 (JUR 2020, 89287)

EXIGENCIAS DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA HABITUAL

REQUIREMENTS OF CREDIT INSTITUTIONS IN THE GRANTING OF MORTGAGE LOANS FOR THE ACQUISITION OF A PRIMARY RESIDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 142-159

Francisco José
CLIMENT
DIRANZO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual es, en general, la mayor operación de financiación de una persona física a lo largo de su vida. Por ello, tras conocer los principales aspectos que hay que tener en cuenta en dicha operación y los beneficios que representa la misma para una entidad de crédito, se analiza con detalle cómo dicha entidad puede evaluar la capacidad del solicitante de cumplir los compromisos de pago y limitar el riesgo de crédito de las operaciones de financiación hipotecaria. La variable más relevante es el Scoring crediticio y proporciona la probabilidad de que el préstamo hipotecario se devuelva según los previsto. Si bien, a partir de esta información, la decisión final de la entidad de crédito no siempre es conceder o denegar la financiación solicitada.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario; Scoring crediticio; morosidad.

ABSTRACT: *The mortgage loan for the acquisition of a primary residence is generally the largest financing operation for an individual throughout their life. Therefore, after understanding the main aspects to consider in this transaction and the benefits it represents for a credit institution, a detailed analysis is carried out on how the institution can evaluate the applicant's ability to meet payment obligations and limit the credit risk of mortgage financing operations. The most relevant variable is the credit scoring, which provides the probability of the mortgage loan being repaid as planned. However, based on this information, the final decision of the credit institution is not always to grant or deny the requested financing.*

KEY WORDS: *Mortgage loan; credit scoring; non-performing loans.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿QUÉ DEBO TENER EN CUENTA ANTES DE CONTRATAR UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOBRE UNA VIVIENDA?- III. ¿CUÁL ES EL BENEFICIO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO AL CONTRATAR UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO?- IV. ¿CÓMO SE EVALUAR LA CAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE CUMPLIR LOS COMPROMISOS DE PAGO?- 1. Historial crediticio.- 2. Morosidad del cliente.- 3. Scoring crediticio.- A) Los Datos históricos sobre la vida laboral y nivel de ingresos.- B) Edad. Estado civil.- C) Estado civil.- D)Vinculación.- E) Cuota hipotecaria en relación con los ingresos mensuales.- F) Cantidad prestada en relación al valor de tasación o "loan-to-value" (LTV).- G) Avales.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La finalidad principal del préstamo hipotecario suele ser la adquisición de una vivienda, aunque también puede dirigirse a financiar su construcción, ampliación o rehabilitación. El inmueble puede estar destinado a vivienda habitual —como sucede en la mayoría de los casos— o a segunda residencia, o bien puede tener uso comercial —oficinas, locales—. La financiación también puede tener como finalidad la adquisición de terrenos, promociones inmobiliarias, etc.

Las entidades de crédito son libres para contratar el préstamo hipotecario en función del estudio del riesgo del cliente y de las condiciones propuestas, armonizando a estos efectos los criterios clásicos de la selección de inversiones (solvencia, liquidez y rentabilidad) a partir de las cuales diseñan sus políticas crediticias. Políticas que son dinámicas y cambiantes en el tiempo, al igual que la propia economía sectorial, nacional o supranacional, por las que se ven condicionadas.

En este trabajo tiene como objetivo evaluar la capacidad de los solicitantes de préstamos hipotecarios, para la adquisición de vivienda habitual, de cumplir los compromisos de pago establecidos por parte de la entidad de crédito. Con este fin, en primer lugar, se estudian qué aspectos son los más relevantes a la hora de contratar un préstamo hipotecario sobre una vivienda habitual. En segundo lugar, se detallan los beneficios que obtiene la entidad al contratar dicho préstamo. En tercer lugar, se analiza cómo la entidad de crédito evalúa la capacidad del solicitante de cumplir con los compromisos de pago. Por último, ser resumen las principales conclusiones del trabajo.

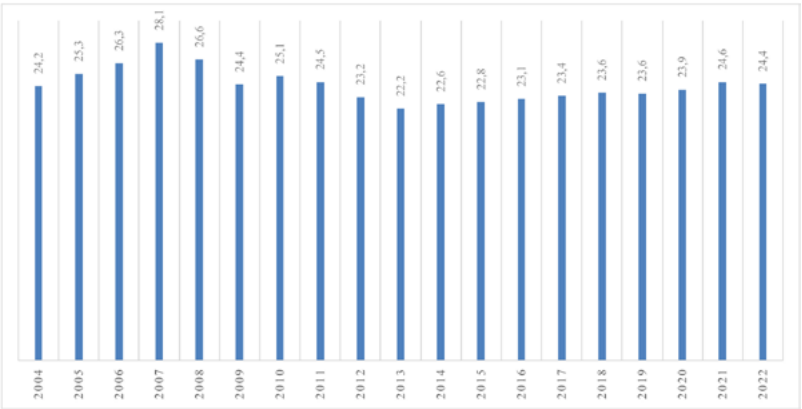
II. ¿QUÉ DEBO TENER EN CUENTA ANTES DE CONTRATAR UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO SOBRE UNA VIVIENDA?

El contratar un préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual supone establecer un vínculo con una entidad de crédito a largo plazo, en su

• Francisco José Climent Diranzo
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad, Universidad de Valencia.
Correo electrónico: f.jose.climent@uv.es.

mayoría entre los quince y los treinta años, por lo que conviene llevarla en los mejores términos posibles. Así, según el Gráfico 1, desde 2013 el plazo medio de los préstamos hipotecarios ha ido creciendo, estabilizándose en los últimos años en el entorno de los 24 años.

Gráfico 1. Evolución plazo de contratación medio en años de un préstamo hipotecario (2004-2022)



Fuente: Banco de España, Indicadores del mercado inmobiliario (https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/temas/sb_indsintesis.html) y elaboración propia. (2022: Enero-marzo)

Siendo una operación de tanta importancia, es fundamental que quien vaya a solicitar un préstamo hipotecario disponga de información suficiente para conocer las características básicas de esta operación, tanto para poder comparar ofertas y elegir la más interesante para sus necesidades como para ser consciente de las obligaciones que está asumiendo al contratarla.

Aunque en España la mayoría de los préstamos hipotecarios se contratan con entidades supervisadas por el Banco de España (bancos, cajas de ahorros o cooperativas de crédito), otros prestamistas, distintos de esas entidades y no sujetos a la supervisión del Banco de España, también pueden ofrecer al público préstamos hipotecarios. Igualmente, puede ocurrir que intervenga un intermediario de crédito, cuya función consiste en presentar, proponer o realizar los trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos entre el prestamista y el prestatario.

La regulación sobre protección del cliente financiero en el caso de contratación de préstamos hipotecarios con entidades de crédito se encuentra en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a

entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Sin embargo, cuando se contrata con un prestamista que no es una entidad de crédito, al igual que cuando en la operación interviene un intermediario de crédito, la normativa aplicable es la contenida en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo, y en el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se desarrolla aquella (Banco de España, 2016).

De ahí que el primer paso sea tener claros los aspectos previos a la contratación del préstamo y que serán el punto de partida de la operación de financiación. El primer aspecto que definir es el *importe de la financiación* a solicitar y que dependerá del valor de tasación. Así, para conseguir una garantía adecuada del préstamo que se va a conceder, la entidad de crédito exigirá que el inmueble que se va a hipotecar sea tasado. El valor de tasación permite estimar el valor estable del inmueble que se desea adquirir (que puede ser diferente del precio de compra) y, por ello, condicionará el importe del préstamo que la entidad estará dispuesta a conceder. En cualquier caso, la tasación es una estimación de valor de la vivienda en el momento de valoración y no supone ninguna garantía de que ese valor se mantendrá a lo largo del tiempo.

Según el Banco de España[1] hay que destacar que en las operaciones de adquisición de la vivienda habitual las entidades no concederán, de forma general, un porcentaje de financiación que supere el 80% del valor de tasación. Pero el importe del préstamo que esté dispuesto a conceder la entidad no dependerá solo de ese valor, sino también de otros factores como son la política comercial de concesión de préstamos de la entidad, la aportación de avales o garantías adicionales o la capacidad de pago del solicitante.

En concreto, para calcular la capacidad de pago del solicitante, la entidad de crédito tendrá en cuenta, además de los ingresos, su historial crediticio, junto a su capacidad de generación de recursos. Para ello, se valorarán diferentes aspectos que se analizarán con detalle apartados posteriores.

Una vez determinado el importe a solicitar, lo habitual es que el cliente contrate un préstamo hipotecario en la misma moneda en que obtiene sus ingresos, normalmente en euros. Sin embargo, en ocasiones, las entidades pueden ofrecerle contratar un préstamo en *moneda diferente del euro*, producto de mayor complejidad para el consumidor habitual por los riesgos que a largo plazo pueden surgir.

1 Banco de España: *Guía de acceso al préstamo hipotecario*. Mayo, Madrid, 2016.

En este sentido, las cuotas a pagar se calculan en la divisa en la que se haya contratado el préstamo y los intereses a pagar dependerán de dicha divisa. Además, cada vez que tenga que abonarse la cuota hipotecaria deberá comprarse la divisa correspondiente, por lo que las cuotas también oscilarán en función del tipo de cambio de dicha divisa respecto al euro, que puede llegar a tener variaciones muy bruscas a lo largo del tiempo.

Otro elemento esencial a tener en cuenta en el préstamo hipotecario es el *tipo de interés* de la operación, es decir, el precio que cobra la entidad de crédito por prestar el dinero al cliente. Es importante destacar que los tipos de interés de los préstamos hipotecarios no están fijados por ninguna norma, son libres, si bien el cliente deberá recibir información tanto de este aspecto como del resto de las características del préstamo antes de contratar el mismo.

El tipo de interés puede ser fijo o indexado, dependiendo de si se mantiene o no constante a lo largo de la vida del préstamo. Si el tipo de interés contratado es fijo el cliente no tendrá la incertidumbre de los cambios que pueden darse en los tipos de interés. Por el contrario, si el tipo es indexado supone que el tipo de interés se va a ir modificando, en las fechas en las que se haya pactado, a lo largo de la vida del préstamo. Dicho tipo indexado evolucionará en función de un índice de referencia acordado por las partes (por ejemplo, el Euríbor a 12 meses) y al que, habitualmente, se le suma un diferencial constante.

La normativa española exige que solo puedan utilizarse como índices de referencia para préstamos hipotecarios con personas físicas para financiación de viviendas aquellos que se hayan calculado a coste de mercado, en los que la entidad no pueda influir en su valor mediante acuerdos o prácticas acordadas con otras entidades y solo cuando los datos utilizados se agreguen con un procedimiento matemático objetivo (Artículo 26 de la Orden EHA/2899/2011).

Un índice de referencia puede ser cualquiera que cumpla con los requisitos anteriores. No obstante, existe una categoría dentro de estos índices que abarca los habitualmente utilizados y que se denominan tipos de interés oficiales (Artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011). Éstos se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y en el Banco de España[2].

Las entidades de crédito tienen que proporcionar a los clientes que lo solicitan información clara y suficiente sobre los préstamos hipotecarios que ofrecen. Esta información se tiene que recoger en la *Ficha de Información Precontractual* (Anexo I de la Orden EHA/2899/2011).

2 https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/a1901.pdf.

Además, la Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, Reguladora de los contratos de crédito inmobiliario - Artículo 14. Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios, indica que la información personalizada se facilitará mediante la *Ficha Europea de Información Normalizada* (FEIN) que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá de ser de diez días. Además, se entregará al cliente una *Ficha de Advertencias Estandarizadas* (FiAE) en la cual se informará al prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes.

Por último, los préstamos hipotecarios se caracterizan por aportarle a la entidad que los concede una *garantía* adicional a la personal de cualquier otro préstamo: la propia vivienda, que se hipoteca a favor de la entidad bancaria. En caso de que el cliente incumpla sus compromisos de pago, la entidad puede pedir su ejecución para recuperar la suma prestada pendiente de devolución, los intereses no pagados, los intereses de demora y gastos del impago, perdiendo el cliente la propiedad de su vivienda. No obstante, con ello la deuda no siempre queda saldada.

Así, si, como consecuencia del impago, se ejecuta la garantía hipotecaria y los fondos obtenidos con la venta de esa garantía no saldan totalmente la deuda, la entidad de crédito podrá iniciar actuaciones contra otros bienes del deudor con objeto de intentar recuperar el resto de la deuda pendiente de cobro. Ello es así en virtud del denominado «principio de responsabilidad universal» establecido en el artículo 1911 del Código Civil, conforme al cual el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros en tanto que la deuda no esté totalmente satisfecha.

Además de la *responsabilidad patrimonial* universal del deudor y de la garantía hipotecaria, en ocasiones las entidades exigen incluso la garantía personal de avalistas, esto es, otra u otras personas que respondan de la deuda con sus bienes en caso de impago, reforzando aún más la posición acreedora de la entidad de crédito.

III. ¿CUÁL ES EL BENEFICIO DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO AL CONTRATAR UN PRÉSTAMO HIPOTECARIO?

Más allá del ingreso que supone para la entidad de crédito la obtención de los ingresos derivados del coste financiero de la operación, medido por el tipo de interés y, en su caso, el diferencial aplicado, hay que tener presente otros aspectos que convierten a esta operación en una de las más relevantes de cara a clientes particulares.

Así, dada la dilatada duración prevista de este tipo de operaciones, se crea un vínculo a largo plazo con el deudor del préstamo, que se concreta en diferentes

aspectos como son, por ejemplo, la domiciliación de la nómina y de recibos, la contratación de tarjetas, seguros (daños, vida, cobertura de tipos de interés y/o cambio y protección de pago) y la inversión de fondos de inversión y/o planes de pensiones.

No existe, en principio, limitación alguna a las condiciones y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo, siempre que tales cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público, según dispone el artículo 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser los indicados anteriormente.

Dicho esto, hay que tener en cuenta que la venta vinculada del contrato de préstamo hipotecario con otros productos o servicios financieros está prohibida, a no ser que el banco demuestre que el producto vinculado acarrea un claro beneficio para el cliente.

Además, por ejemplo, si se va a contratar un seguro de daños, la entidad de crédito tendrá que aceptar pólizas alternativas a la que ella misma ofrece, sin que ello perjudique las condiciones del préstamo ni suponga un coste adicional.

En cualquier caso, sean las condiciones que sean, la entidad de crédito debe informar al cliente en la FIPRE, que debe contener información sobre los seguros que deban suscribirse para conseguir la hipoteca en las condiciones ofrecidas. Así mismo, la información sobre los seguros que haya que firmar para beneficiarse de las condiciones de la hipoteca, también deberá recogerse en la FEIN, que se te entrega de forma gratuita con, al menos, diez días naturales de antelación a la fecha de firma de la escritura.

IV. ¿CÓMO SE EVALUAR LA CAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE CUMPLIR LOS COMPROMISOS DE PAGO?

La regla básica para que el banco conceda un préstamo hipotecario consiste en que el solicitante debe demostrar ante la entidad de crédito que será capaz de devolver el préstamo. Un precepto que en la práctica se materializa en forma de estudio pormenorizado de la salud financiera del solicitante.

Por lo tanto, con el fin de reducir al máximo el riesgo de crédito, es obligación de la entidad evaluar la capacidad del solicitante de cumplir los compromisos de pago que debe afrontar, en caso de que finalmente se le conceda el préstamo. Para ello, la entidad de crédito puede llevar a cabo diferentes actuaciones que se describen a continuación.

1. Historial crediticio.

En la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)[3], la entidad de crédito puede obtener información acerca del historial crediticio del cliente. En concreto, la CIRBE es una base de datos que recoge la información de los préstamos, créditos, avales y garantías que cada entidad de crédito mantiene con sus clientes. Así, siempre con el conocimiento del cliente, dichas entidades solicitan a la CIRBE información sobre préstamos y créditos ya firmados con otras entidades. De esta forma, se pretende evitar el sobreendeudamiento de los clientes y velar por la solvencia de las entidades.

Cualquier entidad declarante o intermediario de crédito inmobiliario a que se refiere el artículo 4.5 de la Ley 5/2019 de crédito inmobiliario puede pedir información concreta de un titular, si éste le solicita una operación de riesgo (como por ejemplo la concesión de un préstamo hipotecario). Además, cualquiera puede acceder de manera gratuita a la información registrada en la CIRBE sobre sí mismo, pero al mismo tiempo es confidencial, pues no se puede acceder a la información sobre otras personas.

En concreto, según la Orden ETD/699/2020, la CIRBE facilitará la información de las personas cuyo riesgo acumulado supere los 1.000 euros. Sin embargo, la CIRBE solo cede información global de los riesgos de una persona o empresa. Esto quiere decir que el banco no manejará una lista detallada de todas y cada una de las deudas del cliente, sino de la posición global de éstas.

2. Morosidad del cliente.

Con el fin de obtener información acerca de morosidad del cliente, la entidad de crédito puede consultar en la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)[4] el fichero de registro de impagados su historial crediticio.

El fichero ASNEF contiene datos sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias y que tiene su legitimidad en el interés legítimo de las entidades que consultan y aportan información a dicho fichero para dar seguridad al tráfico mercantil, prevenir la morosidad y valorar la solvencia patrimonial de las personas físicas y jurídicas con las que tienen o van a tener relaciones comerciales, de crédito y de pago periódico o aplazado.

3 https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Particulares_y_e/Central_de_Infor/Central_de_Info_04db72d6c1fd821.html.

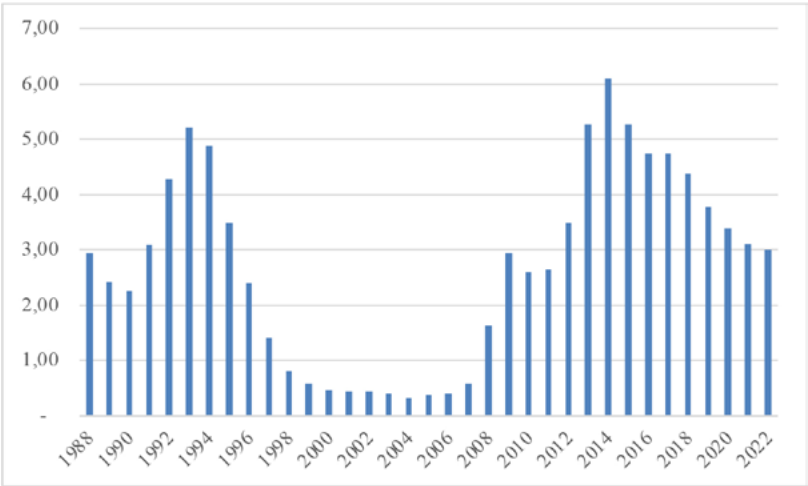
4 https://www.asnef.com.

Los datos que incluyen las entidades en el fichero ASNEF se utilizan con la finalidad de ayudar a las entidades que consultan y aportan información al mismo a prevenir la morosidad y analizar la solvencia.

Así, una factura impagada, como la de la línea telefónica o la factura del gas, es suficiente para que la empresa que nos presta el servicio decida incluirnos en este fichero. No obstante, el consumidor debe ser notificado, como máximo, 30 días después de ser incluido en esta lista. El afectado tiene la posibilidad de abonar durante treinta días la deuda contraída, siendo eliminado del fichero en diez días. Si no lo hace pasará a estar declarado como moroso. Si posteriormente se salda la deuda, será el mismo deudor el que deberá comunicarlo, aportando las pruebas pertinentes del pago, para que le excluyan del fichero ASNEF.

En el Gráfico 2 se muestra la Ratio de los dudosos de los préstamos a los hogares destinados a la adquisición y rehabilitación de viviendas sobre los préstamos totales. Así, desde el origen de la crisis financiera en 2008, la ratio ha ido creciendo hasta situarse en 2014 en valores superiores al 6%. Si bien, en los últimos años ha ido decreciendo progresivamente, hasta situarse en 2022 en un 3%, niveles que no se veían desde hace más de 10 años.

Gráfico 2. Ratio de dudosidad (1988-2022)



Fuente: Banco de España, Indicadores del mercado inmobiliario (https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/temas/sb_indsintesis.html) y elaboración propia. (2022: Enero-marzo)

3. *Scoring* crediticio.

La entidad de crédito puede considerar un conjunto de variables relevantes con el fin de cuantificar objetivamente la capacidad de devolución del préstamo

hipotecario por parte del cliente. En concreto, se refiere a la determinación del "Scoring" (puntuación) bancario.

El scoring es un sistema de evaluación bancaria que permite predecir la posibilidad de impago de un préstamo analizando de forma automática la solvencia del cliente. En concreto, a través de un algoritmo y la aplicación de sistemas de inteligencia artificial, se analizan los mismos parámetros que tienen en cuenta los analistas de riesgos. El sistema los compara con clientes con una situación similar de la base de datos y se obtiene una calificación final en forma de número. En definitiva, si éste obtiene un scoring alto significa que tiene buena capacidad de devolver el préstamo solicitado.

Por lo tanto, esto facilita a la entidad de crédito tomar decisiones sobre el riesgo de los clientes de manera objetiva y determina, a priori, a qué clientes es más seguro prestarles dinero. Además, una de sus premisas de este proceso es que la tecnología elimina los sesgos humanos en el momento de hacer la evaluación, aunque normalmente, este método no suprime el trabajo de los expertos, sino que lo complementa y lo agiliza.

En esta puntuación influyen múltiples variables vinculadas al solicitante del préstamo hipotecario, entre las que destacan las siguientes:

A) Los Datos históricos sobre la vida laboral y nivel de ingresos.

Esta información se concreta en los siguientes aspectos: el informe de la vida laboral, la última declaración de la Renta, el contrato de trabajo, las últimas nóminas y los justificantes bancarios de su ingreso, el justificante de otros ingresos (por ejemplo, si recibe una ayuda estatal o si tiene una vivienda en alquiler) y el extracto bancario de todas las cuentas a su nombre.

En general, el cliente del préstamo hipotecario debe generar unos ingresos que le permitan asumir una cuota hipotecaria que no supere el 30% de su sueldo mensual, con el objetivo de que pueda hacer frente al pago periódico sin dificultades.

Se valora positivamente tener un contrato indefinido, con una antigüedad de al menos un año, y cuanto más antiguo mejor. En el caso de los autónomos, llevar al menos dos años dado de alta y con beneficios demostrables asimilables a un sueldo.

B) Edad.

Las entidades de crédito proponen, de manera general, que el solicitante no supere los 75 años de edad al término de la operación, aunque cada entidad

establece sus límites. La razón que está en que a partir de la jubilación los ingresos regulares del solicitante serán previsiblemente inferiores respecto a los del momento de la solicitud, lo que pone en riesgo la operación.

C) Estado civil.

El estado civil o si tiene hijos u otras personas a su cargo también entra en la evaluación. Así, un matrimonio aumenta la estabilidad económica pues, generalmente, no se depende de una única fuente de ingresos y se reparte la responsabilidad entre los cónyuges. Bienes que posee: inmuebles, vehículos …

D) Vinculación.

Con la entidad de crédito y productos financieros contratados. Este aspecto se ha descrito previamente en el apartado 2.

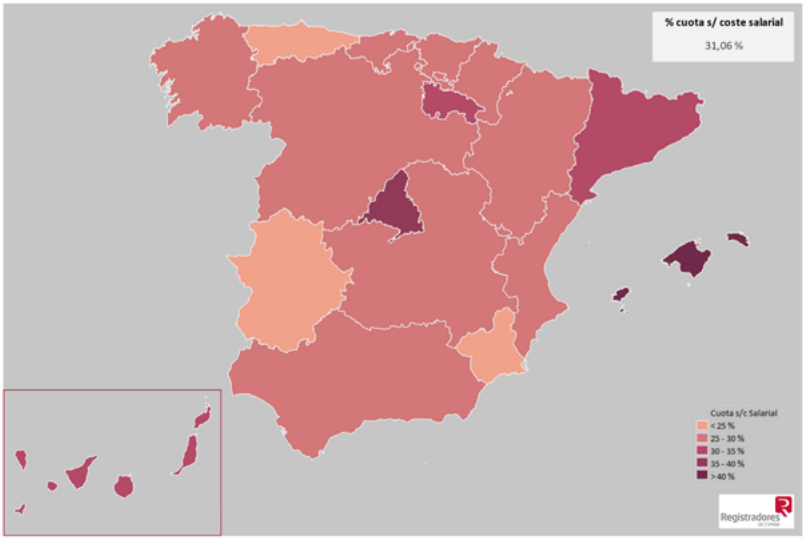
E) Cuota hipotecaria en relación con los ingresos mensuales.

En términos generales, se establece que la cuota hipotecaria a pagar cada mes no suponga más del 35% de los ingresos, con el fin de disponer de recursos suficientes para hacer frente al resto de costes básicos de las familias.

El porcentaje de la cuota hipotecaria mensual con respecto al coste salarial mensual, compara la variable de cuota hipotecaria con una variable representativa de la renta del ciudadano, como es el coste salarial mensual medio, proporcionando información acerca de la situación y evolución del peso relativo que supone la cuota hipotecaria con relación al coste salarial.

Según el Gráfico 3, el porcentaje medio para España de la cuota hipotecaria respecto al coste salarial, en el segundo trimestre de 2022, se ha situado en el 31,06%. Si bien, destacan 4 Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Madrid, Cataluña y Canarias) con datos sensiblemente superiores al 30% y con el caso excepcional de las Islas Baleares con un más que preocupante 53%.

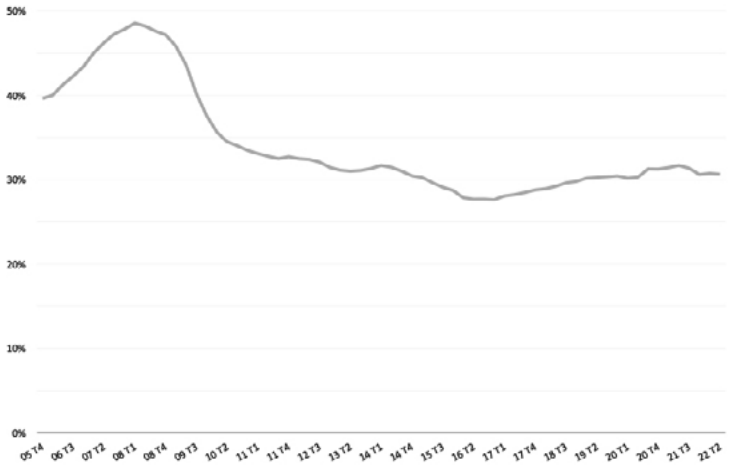
Gráfico 3. Cuota hipotecaria respecto al coste salarial mensual (%)



Fuente: Colegio de registradores, Estadística Registral Inmobiliaria, Segundo trimestre, 2022

En cuanto a la evolución temporal que representa el porcentaje de la cuota hipotecaria con respecto al coste salarial (Gráfico 4), se observa un descenso significativo desde 2008, con valores próximos al 50%, a valores inferiores al 30%, entre 2017 y 2018, pero con una tendencia ascendente que ha llevado a situarse nuevamente por encima del 30%.

Gráfico 4. Evolución de la Cuota hipotecaria respecto al coste salarial mensual (2005-2022)



Fuente: Colegio de registradores, Estadística Registral Inmobiliaria.

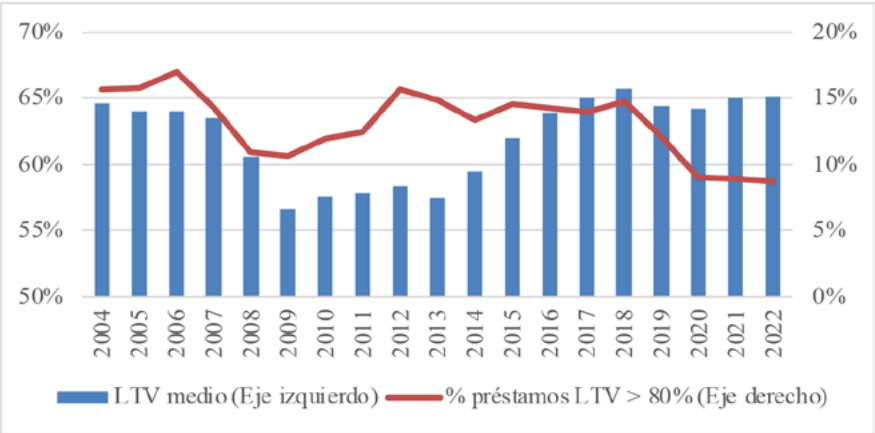
F) Cantidad prestada en relación al valor de tasación o "loan-to-value" (LTV).

Cociente entre el principal de la hipoteca y el valor de tasación del inmueble.

En general, algunos bancos financian hasta el 80% del precio de tasación. Así, el cliente debe contar con un ahorro de, al menos, un 20% del precio de tasación del inmueble y habrá que añadir un 10% adicional para otros desembolsos asociados a la compra, como los gastos de tasación y los impuestos.

Según el Gráfico 5, la ratio LTV media de todo el periodo considera se sitúa en el 61%. Si bien, en los últimos 6 años este valor se ha incrementado y se sitúan en valores próximos al 65%, el mayor porcentaje desde 2004. Además, el porcentaje de préstamos hipotecarios con una ratio LTV mayor al 80% se ha reducido en los últimos años situándose por debajo del 9% del total préstamos concedidos, aunque en momento del Boom inmobiliario, como 2006, llegó a situarse en un 17%.

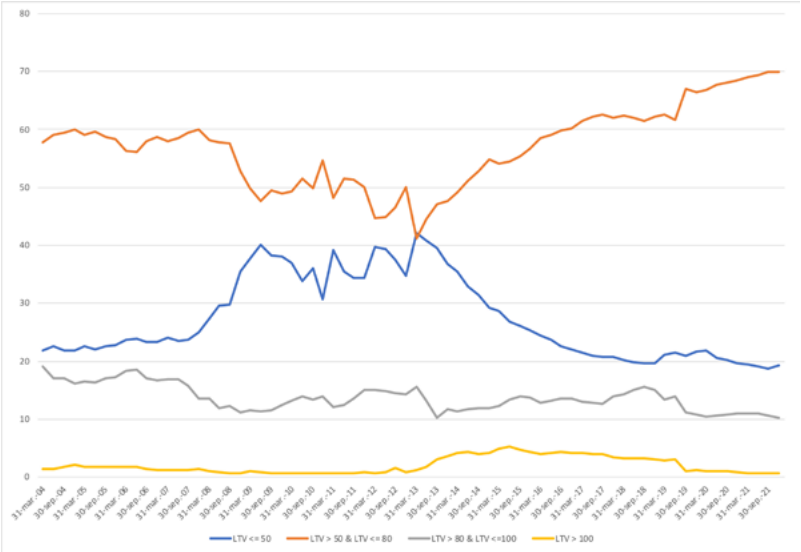
Gráfico 5. Cantidad prestada en relación con el valor de tasación (2004-2022)



Fuente: Banco de España, Indicadores del mercado inmobiliario (https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/temas/sb_indsintesis.html) y elaboración propia. (2022: Enero-marzo)

El Gráfico 6 muestra la distribución de la ratio LTV a lo largo del tiempo y valores elevados en la ratio indican una relajación de los estándares crediticios (más riesgo). En este sentido, se ha producido un descenso continuado de la proporción de préstamos hipotecarios con valores de estas ratios por encima de 80% desde 2008 y, tras la irrupción de la pandemia en 2020, la proporción de préstamos hipotecarios más arriesgados, con valores de la ratio LTV por encima del 100% se mantiene.

Gráfico 6. Ratio LTV por tramos (%) (2004-2021)



Fuente: Banco de España, Herramientas macroprudenciales, y elaboración propia (https://www.bde.es/bde/es/areas/estabilidad/herramientas-macroprudenciales/).

G) Avales

En el caso de que el perfil financiero del solicitante no sea óptimo, la entidad solicitará garantías o avales. Éstos pueden ser de tipo personal (por ejemplo, los familiares de los solicitantes, que responden con sus bienes presentes y futuros); u otro bien propio, como un inmueble libre de cargas. También es posible presentar como garantía acciones o cualquier otro bien que tenga un valor monetario que refuerce la operación del préstamo hipotecario.

Por último, en la Tabla 1 se muestra un posible ejemplo de Scoring crediticio, donde se establecen una serie de variables relevantes que dan como resultado unas determinadas puntuaciones en función del intervalo que le corresponda al cliente evaluado.

Tabla 1. Ejemplo de Scoring crediticio

Variables	Categorías	Puntos
Operación de mayor antigüedad en la entidad	<36	80
	36<=valor<120	87
	120<=	96
Cuota préstamo/ingresos	30<=valor<40	60
	20<=valor<30	80
	<20	100
Tiempo trabajando	<60	81
	36<=valor<120	85
	120<=	92
LTV	>=90	67
	80<=valor<90	83
	60<=valor<80	90
	60<=	100

Fuente: Elaboración propia

Las principales ventajas que supone realizar un Scoring como tabla de puntuación son las siguientes: en primer lugar, es fácil de interpretar, entender y utilizar, en segundo lugar, es una metodología estándar de mercado y no una caja negra, en tercer lugar, permite utilizar modelos estadísticos construidos sobre un elevado número de clientes/préstamos pasados y, por último, minimiza el tiempo y coste de cada decisión.

V. CONCLUSIONES

Este artículo tiene como objetivo analizar las exigencias de las entidades de crédito españolas en la concesión de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual.

Si bien, inicialmente se estudian los aspectos más relevantes a la hora de contratar un préstamo hipotecario sobre una vivienda habitual. A continuación, se enuncian con precisión los beneficios que obtiene la entidad al contratar dicho préstamo y, por último, se analizan precisión tres aspectos clave para evaluar la capacidad del solicitante de cumplir con los compromisos de pago: el historial crediticio, la morosidad del cliente y el scoring crediticio.

Es de destacar, que el resultado derivado del Scoring crediticio se concreta en la probabilidad de que el préstamo hipotecario se devuelva según los previsto. Sin embargo, la puntuación final obtenida no tiene por qué ser la única variable

a considerar en la concesión de la financiación, sino que es un elemento más de decisión para conceder o no el préstamo hipotecario.

En cualquier caso, la decisión final de la entidad puede ser, conceder el préstamo, denegarlo, solicitar más garantías de pago y/o, en su caso, elevar el coste de financiación.

En definitiva, en este trabajo se recogen elementos que las entidades de crédito pueden tener en cuenta de forma objetiva y que, sin duda, les ayudarán a tomar decisiones más adecuadas para limitar el riesgo de crédito de las operaciones de financiación hipotecaria.

DOCUMENTOS CITADOS.

Banco de España: *Guía de acceso al préstamo hipotecario*. Mayo, Madrid, 2016.

Circular 5/2012, del Banco de España, *sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos*.

Ley 5/2019 de 15 de marzo *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*.

Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo*, y en el Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se desarrolla aquella.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*.

Orden ETD/699/2020, *que modifica varias órdenes ministeriales para reforzar la protección del crédito revolvente o revolving*.

RECIENTES NOVEDADES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD Y DERECHO DE HABITACIÓN*

RECENT DEVELOPMENTS IN DISABILITY AND HOUSING RIGTHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 160-199

* Este trabajo se enmarca también en tres Proyectos de investigación en los que participa esta autora: Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-100, IP: Profª. Sonia Calaza López; "Transición Digital de la Justicia", Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-100, IP: Profª. Sonia Calaza López, y Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2021-126145OB-I00, IP: Profª: Alicia González Navarro.

Araceli
DONADO
VARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo estudiamos una medida cuya finalidad es beneficiar a un legitimario con discapacidad a través de un especial derecho de habitación para que sus necesidades habitacionales o de vivienda estén cubiertas a pesar del fallecimiento del familiar con el que residía. Este derecho se introdujo en nuestro Código Civil hace ya veinte años, con la Ley 41/2003, permitiendo su constitución a través de dos vías distintas: de manera voluntaria pero también de origen legal. Analizamos la regulación y los requisitos que deben darse para la aplicación de esta figura, así como las modificaciones posteriores introducidas con la Ley 8/2021, y las diferentes cuestiones que resuelve este especial derecho de habitación, como tendremos ocasión de ver a continuación. De todas formas, y a pesar de los últimos cambios legislativos, la regulación actual de la figura sigue planteando ciertas dudas, como recogemos en las siguientes líneas.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; vivienda; derecho de habitación; legitimario.

ABSTRACT: *In this paper we study a measure whose purpose is to benefit a legitimary with a disability through a special housing right so that their housing or housing needs are covered despite the death of the family member with whom they were living. This special right was introduced into our Civil Code twenty years ago, with Law 41/2003, allowing its constitution through two different ways: voluntarily but also of legal origin. We analyze the legal regulation and the requirements that must be met for the application of this figure, as well as the subsequent modifications introduced with Law 8/2021, and the different issues that this special right to housing resolves, as we will have the opportunity to see below. In any case, and despite the latest legislative changes, the current regulation of the figure continues to raise certain doubts, as we collect in the following lines.*

KEY WORDS: *Disability; housing; right of habitation; forced heirship.*

SUMARIO.- I. DISCAPACIDAD Y NECESIDAD DE ALOJAMIENTO.- II. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE HABITACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: CARÁCTERÍSTICAS Y FINALIDAD.- III. ¿CÓMO SE ATRIBUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL DEL 822 DEL CÓDIGO CIVIL?- 1. Atribución voluntaria: donación y legado.- 2. Derecho de habitación de origen legal.- IV. EL HABITACIONISTA: REQUISITOS ESENCIALES.- V. PARTICULARIDADES DEL ESPECIAL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ART. 822 CC.- VI. POSIBLE CONVIVENCIA CON OTROS LEGITIMARIOS O TERCEROS.- VII. EXTINCIÓN Y GASTOS.- VIII. CONCLUSIONES.

I. DISCAPACIDAD Y NECESIDAD DE ALOJAMIENTO.

La preocupación por nuestro futuro y devenir es uno de los interrogantes que siempre nos acompañan y más cuando cumplimos años y tenemos familia. Si a esto se le suma el que un hijo o familiar nuestro tenga una discapacidad, la preocupación por su futuro y por dónde residirá el día de mañana, es exponencialmente mayor cuanto mayor es el grado de discapacidad y la dependencia de esa persona. Durante nuestra vida podremos hacernos cargo de ese familiar, hijo o descendiente, ascendiente, hermano, siempre, ahora bien, si tiene una discapacidad intentaremos cuidarlo, protegerlo y que no le falte de nada, seguramente con una mayor preocupación que si no tuviera esa discapacidad. ¿Pero qué sucederá cuando ya no estemos? ¿Dónde residirá y vivirá? Esta es la gran cuestión a la que se enfrentan muchas familias, y a la que nuestro legislador ha prestado atención desde hace unos años, como, a continuación, tendremos ocasión de analizar.

La presencia del fenómeno de la discapacidad en la legislación española y europea se justifica por el llamativo aumento del número de personas que sufren alguna discapacidad. Como es sabido, una persona con discapacidad es aquella que por una causa física, psíquica o sensorial, tiene algún grado de discapacidad que le impide acceder al mundo laboral o superar diversas barreras arquitectónicas en su vida diaria, así como la discriminación social por la discapacidad que padece, dificultándole su normal desenvolvimiento[1]. El incremento numérico que se ha producido en este colectivo, y la consiguiente preocupación social y política, hicieron que la Unión Europea tomara conciencia de esta realidad y declarara el año 2003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, con la finalidad

1 Hasta la reciente reforma del 2021, con la Ley 8/2021, podíamos entender, siguiendo a mi Maestro, el Prof. Lasarte Álvarez, que la discapacidad podía requerir la incapacitación, en sentido técnico, del sujeto afectado o, al revés, desaconsejarla y sustituirla, por otro tipo de medidas tuitivas de otra naturaleza. Por este motivo, y antes de la mencionada reforma legislativa, persona con discapacidad y persona judicialmente incapacitada no tenían por qué coincidir necesariamente, dado que existían distintos grados de discapacidad que no daban lugar a la declaración judicial de incapacitación (*vid. Principios de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 27ª ed., p. 203).

• Araceli Donado Vara
Profesora Titular de Derecho Civil, UNED. Correo electrónico: adonado@der.uned.es

de diseñar unas medidas de actuación conjunta encaminadas a proteger y mejorar las condiciones de vida de estas personas.

En España se aprobaron varias leyes de carácter estatal[2] tendentes a asegurar que la discapacidad que presentaban no les impidiera disfrutar de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos. Se persigue que en los distintos Estados de la Unión Europea haya una línea de actuación tendente a desarrollar mecanismos dirigidos a reducir la tasa de desempleo, así como a mejorar las condiciones laborales, y la eliminación de barreras físicas y psicológicas[3].

En concreto, una de estas disposiciones fue la aprobada por el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre, la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que ahora cumple veinte años[4].

Un conjunto importante de medidas que también se regulan en esta Ley afectan al Derecho sucesorio. En este sentido, se incorpora una nueva causa de indignidad para la sucesión intestada, concretamente, el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida (los alimentos) aunque el causahabiente no fuera una de las personas a las que el art. 143 CC obligada a prestarlos[5]. Otra medida novedosa es la relativa a la posibilidad de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta del causante en beneficio del hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Se añade una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad y que tiene que

2 En España, con anterioridad al año 2003 ya se habían dictado varias normas que protegían a este colectivo. En este sentido: la pionera Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos; la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de Límites de dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. En el año 2003 se dictaron, entre otras, la importante Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. *vid*., Moretón Sanz, Mª. F.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional. (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia)", en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2007, 2; Moretón Sanz, M. Fª.: "Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 247 a 272.

3 *Vid*. Pastor Álvarez, Mª. C.: "Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas", *Aranzadi Civil*, 2004, núm. 20.

4 Como bien destaca su Exposición de Motivos, en cumplimiento del art. 49 de nuestra Constitución, los Poderes Públicos han contado con varios mecanismos existentes para responder eficazmente a las necesidades de estas personas y así evitar que su discapacidad les impidiera disfrutar del conjunto de derechos reconocidos en nuestra Carta Magna. En definitiva, la Ley 41/2003, trataba de conseguir la igualdad tanto real como efectiva entre todas las personas, según dispone el art. 9.2 de la Constitución. En esta Ley se articulan diversos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, con una vertiente, sobre todo, económica y otras medidas tendentes a la protección de este colectivo. Sobre las novedades de esta norma, *vid*. Pérez Giménez, T.: "Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 21, pp. 2554-2558.

5 Las personas obligadas a prestarlos son: los cónyuges, los ascendientes y los descendientes. Por su parte, los hermanos sólo deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa no imputable al alimentista, y se extienden a la educación.

ver con el derecho que asiste al testador de atribuir en su testamento al cónyuge supérstite (o al otro progenitor con el que tienen descendencia en común aún sin estar casados entre sí) amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre su descendencia común, si no se quiere proceder de una manera inmediata a la partición del patrimonio hereditario en el supuesto de que uno de los descendientes tenga una discapacidad, con la intención de posponer la partición para considerar la situación y las necesidades actuales de la persona con discapacidad. Otra novedad es la incorporación entre los gastos no colacionables los realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales en beneficio de su descendencia con discapacidad.

Posteriormente, hay que destacar un importante hito en esta materia que tuvo lugar con ocasión de la promulgación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta Convención supone la consagración del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad. En ella, además se considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y se dispone que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. Un nuevo impulso se dio en España para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la CDPD, con la promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que modifica algunas leyes (por ejemplo, la Ley de Propiedad Horizontal; la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, entre otras) y tal y como se recoge en su Preámbulo "da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva". En su Disposición Final Segunda se recogió la tarea que tenía el Gobierno de redactar y aprobar un Texto Refundido que incorporase tres importantes leyes en materia de discapacidad armonizándolas al contenido de la Convención Internacional de la ONU de 2006. Por lo que finalmente, en el año 2013 y dentro del plazo establecido, se dio cumplimiento a este deber legislativo y se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Recientemente, se ha promulgado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha supuesto un hito fundamental en

la adaptación de nuestro ordenamiento a los postulados de la Convención de Nueva York, sobre todo a su art. 12, en el que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Un modelo de asistencia y de apoyo en la toma de decisiones, distinto al anterior que era un modelo de sustitución en el que el tutor en la mayoría de las ocasiones representaba y tomaba la decisión por la persona con discapacidad. Con esta modificación legal del año 2021, el Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema o modelo es la del apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como ya recordaba la Observación General de 2014 es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo[6]. Es también

6 Así se establece en la Disposición Adicional 4ª del CC que ha sido modificada con la Ley 8/2021 y diferencia en sus dos apartados quiénes son personas con discapacidad; siendo en el primer apartado las que tengan una discapacidad reconocida según los grados establecidos en la Ley 41/2003, y a las personas que estén en situación de dependencia de Grado II y III según la Ley 39/2006, conocida como la Ley de Dependencia. En el apartado primero establece una serie de artículos en los cuales la definición de discapacidad será la que acabamos de mencionar y, en especial, menciona como vemos el art. 822 CC relativo al legado o donación de un derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad. Mientras que en el segundo apartado de esta DA 4ª se establece una referencia más general y acorde con los nuevos postulados de la Ley 8/2021, cuando el resto de preceptos se refieran a la discapacidad, lo será salvo que otra cosa resulte del precepto, a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, por tanto, con independencia de un reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad

relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.– . Con la nueva regulación se otorga preferencia a las medidas de apoyo voluntarias sobre las legales o judiciales. Las voluntarias son todas las que la propia persona puede tomar en previsión de una situación futura de discapacidad: adquieren especial preferencia los poderes y mandatos preventivos, y la autocuratela. Fuera de ellas, en cuanto a los apoyos legales, se refuerza la figura de la guarda de hecho[7], que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, pudiendo estar así suficientemente atendida y cuidada. Ahora bien, también se establece para los casos en que se requiera que el guardador[8] realice una actuación representativa, se prevé, como novedad, la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización judicial para el caso, previo examen de las circunstancias. La curatela[9] es una institución objeto de una regulación más detenida, al tratarse de la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que requieran de esta medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para los mayores de edad o menores emancipados que lo requieran se podrá nombrar un curador, no un tutor como sucedía anteriormente. La figura del tutor se reserva para menores de edad no emancipados en situación

o dependencia concreto, tal y como se requiere expresamente para algunos preceptos mencionados en el primer apartado, como acabamos de señalar.
Dice esta Disposición Adicional 4ª del CC: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los artís. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

7 La guarda de hecho se regula en los arts. 263 a 267 para las personas con discapacidad; y en el caso de menores, en los arts. 237 y 238 CC (este artículo permite la aplicación de las normas de la guarda de hecho de la persona con discapacidad a la guarda de hecho del menor). La distinción de la guarda de hecho ejercida sobre unos u otros, también es una novedad de la Ley 8/2021, ya que antes no distinguía el CC, haciendo referencia únicamente al guardador de hecho.

8 Sobre la guarda de hecho, *vid.* Donado Vara, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 33 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia); López San Juan, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

9 Se regula actualmente en los arts. 268 a 294 CC. Sobre esta figura de apoyo puede verse, entre otras publicaciones, Donado Vara, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. Calaza López y E. Pillado González), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 119-147.

de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas. Se recoge también la figura del defensor judicial[10], especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista un conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Desde el punto de vista procedimental, el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. Se suprimen del ámbito de la discapacidad no solo la tutela para las personas mayores de edad, sino también la patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada, figuras que el legislador considera que eran rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En caso de que la persona con discapacidad requiera de una medida de apoyo, podrá valorarse caso por caso el apoyo más conveniente, del mismo modo y manera que se haría con cualquier adulto que lo requiriera. Lo mismo sucede con la prodigalidad como medida autónoma, que también desaparece, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma. Esta reforma tan profunda ha obligado a un notable número de modificaciones legislativas tanto en el Código Civil como en otras leyes de indudable importancia, como la LEC, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley del Notariado, Ley Hipotecaria, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, Ley del Registro Civil, Código de Comercio.

En estas líneas nos centraremos en las novedades que se han incorporado en el art. 822 CC, relativo al derecho de habitación para el caso de que exista, al fallecimiento del causante, algún legitimario con discapacidad[11], cuestión novedosa

10 En los arts. 295 a 298 CC se regula la figura del defensor judicial de la persona con discapacidad; mientras que el defensor judicial del menor de edad se configura en los arts. 235 y 236 (este artículo permite la aplicación de las normas del defensor judicial de la persona con discapacidad al defensor judicial del menor). Esta distinción de la figura del defensor judicial en sede de menores y en sede de persona con discapacidad también es novedosa. Nos parece acertada la distinción para especificar las diferentes figuras que se aplican a cada sujeto. *Vid.* Donado Vara, A.: "Requerimiento y medidas de control del defensor judicial", en *Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. por S. Calaza López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 567-582.

11 En este sentido, *vid.*, por todos, Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed., pp. 133 y ss., y la bibliografía allí mencionada.

que incorporó la Ley 41/2003, y que ahora cumple veinte años. Así mismo analizaremos las modificaciones que ha sufrido con la Ley 8/2021, tal y como expondremos a continuación. Aunque ya adelantamos que las modificaciones podían haber sido más amplias, debido a que veinte años después y a la vista de toda la problemática que plantea el supuesto, podría haber sido más generosa, atenta y precisa la reforma de 2021, para proteger de verdad a los familiares con discapacidad merecedores de este amparo.

II. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE HABITACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: CARÁCTERÍSTICAS Y FINALIDAD.

El Código Civil regula en varios ámbitos el derecho de habitación[12].En primer lugar, habrá que estar al título constitutivo que establezca los derechos de uso y de habitación para analizar los derechos y obligaciones concretos que allí se mencionen y, en su defecto, por lo regulado en los arts. 523 a 529 CC, artículos dedicados al derecho de uso y de habitación. Ahora bien, hay una remisión a la regulación del derecho de usufructo, siempre que no se oponga a lo ordenado por los precitados preceptos. Como se ve, son pocos los artículos existentes sobre este particular derecho real de goce.

Por tanto y, en primer lugar, habrá que acudir al título constitutivo de esos derechos, y en su defecto, a estos artículos donde se establece en concreto, que los derechos de uso y de habitación no se pueden arrendar ni traspasar por ninguna clase de título, tal y como señala el art. 525 CC. Existen algunas diferencias destacables entre ambos derechos: por un lado, el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta aumente; mientras que la habitación da a quien tiene este derecho (el habitacionista) la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia[13], según diferencia el 524 CC. Eso sí, en caso de que el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o si el habitacionista ocupara toda la casa, está obligado a los gastos del cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones como el usufructuario. Sn embargo,

12 *Vid.* nuestro trabajo anterior en esta línea de investigación, Donado Vara, A.: "El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual", *RCDI*, 2018, núm. 767, pp. 1557-1582.

13 En Sentencias como la SAP Barcelona 17 septiembre 2003 (Roj: SAP B 4750/2003), se estableció el alcance del derecho de habitación, para el caso de que la vivienda no fuera susceptible por sus características o distribución de división y de aprovechamiento independiente, por disponer únicamente de una cocina, de un baño y de un salón, y concretamente la extensión de las "piezas necesarias", "las restantes, que no son precisas para cubrir las necesidades primarias, no tengan que ser ocupadas por el habitacionista, de todo cual se deriva que éstas últimas sí puedan serlo por quien es su propietario, que es el que, en su caso, tiene la propiedad y disposición de las mismas... Por tanto, y si ese derecho puede alcanzar a algunas dependencias y el propietario puede utilizar las restantes, tenemos que concluir que la utilización exclusiva y excluyente alcanza a aquellas que cubran las necesidades del habitacionista y sean susceptibles de uso independiente y privativo, produciéndose con respecto a las demás que también sean necesarias, como el baño y la cocina, una utilización común o compartida".

en el caso de un uso y disfrute parcial, esto es, si solo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, se aclara que no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Eso sí, también subraya que si no fueren bastantes, el habitacionista o el usuario suplirán lo que faltare (*vid.* art. 527 CC).

Cualquiera de estos dos derechos se extinguirá, además de por las causas que el usufructo[14], por el abuso grave de la cosa y de la habitación.

Aparte de esta regulación general del derecho de habitación, el legislador reconoce que el derecho de habitación puede establecerse o aplicarse en otras situaciones o supuestos. Y así, en sede de sucesiones se regula un particular tipo de legado, y es la posibilidad que tiene el testador de establecer un legado de cosa gravada con un derecho de uso o de habitación, debiendo respetar el legatario esos derechos hasta su extinción (*vid.* art. 868 CC). También en sede de sociedad de gananciales y, en concreto, en los arts. 1406 y 1407 CC, se reconoce un derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge supérstite que tendrá en el momento de la disolución y liquidación de este régimen económico-matrimonial, para decidir que se añada y se incluya con preferencia en su haber, entre otros bienes, pero en especial para el caso de fallecimiento de su cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual (1406. 4º CC). Eso sí, aclara el siguiente artículo, que para este caso -el de la vivienda habitual-, podrá el cónyuge sobreviviente pedir a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o de habitación. Pero si el valor de los bienes o el derecho fuera superior al del haber del cónyuge adjudicatario, abonará la diferencia en dinero (art. 1407 CC).Y finalmente, se recoge este novedoso derecho de habitación del art. 822 CC en favor de un legitimario con discapacidad, pudiéndose configurar de manera voluntaria -a través de donación o de legado- o también constituirse e*x lege*, como tendremos ocasión de analizar a continuación.

De los diferentes derechos de habitación que acabamos de mencionar y que son recogidos en nuestro Código Civil, nos centraremos en el regulado en el art. 822 CC. Para conocer el origen de este especial derecho de habitación, hay que remontarse a la Ley 41/2003[15], y en concreto, a su art. 10 donde aparecen los cambios que en materia sucesoria se incorporaron al Código Civil. En este trabajo

14 Las causas son las recogidas en los arts. 513 y ss., desde la muerte del usufructuario; por expirar el plazo por el que se constituyó; o cumplimiento de la condición resolutoria recogida en el título constitutivo; reunión en la misma persona del usufructo y la propiedad; renuncia del usufructuario; pérdida total de la cosa objeto del usufructo; resolución del derecho del constituyente; prescripción…

15 *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, concretamente, p. 40852 a 40856).

prestaremos atención a la reforma introducida por esta norma del año 2003, que altera la enumeración del anterior art. 822 CC, que pasa a ser el actual art. 821[16], y que da una nueva redacción al art. 822[17], con la intención de favorecer a las personas con discapacidad con donaciones o legados voluntarios de un derecho de habitación constituidos en su favor siempre que fueran legitimarios del causante o del donante y que convivieran con él en el momento de su fallecimiento.

Recientemente, este especial derecho de habitación del art. 822[18] ha sido reformado con la Ley 8/2021. En concreto, los dos primeros párrafos como veremos a continuación, pero se trata más bien de ligeras modificaciones terminológicas y no tanto de fondo o de contenido como habría sido deseable[19]. Existen ciertas cuestiones y dudas que plantea este artículo y no han sido aclaradas ni resueltas con ocasión de esta modificación reciente, por lo que se sigue planteando el debate doctrinal.

A modo de ejemplo: el beneficiario es una persona con discapacidad, y tal y como expresamente se recoge para este caso, será necesario el certificado que reconozca el grado de discapacidad. Pero nos preguntamos: ¿no valdría con una medida de apoyo voluntaria también? ¿Qué pasaría si hay un guardador de hecho y no se solicitó el certificado de discapacidad? Además, es requisito que el beneficiario sea un legitimario efectivo. Quizás habría sido oportuno que la norma mencionara "hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con

16 Art. 821 CC, nueva redacción: "Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.- El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.- Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados".

17 Art. 822 CC, redacción dada con la Ley 41/2003: "La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.- Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación".

18 Art. 822 CC, redacción actual, tras la modificación con la Ley 8/2021: "La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de *un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad*, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.- Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al *legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior*, que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación". (El subrayado es nuestro y son las únicas modificaciones introducidas por la Ley 8/2021).

19 En este mismo sentido se pronuncia Botello Hermosa, P.: *de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Aranzadi, 2021, pp. 171 y ss.

discapacidad". Porque nos preguntamos ¿qué sucede si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario al tiempo del fallecimiento del causante? Si estos familiares tuvieren discapacidad y también convivieren con el causante, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el mantenerles residiendo en la vivienda donde hasta entonces vivían, a través de esta figura especial, no se cumpliría del todo con respecto a estos familiares. Otra cuestión: se regula la posibilidad de constituir un legado establecido por ministerio legal o también conocido como "legado legal". En este caso, el legislador sí concreta que se dé en el beneficiario una situación de necesidad, pero tal vez habría que haber añadido esta referencia expresa en la modalidad de constitución voluntaria del derecho de habitación. Otra cuestión: ¿qué ocurre si la vivienda familiar es un bien ganancial y no se adjudica al cónyuge premuerto -causante o donante- sino al cónyuge supérstite? En ese caso, ¿qué pasa con el legado o la donación que produce su efecto tras la muerte del donante odel causante? ¿se adjudicará el valor? Otro interrogante que se nos plantea: se establece que la vivienda sobre la que recae este especial derecho de habitación sea la vivienda habitual en la que convivieran causante-donante y beneficiario, ahora bien, no se establece un plazo mínimo, solo establece la necesaria convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento. ¿Qué sucede si el beneficiario está parte del tiempo en esa vivienda familiar y parte del año en otra residencia, o en una residencia especializada donde le prestan unos cuidados específicos o en un hospital? Y ¿si el causante tuviera otras viviendas más accesibles u otras inmuebles que pudieran acondicionarse para constituir en ellos el especial derecho de habitación? En este caso si estuvieran de acuerdo el resto de coherederos, o así lo hubiera dispuesto el causante, ¿qué sucedería? Tampoco lo aclara la norma. Todos estos interrogantes y que a modo de *spoiler* he avanzado, la norma no los recoge y siguen siendo debatidos por la doctrina. No hay que olvidar dos cuestiones importantes: por un lado, el espíritu de la norma, que es la protección de la persona con discapacidad y, por otro, los posibles intereses contrapuestos de los coherederos que ven cómo sus legítimas son mermadas con el gravamen del derecho de habitación sobre la vivienda familiar, afectando por tanto al principio de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima.

Este derecho de habitación[20] atribuido al beneficiario hasta el final de sus días, al ser personalísimo, será, por tanto, intransmisible[21]. También se regula otra

20 En la SAP Burgos 11 marzo 2005 (Roj: SAP BU 242/2005), se recogió que el derecho de habitación establecido en la Ley 41/2003 sobre la vivienda habitual a favor del legitimario con discapacidad, al no estar vigente en el momento del fallecimiento de los padres de los litigantes, no podrá ser aplicado al supuesto de autos, porque de lo contrario se vulneraría el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, recogido en los arts. 2.3 CC y 9.3 de la Constitución Española. La sucesión, en definitiva, se regirá por la normativa vigente en el momento del fallecimiento del causante, como lo declara el Código Civil en el art. 9.8 en sede de las normas de Derecho Internacional Privado.

21 Seguimos en este punto la teoría generalizada de la doctrina, muy especialmente, *vid.* Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. IV, *Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 202210ª ed., p.190.

posibilidad novedosa que permite atribuir un legado de origen legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde conviviera el beneficiario con el causante al fallecer éste, en defecto de previsión explícita en contra por parte del causante. El legislador considera que hay que proteger a la persona con discapacidad al ser acreedora de una especial protección, por lo que, a pesar de que el testador o el donante no lo hubiera establecido por el motivo que fuera, el legislador se convierte en garante de sus intereses, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces residía con su familiar fallecido.

No obstante, debemos recordar que esto no impide que pueda haber varias personas conviviendo bajo ese mismo techo en el momento del fallecimiento del causante, por ejemplo, es posible que convivieran juntos otros descendientes o ascendientes (con discapacidad o no) del causante, o también que residiera allí el cónyuge viudo. En este caso, todos ellos podrán continuar residiendo en esa vivienda ostentando distintos títulos, por ejemplo, como titulares de un derecho de propiedad -aunque gravado con el derecho de habitación-, o bien con un derecho de nuda propiedad los hijos y el derecho de usufructo el cónyuge supérstite aunque, por ejemplo, con esa carga del derecho de habitación en favor, según recoge el art. 822[22] de un legitimario con discapacidad[23]. Como vemos pueden ser diversas situaciones de convivencia que pueden darse y que analizaremos más adelante.

III. ¿CÓMO SE ATRIBUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL DEL 822 DEL CÓDIGO CIVIL?

El derecho de habitación especial regulado en el art. 822 CC se puede establecer a través de dos vías, ambas de manera gratuita. Por un lado, a través de una atribución voluntaria, que podrá hacerse por actos inter vivos como la

22 Valora positivamente este derecho Mingorance Gosálvez, al entender que "se procura al hijo o descendiente con estas circunstancias un techo de por vida; al ser intransmisible este derecho los padres se aseguran plenamente que dicho derecho sólo va a servir al fin para el que se constituyó; se soluciona con este derecho, al tener carácter vitalicio, la sucesión mortis causa de los bienes del discapacitado cuando no tuviera capacidad para hacer testamento, y por línea indirecta, se puede favorecer al discapacitado atribuyendo la propiedad de la vivienda habitual, caso de tener más bienes con que pagar la legítima a los otros legitimarios, a otro hijo con la condición de cuidar al discapacitado que además tendrá el derecho de habitación sobre las piezas que le sean necesarias de dicha vivienda" (Mingorance Gosálvez, C.: "Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español", *RCDI*, 2010, 722, noviembre-diciembre, p. 2554).

23 Para Flores González esta Ley presenta un doble objetivo. Por una parte, garantizar la permanencia del descendiente con discapacidad en la vivienda donde habitaba anteriormente con sus progenitores, de ahí su intransmisibilidad, y por otra, que esta garantía sea lo menos gravosa posible, al no entrar en el cómputo de las legítimas (*vid.* "El nuevo art. 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", *RJN*, 2005, abril-junio, p. 43 y 44). Sobre este derecho de habitación, *vid.* también Ragel Sánchez, L. F.: "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J. M.González Porras y F.Méndez González), Bosch, 2005, pp. 4017-4032.

donación, o actos mortis causa como el legado; y, por otro lado, se puede constituir a través de una atribución legal, por ministerio de la ley, de manera excepcional, y es lo que se conoce como "legado legal".

1. Atribución voluntaria: donación y legado.

El derecho de habitación en beneficio de un legitimario con discapacidad se podrá atribuir por dos vías distintas, a título gratuito. En concreto dependerá de si se realizan inter vivos, como la donación, o bien, mortis causa, como el legado.

La especialidad o beneficio que comporta este legado o donación de derecho de habitación del art. 822 CC, únicamente existirá si concurre en el legitimario una causa de discapacidad. Este trato de favor se configura (igualmente ante la ausencia de declaración en contrario por parte del causante) ante la presunción *iuris tantum* por parte del legislador de que el causante querría beneficiar a su familiar legitimario con discapacidad por lo que podrá ser rebatida si expresamente el causante dispusiera su exclusión[24].

En relación con la donación, el trato de favor referido a este derecho de habitación estaría en que su valor no se compute para calcular la cuota legitimaria del beneficiario. En concreto: que el valor del derecho de habitación no se sume al valor de los bienes existentes al tiempo del fallecer el donante, como disponen los arts. 818 y 819 CC. Para el cálculo de las legítimas se estará al valor de los bienes existentes que quedaren al fallecer el testador, deduciendo las deudas y las cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Se agregará al valor líquido de los bienes hereditarios el de las donaciones colacionables. Señala el art. 819 que las donaciones hechas a los hijos, si no tienen el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima[25]. Por lo tanto, para que los derechos legitimarios de los herederos forzosos no sean frustrados, habrá que sumar (reunión ficticia) el valor de las liberalidades realizadas en vida por el fallecido al valor de los bienes existentes en el momento del fallecimiento. Este montante (caudal hereditario) posteriormente se dividirá entre el número de legitimarios con derecho a la cuota legitimaria, dando como resultado la cuota legitimaria individual de cada heredero forzoso.

En suma: con el nuevo art. 822 se impide que el valor de la donación o del legado del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad sea computado para el cálculo de las legítimas individuales, también deberá excluirse

24 Así lo considera Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 4, 2ª quincena de febrero.

25 En cuanto a los bienes colacionables, dispone el art. 1035 CC, que "el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición".

de cualquier otra operación orientada al cálculo de la legítima, como la colación[26]. Por tanto, y en definitiva, como sintetiza Botello Hermosa "el legislador, bien sea mediante legado o donación, lo que pretende es que el derecho de habitación concedido a la persona con discapacidad no se reduzca para calcular las legítimas ni tampoco se colacione en el caso de existir otros legitimarios, o lo que es lo mismo, que dicho derecho quede fuera de las reglas de la legítima, por lo que el beneficiado, por una parte, disfrutará de dicho derecho de habitación, y, por otra, le corresponderá la misma porción de legítima estricta que al resto de colegitimarios, pudiendo ser independientemente beneficiado con el tercio de mejor y el de libre disposición"[27].

La donación, según dispone el art. 618 de nuestro CC, es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra. Como es sabido, el momento de perfección de la donación se produce desde que el donante o benefactor tiene conocimiento de la aceptación por parte del donatario. Por lo cual, al ser la donación una transmisión voluntaria de un bien o derecho en favor de alguien, donatario, sin recibir ninguna contraprestación, se requiere de la aceptación del donatario para su perfección, esto hará que a pesar de que el Código Civil la califique como "acto", tenga un carácter contractual, por existir un acuerdo de voluntades[28].

En cuanto a los sujetos que pueden ser donantes, señala el Código Civil que podrán hacer donaciones todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes; mientras que para aceptar bastará que no estén incapacitados para ello. En el caso de este especial derecho de habitación, deberá ser un legitimario con discapacidad que conviva con el benefactor[29].

Por lo que se refiere a la forma de la donación revestirá la forma verbal, seguida de la entrega, o por escrito si no concurre, si es de un bien mueble; mientras que si el objeto donado es un bien inmueble deberá hacerse en escritura pública, expresando en ella los bienes donados así como el valor de las cargas (arts. 632 y 633 CC).

Pues bien, y por lo que se refiere a la redacción del art. 822 CC, algunos autores se han planteado si en este precepto se está refiriendo a las donaciones *inter vivos* de un derecho de habitación, de naturaleza vitalicia y con efectos en vida del donante, o si por el contrario, también se admiten las donaciones *mortis*

26 En este sentido también se pronuncia de manera acertada y seguimos a García Herrera, V.: *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 78.

27 Botello Hermosa, P.: *El derecho real de habitación*, cit., p. 154.

28 Lasarte Álvarez además de resaltar su carácter contractual, establece que los efectos reales de la donación se producen desde el momento de la perfección (con la aceptación del donatario) (*vid. Principios de Derecho Civil*, vol. 3, *Contratos*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 9ª ed., p. 193).

29 *Vid.* arts. 624 y 625 CC.

causa (las donaciones que producen sus efectos con la muerte del donante, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se rigen por las reglas para la sucesión testamentaria, según señala el art. 620 CC).

La diferencia entre ambos tipos de donaciones se produce en relación con el momento de su efectividad, en vida o tras la muerte del donante, así como su posible revocación, las donaciones inter vivos son esencialmente irrevocables (a excepción de la supervivencia o superveniencia de hijos, o por ingratitud), mientras que las donaciones mortis causa son esencialmente revocables, como cualquier disposición de última voluntad. Las primeras se formalizan mediante un contrato, mientras que las segundas, por disposición testamentaria. Este tipo de donaciones mortis causa guardaría más similitudes con el legado, ya que ambas figuras tienen una naturaleza parecida que comunican o intercambian; de legado, por el régimen aplicable, y de la donación, por el momento de su otorgamiento.

Para Flores Rodríguez, en el art. 822 CC, únicamente se recoge la donación inter vivos de un derecho real de habitación con unos efectos inmediatos (atribución patrimonial directa) con la ventaja de su exclusión de la legítima. Se excluiría, pues, la donación por causa de muerte, porque si no donación y legado resultarían una "mera y absurda reiteración". Sin embargo, para el mencionado autor, sí sería posible dentro de lo dispuesto por el art. 822 otra opción de donación, la donación entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante, dado que no se desnaturaliza ni desvincula de los elementos objetivos y sustanciales de la donación[30].

Seguramente este tipo de donación o legado de derecho de habitación del 822 CC constituirá en muchos supuestos título jurídico para regularizar la convivencia anterior, o también en el caso del legado para garantizar que continúe el legitimario conviviendo después del fallecimiento del causante. Por ejemplo, con una donación a un donatario sin condición de discapacidad o que no es legitimario del donante, lo que interesa es que sí lo sean al fallecer el causante para beneficiarse del 822 CC. De lo contrario, si al realizar la donación el donatario era un legitimario con discapacidad pero al fallecer el donante no lo era, esa donación quedará sometida al régimen general, y no al especial y beneficioso del 822CC. Por lo que si no se aplica el régimen especial del 822 CC, por no cumplir los requisitos del precepto, la donación o legado de un derecho de habitación constituido en favor de cualquier legitimario o de tercero, el principio de intangibilidad de la legítima se aplicará, por lo que se producirá la imputación de la donación a la legítima del donatario; siendo también posible la reducción del legado si fuera excesivo.

30 *Vid.* Flores Rodríguez, J.: "El nuevo artículo 822", cit. *RJN*, 2005, abril-junio, p. 51.

Por otra parte, en relación con el legado de derecho de habitación, igualmente será necesaria su concesión a un legitimario con discapacidad. El legado[31], o disposición a causa de muerte a título singular, se hará en testamento. En cuanto al testador, deberá tener la capacidad testamentaria establecida en los arts. 662 a 666 CC: no ser menor de catorce años, y poder conformar y expresar su voluntad aun con ayuda de medios y apoyos para ello, tal y como se establece actualmente tras las modificaciones incluidas con la Ley 8/2021. Por su parte, el legatario, deberá ser un legitimario con discapacidad que conviviera con el causante al fallecer éste, y deberá ser capaz para suceder[32].

Al ser la persona beneficiada con el derecho de habitación también un heredero, legitimario del causante, estaremos ante la figura del prelegado, recogida en el art. 890 CC[33]. En este caso, como en cualquier atribución testamentaria a título particular existen tres sujetos distintos: el testador que ordena la atribución; el legatario, o sujeto beneficiado, y el gravado que deberá soportar la carga ordenada por el testador. Y en el caso del art. 822 aparecen los mismos sujetos. Los legados serán soportados por todos los herederos de un modo proporcional, a no ser que el testador señale otra cosa, en cuyo caso únicamente uno de los herederos debería soportar el derecho de habitación sobre una vivienda que se le ha atribuido de manera individual.

El legado se adquiere desde el momento del fallecimiento del otorgante del legado, por lo cual no será necesaria su aceptación; con todo sí será necesaria su entrega y posesión a los herederos (art. 885 CC). Sin embargo, el novedoso art. 822 CC establece que el legitimario con discapacidad para verse beneficiado con este derecho de habitación deberá convivir en la vivienda objeto del derecho de

31 Dar una definición exacta y completa de legado es una tarea de lo más difícil, dada las múltiples formas o variedades en que puede hacerse un legado. De ahí que se haya dicho que es una sucesión a título particular (aunque el legatario no tiene la cualidad de heredero o sucesor, porque sucede a título singular, sin tener los efectos de la institución de heredero), por otra parte, también se ha dicho que vistos otros tipos de legados, el legatario es una persona favorecida por una disposición particular, en bienes del testador, sin tener la cualidad de heredero. Sin embargo, esta definición también chocaría con otros tipos de legados en los que no se produce un verdadero enriquecimiento económico, por tener más bien el legado un valor afectivo, pudiéndosele someter a una carga que cubra la totalidad del beneficio (así lo permitiría el art. 858 CC. Por ello, nosotros seguimos la definición proporcionada por el Prof. Lasarte Álvarez, que ante la dificultad de dar un concepto unitario, ha señalado que el legado consiste "en una atribución jurídico-patrimonial que el causante, de forma directa y singular, realiza en el testamento en favor de cualquier persona" (*Principios de Derecho Civil*, vol. 7, *Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed., p. 122).

32 Arts. 744 y ss. CC, en especial, todos tendrán capacidad para suceder salvo los incapacitados por la ley. Se atenderá al momento del fallecimiento del causante para establecer la capacidad del legatario. Así no podrán disponer en beneficio del Notario autorizante de su testamento; sacerdote que le confesó en última enfermedad; tutor o curador representativo del testador (salvo que se hiciera después de la extinción de la tutela o de la curatela), entre otros, además, son incapaces de suceder por causa de indignidad: padres que abandonan, prostituyen..., el condenado por atentar contra la vida del testador o su familia; el que le acusó de delito; heredero que conoció la muerte violenta del testador; el que ejerció violencia, amenazas para hacer testamento...

33 Art. 890.2 CC: "El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla". Igualmente, en el art. 821 se establece la posibilidad del prelegado al establecer: "El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde por legítima".

habitación al fallecer el testador. Por tanto, según parece el beneficiario ya poseía, disfrutaba del bien inmueble, porque convivía con el causante en la vivienda. El legatario deberá solicitar la posesión y la entrega del bien legado. En el caso de que el legitimario con discapacidad sea el único sucesor, parece que no existirá ningún problema, dado que adquirirá la posesión directamente del causante o por sí; ahora bien, si hubiera más herederos, deberá solicitarles a éstos la entrega del bien para poseerlo correctamente.

En cuanto a este segundo modo de atribución del derecho, el legado puede realizarse, como lo será en la generalidad de los supuestos, de una manera voluntaria por parte del testador, pero también introduce la Ley 41/2003 una nueva modalidad de adjudicación, el conocido como "legado legal", para el supuesto de necesidad por parte del legitimario con discapacidad sin que lo haya dispuesto el testador por el motivo que sea, como veremos a continuación.

En definitiva: en este supuesto especial redactado conforme al nuevo art. 822 CC, el legitimario con discapacidad ya estaba disfrutando del bien inmueble al fallecer el testador, por lo cual, parecería que la titularidad la adquirió ininterrumpidamente desde el fallecimiento del testador. Por ello, podríamos considerar que la formalidad de la entrega y posesión requerida en el art. 885, anteriormente señalado, no sería aplicable a este supuesto, por parecer dilatoria e innecesaria. Si acaso la necesaria entrega vendría requerida para hacer constar éste, o cualquier otro derecho real limitador de la propiedad en el Registro de la Propiedad, y así producir efectos contra terceros, siendo necesaria la escritura pública con la entrega por parte de la persona facultada y tras la partición hereditaria. Sin embargo, es posible la inscripción sin entrega por parte del heredero o albacea, si el legatario está facultado para tomar la posesión del derecho, así como en los supuestos de prelegado (al resultar imposible la autoentrega, por recaer en una misma persona la cualidad de heredero y legatario), como bien señala Flores Rodríguez[34]. En síntesis, para este autor, en el prelegado (situación recogida en el art. 822 CC), no es necesaria la entrega como requisito imprescindible previo a la inscripción a favor del legitimario legatario del derecho de habitación, dado que ya convivía, ya poseía el derecho de habitación legado, esto eximiría la petición, siendo suficiente la formalización de su aceptación. Se trata por tanto de una excepción al principio de petición de la posesión al heredero o albacea[35].

Otro aspecto realmente importante es el relativo a la titularidad del bien inmueble. Si el causante o donante es titular de la vivienda con poder de disposición sobre ella, con un derecho que no se extingue al fallecer, por ejemplo,

34 *Vid.* Flores Rodríguez, J.: "El nuevo artículo 822", cit., p. 67.

35 Así lo dispone Noguera Nebot, al establecer que el supuesto previsto en el art. 822.1 es una excepción al principio de que el legatario debe pedir la posesión al heredero o albacea ("El legado de derecho de habitación regulado en el art. 822 del Código Civil", *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, p. 484).

ya sea propietario de la vivienda, o copropietario y el matrimonio hiciera una atribución conjunta de un derecho de habitación en beneficio de un legitimario con discapacidad, tampoco parecería problemático. Habrá que estar al carácter ganancial o privativo de la vivienda que el testador o donante atribuye en beneficio de este legitimario con discapacidad. En el caso de que el bien inmueble sea privativo, no existirá ningún problema en cuanto a la eficacia de la atribución realizada por parte del titular del bien inmueble. Sin embargo, la situación se complica en el caso de un legado de habitación sobre la vivienda habitual ganancial, dado que el legado produce sus efectos si finalmente el bien sobre el que recae el legado, la vivienda, es adjudicado a la herencia del testador. Si finalmente no se le adjudicara el bien al testador, se legaría el valor del legado al tiempo del fallecimiento del testador. El valor de la atribución no podrá sobrepasar la cuota que finalmente le corresponda al otorgante tras la liquidación de la sociedad de gananciales. En el caso de que finalmente la vivienda se adjudicara al haber del cónyuge sobreviviente (y no al del cónyuge premuerto testador), al haber optado preferentemente por un derecho de propiedad o por un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según le permiten los arts. 1406 y 1407 CC, el legatario del derecho de habitación se verá compensado con su valor económico. No hay que olvidar, de todas formas, que cualquier problema podrá resolverse por un pacto entre los cónyuges en beneficio del legitimario con discapacidad. De lo contrario, habrá que aplicar lo dispuesto en el art. CC[36]. En este caso, al legitimario con discapacidad se le entregaría el valor del derecho de habitación, perdiendo el legado del derecho de habitación. Esta situación dejaría al legitimario con discapacidad fuera del hogar donde hasta entonces residía, sobre todo en el caso de que el cónyuge sobreviviente no fuera su progenitor. Además, se podrá decir que entregándole el valor del legado se iría contra la finalidad del 822 CC que, como se ha dicho, es asegurar a esta persona una vivienda digna pero, especialmente, ahorrarle los trastornos -emocionales y económicos- que el abandono de la vivienda en la que venía conviviendo con el causante le ocasionarían. En este caso, la convivencia entre varios derechos de habitación sería la solución deseable, siempre, claro está, de una forma pacífica.

2. Derecho de habitación de origen legal.

Otra forma de atribución del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad recogida en el art. 822, es el derecho de habitación de origen legal o por ministerio de la ley, también conocido como "legado legal". Como bien sabemos, el legado en cuanto atribución hereditaria a título particular se fundamenta en la voluntad del testador que voluntariamente dispone o establece un legado en beneficio de alguien. Por lo cual, cualquier atribución de bienes

36 Art. 1380 CC: "La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento".

o derechos o "legados legales" que no tengan un origen en la voluntad del disponente, sino por ministerio legal, no serían legados propiamente dichos, al ir en contra de la naturaleza de la institución[37].

Este tipo de legados, los legales, se asimilan a la sucesión ordenada por la ley a título particular, como lo es la cuota de usufructo del cónyuge viudo, en definitiva, se acerca más a una atribución sucesoria ordenada por la ley de carácter singular, pero no dispuesta por la voluntad del testador. En este art. 822 CC el legislador pretende suplir la posible voluntad del causante al beneficiar al legitimario con discapacidad con este derecho de habitación, cuando esta persona desfavorecida tenga necesidad de vivir en la vivienda donde residía con el causante, siempre, claro está, que el "testador no hubiera dispuesto otra cosa y no lo hubiera excluido expresamente" en su testamento. Parecería por tanto que solo se aplica este derecho de habitación legal a la sucesión testada del causante, o cuando hay testamento, ya que el 822 dice "el testador…". Estamos de acuerdo con Botello Hermosa[38] que esta es otra de las imprecisiones técnico-jurídicas que el legislador de 2003 podría haber evitado con una redacción del precepto más precisa y extensa, que no dejase lugar a dudas en que este derecho de habitación por ministerio de la ley se aplica tanto a la sucesión testada cuando el testador no dispuso otra cosa ni lo excluyó expresamente, pero también en la sucesión intestada en los que el causante falleciere sin hacer testamento. El legislador de la Ley 8/2021 también ha perdido la oportunidad de aclarar y de corregir esta imprecisión que acabamos de apuntar relativa a la aplicación de la figura también a la sucesión intestada.

Esta protección que se le dispensa al legitimario con discapacidad a través de este legado de origen legal se trataría de una presunción iuris tantum de que ésta sería la voluntad del causante en este supuesto, sería, por tanto, lo que habría querido y deseado para su familiar con discapacidad. Por lo cual, en teoría, parece que para que surja este derecho de habitación legal es necesaria la existencia de un testamento por parte del causante que guarde silencio sobre

37 En la SAP Burgos 11 marzo 2005 (Roj: SAP BU 242/2005) se resuelve la solicitud de la constitución de un legado de origen legal por parte de la demandante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplica la Ley 41/2003 y lo concede, por lo que los demandados recurren, siendo finalmente revocada esta sentencia en apelación. Los padres fallecieron en 1994 y 1998 cuando todavía no estaba en vigor la norma. La Audiencia desataca que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante y que no se puede aplicar la irretroactividad de las normas en base a los arts. 2.3 CC y 9.3CE, por lo que no ha lugar al legado legal pretendido por la demandante. Otro supuesto en el que también se solicita la constitución de un legado de origine legal y también es denegado judicialmente dado que este derecho nace cuando fallece el causante, no con posterioridad. El padre fallece en 2002, constituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos (herederos) y la viuda separada. Esta pretende la división de la cosa común. Los hijos solicitan que se constituya un "legado legal", ya que consideran que nace desde este momento. La SAP Murcia 9 octubre 2007 (Roj: SAP MU 2215/2007) desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar que el derecho se origina en el momento del fallecimiento del testador; y por lo tanto, no habrá una atribución del derecho sucesorio que no le corresponde con la delación o llamamiento a la herencia –fallecimiento del causante-.

38 *Vid.* Botello Hermosa, P.: *El derecho real de habitación,* cit., p. 65.

este legado de habitación, donde no se recoja, pero sobre todo que no se excluya expresamente su constitución. En principio, pues, este legado se daría en la sucesión testamentaria. Sin embargo, consideramos que también habría que aplicarlo a los supuestos de la sucesión intestada, aunque parecería paradójico que no existiendo testamento, pudiera existir un "legado", este legado de origen legal o "legado legal" regulado en el art. 822 CC. Pero es que si el fundamento de la figura es la situación de necesidad en el legitimario con discapacidad, esta también podría darse en una sucesión intestada cuando por el motivo que fuera su familiar premuerto no otorgó testamento incluyendo el legado del derecho de habitación del 822 CC, a pesar de darse la situación de necesidad en el legitimario con discapacidad. En caso contrario consideramos que el posible legitimario con discapacidad a pesar de su posible necesidad habitacional quedaría desprotegido, y tal vez dependiente de la buena voluntad de sus posibles coherederos en caso de haberlos, que le permitieran seguir residiendo allí, pero entendemos que su derecho de habitación o la posibilidad de seguir residiendo allí, no se vería beneficiado por la particularidad del 822 CC, salvo, volvemos a la misma idea, que los coherederos así lo convinieran.

La anterior observación que puede ser cuanto menos chocante, no lo es si se tiene en cuenta que no se trata realmente de un legado en su sentido más técnico y preciso, al establecerse por disposición legal, y no por la voluntad del testador. Entendemos que debe hacerse extensivo a las situaciones de necesidad en las que se encuentre un legitimario con discapacidad, a pesar de que no haya un testamento del causante y titular de la vivienda habitual, ya que se trata de beneficiar y proteger a un legitimario que necesita seguir habitando en la morada donde hasta entonces residía, y sus derechos legitimarios son iguales tanto en la sucesión testada como en la intestada y, porque, en definitiva, se trata de una atribución patrimonial a título singular establecida por la ley para el caso de que un testamento guarde silencio al respecto, o no se excluya expresamente.

Otro requisito establecido en la norma es que en el beneficiario se dé una situación de necesidad de la vivienda. Ahora bien, este requisito ¿puede aplicarse al otro supuesto de atribución voluntaria y valorar también su "situación de necesidad"? Otra cuestión que se plantea es si hay que valorar que no tenga un alojamiento alternativo o que no tenga recursos económicos, pero ¿se deben valorar otras cuestiones y no solo la "necesidad material" sino también las "necesidades afectivas"?… Además, es posible la convivencia con otros legitimarios que también lo necesiten, pudiéndose establecer otros legados de origen legal por lo que habrá que estudiar caso por caso cada situación concreta. También podría darse el caso de que hubiera otros legitimarios con discapacidad con un legado del derecho de habitación establecido por el testador en el testamento, pero que con posterioridad al otorgamiento del testamento otro legitimario tuviera una

discapacidad y el testador falleciera sin haber añadido o incluido este nuevo legado del derecho de habitación en beneficio de otro legitimario que en ese momento lo necesita por su discapacidad. Por tanto, ¿sería posible la convivencia entre ellos? Creemos que sí, uno tendría un legado de habitación, y al otro legitimario con discapacidad se le podría atribuir un legado de origen legal si tuviera necesidad.

La situación de necesidad requerida por el precepto 822 CC para que se este legado de origen legal la deberán valorar los demás legitimarios, que serán los que soportarán la carga de este derecho de habitación. Situación de necesidad que podrá darse igualmente en otros herederos, y podrán, por tanto, surgir situaciones de convivencia entre varios herederos, ya vista anteriormente.

Podrán por tanto seguir conviviendo en la vivienda varios legitimarios con discapacidad con un legado de habitación de origen legal, en caso de necesidad, pero además, pueden convivir con otros legitimarios con discapacidad con un legado o donación de un derecho de habitación; pero además, puede haber otras personas con un derecho de habitación establecido, no este especial del 822 CC, sino el "normal"; asimismo también puede convivir con el cónyuge supérstite al que se le atribuyeron los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 CC, con un derecho de habitación, en propiedad, nuda propiedad…

Podrán también seguir conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. Podría ser el caso de un hijo menor de edad que conviva en la vivienda con su progenitora, la viuda del causante. O un abuelo que convivía con su hijo, el fallecido, porque no tenía otra vivienda. Diversas pueden ser las situaciones de convivencia que pueden darse en la práctica pero lo importante es que la convivencia entre todos sea pacífica y no haya problemas.

IV. EL HABITACIONISTA: REQUISITOS ESENCIALES.

Como hemos visto, este derecho de habitación es un derecho real limitado en cosa ajena atribuible de forma gratuita a través de dos posibles vías: la donación y el legado. Ahora bien, para el supuesto de necesidad, también se estipula el denominado de manera poco correcta "legado legal" o mejor dicho, legado de origen legal o por ministerio de la ley. El beneficiario tiene que ser un legitimario con discapacidad (aunque tras la modificación de la Ley 8/2021 se ha establecido que sea "un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad") que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento de éste. Se trata de un derecho intransmisible y otros colegitimarios, o incluso el cónyuge supérstite, pueden continuar conviviendo en la vivienda gravada con este derecho de habitación en beneficio del beneficiario con discapacidad.

La novedad que se ha incluido en la regulación de este especial derecho de habitación es más bien un privilegio o la "discriminación positiva" al no "computar" este derecho de habitación para el cálculo de las legítimas. O, dicho de otro modo, el valor del legado no se reducirá para calcular las legítimas, ni tampoco habrá colación en caso de existir otros legitimarios, por tanto, no se computará la cuantía del valor de la donación. En definitiva, el legitimario con discapacidad disfrutará del legado o la donación del derecho de habitación que queda fuera de las legítimas, y además conserva su cuota legitimaria que no se reduce porque tampoco se le imputa en su cuota, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en esta figura. La Ley 41/2003, pretendía apoyar a las personas con discapacidad a través de la incentivación del uso de esta figura, que ya desde sus orígenes romanos tendía a proteger a las personas menos favorecidas, más desvalidas y con menos ingresos económicos, en vez de beneficiarlas con un derecho de propiedad[39].

El *primer requisito* que debe tener el llamado a beneficiarse de este derecho de habitación, esto es, el habitacionista expectante es que debe poseer la condición u ostentar la cualidad de *legitimario del causante o del donante (benefactor) actual o efectivo*, y según el art. 807 CC, lo serán por este orden y con carácter excluyente, los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; en su defecto, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; y el cónyuge viudo, que puede concurrir con cualquiera de los anteriores familiares. Ahora bien, habría sido oportuno haber incluido la compatibilidad del derecho de habitación en favor de los ascendientes con discapacidad que no ostentan la condición de legitimarios efectivos, por existir hijos y descendientes, al excluirse de lege data los que al tiempo del fallecimiento del causante no sean legitimarios efectivos, excluyéndose los que según el 807 podrían denominarse "legitimarios eventuales", tal y como observa acertadamente Calaza López[40]. La situación que creemos estaría en la finalidad y el espíritu del 822 CC. Una situación de convivencia de varios familiares con y sin discapacidad, por ejemplo, hay hijos sin discapacidad, padres con discapacidad que conviven en el momento del fallecimiento del causante, ¿qué sucedería con el padre, ascendiente, que finalmente no es legitimario al existir el hijo que lo es con respecto al titular de la vivienda? Imaginemos que conviven en la vivienda el abuelo con discapacidad y su hijo que fallece. En el caso de que el causante tuviera hijos y descendientes, estos serán, en principio, sus legitimarios excluyendo

39 Robles Reyes considera que la inexistencia de grandes fortunas, como sucedía en Roma, ha supuesto una disminución del número de legados de habitación a sirvientes y amigos, aunque sí se ha incrementado la concesión a personas que por su edad o enfermedad, se desea que sigan residiendo en la morada familiar eso sí, sin derecho de propiedad, para que mantengan un mínimo de calidad de vida y estén bajo la vigilancia familiar [*vid*. "Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución". *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, *Los Derechos reales*, (coord. por A. Torrent Ruiz), Edisofer, Madrid, 2001, p. 737].

40 Tal y como establece Calaza López, A.: "El uso y la habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021", en *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez* (dir. por F. Yáñez Vivero, B. Sáinz Cantero, F. J. Jiménez Muñoz, A. donado vara, P. López Peláez, E. Abad Arenas), Dykinson, Madrid, 2023, tomo II, p. 1109.

por tanto al ascendiente con discapacidad que convivía con el causante. Habría sido deseable que la norma hubiera mencionado como posibles beneficiarios: "hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con discapacidad". Porque nos preguntamos ¿qué ocurre si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario? Si estos familiares tuvieren discapacidad y también convivieren con el causante, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el procurarles una vivienda a través de esta figura especial, no se cumpliría del todo con respecto a estos familiares.

En segundo lugar, el beneficiario de este derecho de habitación debe tener una *discapacidad reconocida*[41], con independencia de si cuenta o no con una medida de apoyo[42]. Conviene no confundirlo con la anterior modificación de la capacidad de obrar, o con la anterior incapacitación judicial. Se trata de una persona que se encuentra en una situación de discapacidad. Ya avanzamos anteriormente la cuestión de qué sucedería con aquellas personas con discapacidad pero que no ha sido reconocida administrativamente, y que por ejemplo tienen un guardador de hecho. ¿O aquellas que tienen una medida de apoyo sin tener el certificado del grado de discapacidad por el motivo que sea? Se podría considerar que la finalidad de la norma permitiría beneficiar a estas personas que *de facto* tienen una medida de apoyo aun sin contar con la certificación del grado de discapacidad, aunque también habrá que tener en cuenta la posición del resto de coherederos que podrían verse perjudicados por posibles abusos que pudieran darse ante situaciones así. ¿Qué sucede con aquellas personas que tienen una discapacidad, que como sabemos no es estática y puede cambiar, por lo que su situación puede mejorar al tiempo del fallecimiento del causante? En este caso, podría mantenerse el legado del derecho de habitación si no perjudica las legítimas de los otros legitimarios, pero el legatario no podrá beneficiarse del beneficio económico de la exclusión del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas del art. 822 CC. Otra cuestión sería la contraria, que al fallecer el testador el legatario no ha alcanzado la situación de discapacidad, pero tiene una tipología de afección degenerativa

41 Actualmente, el reconocimiento del grado de discapacidad se regula en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, por el que se ha derogado la anterior norma en la que se regulada el reconocimiento del grado de discapacidad: RD 1856/2009, 4 dic, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 dic. Esta norma introduce la CIF (Clasificación Internacional de funcionamiento, de la discapacidad y de la salud). Las CCAA con competencias transferidas, serán los órganos técnicos competentes; mientras que aquellas CCAA sin competencias transferidas, lo tramitará el IMSERSO. El recurso judicial de la resolución administrativa se presentará ante el orden social. Esta reciente norma tiene en cuenta los conceptos de discapacidad y persona con discapacidad incorporados a nuestro ordenamiento interno y los establecidos en las normas internacionales.

42 *Vid.* Disposición Adicional Primera "Certificación del tipo de discapacidad", del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, "1. A instancia de la persona interesada, con o sin medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se certificará por la Administración competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita".

que previsiblemente conllevará un empeoramiento de su discapacidad de manera progresiva, por lo que parecería razonable reconocerle el derecho de habitación ya que la finalidad y el espíritu de la norma así lo aconsejan, a pesar de que este legitimario no tenga en el momento del fallecimiento del causante el grado de discapacidad requerido pero padezca una enfermedad degenerativa como podría ser un caso de esclerosis lateral amiotrófica, por ejemplo[43].

Debemos recordar que este derecho de habitación está establecido únicamente en favor de los legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, y que ésta esté en vigor *en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación.* Con la modificación de la Ley 8/2021, y el nuevo sistema de apoyos, a partir de ahora no se modificará la capacidad ni se incapacitará a las personas, sino que se establecerán los posibles apoyos para que estas personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, pero hasta esta modificación se estableció que esta medida solo beneficiara a los legitimarios con discapacidad, pero no a los incapacitados judicialmente, si en ellos no concurría a su vez el grado de discapacidad exigido[44]. En cuanto a la certificación de la discapacidad, se señalaba en la Ley 41/2003 en su art. 2 el grado exigido para poder beneficiarse de estas medidas, que es el que sigue vigente para este art. tal y como ha establecido expresamente la Ley 8/2021, que modifica la Disposición Adicional 4ª del CC. Por lo que la referencia a la discapacidad realizada en los arts. 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041 "se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo a la Ley 39/2006[45], de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida

43 En este sentido seguimos la acertada y precisa observación de Calaza López, A.: "El uso y la habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021", cit., p.1116.

44 *Vid.* Pereña Vicente, M.: "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *AC*, 2004, núm. 15, p. 1761.

45 La clasificación de los grados de dependencia se recoge en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su art. 26. Grados de dependencia.
"1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:
a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal".

a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

En el art. 2 de la Ley 41/2003 se establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad: las afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento; y, por otro lado, las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Al tratarse de un reenvío concreto y específico a los grados de discapacidad recogidos en la Ley 41/2003, habrá que estar a lo allí regulado, tal y como acabamos de ver, por lo que no será de aplicación lo dispuesto de manera más general en el actual Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, modificado recientemente por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que recoge en su art. 4, apartados 1 y 2, quiénes serán personas con discapacidad a los efectos de este cuerpo legal: "1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas.-2. Además de lo establecido en el apartado anterior, a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. El reconocimiento del grado de discapacidad será realizado por el órgano competente conforme a lo establecido reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional". Los apartados 3[46] y 4 de este art. 4 se refieren al reconocimiento del grado de discapacidad.

46 El art. 4.3° del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social recoge: "El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los

Por tanto, y a la vista de lo anterior, el beneficiario deberá ser una persona con una discapacidad certificada, y además podrá ser una persona con grado de dependencia II o III. Una de las cuestiones que nos planteábamos al principio y que tenía que ver con qué sucedería si alguna persona tiene discapacidad -pero no certificada- y una medida de apoyo, por ejemplo, una guarda de hecho, y que conviviera con el causante, si podría beneficiarse o no de este derecho de habitación. Podemos entender que según la literalidad del precepto, y después de la modificación de la Disposición Adicional 4ª del CC con la Ley 8/2021, al referirse el primer apartado expresamente al art. 822, esta persona a pesar de su discapacidad, pero no tenerla certificada, no cumpliría los requisitos para ser beneficiaria de esta figura especial, a pesar del espíritu y finalidad de la figura que pretenderían protegerla. Cuestión ésta que nos parece que tal vez debería repensarse. No olvidemos que el apartado segundo de la Disposición Adicional 4ª habría permitido considerar como discapacidad aquella que hiciera precisa la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (como habría sido la situación de la guarda de hecho del caso hipotético planteado), a pesar de no contar con la certificación. La solución entonces estaría en solicitar el reconocimiento del grado de discapacidad y, en ese caso, dependiendo del grado reconocido, podría ser beneficiaria.

El *tercer requisito*: que el legitimario con discapacidad para beneficiarse de este derecho de habitación privilegiado *debe estar conviviendo* con el donante o testador, titular de la vivienda familiar gravada con el derecho de habitación, *en el momento del fallecimiento de este último*. A falta de esta imprescindible convivencia no será posible la concesión al legitimario con discapacidad de este derecho de habitación. Ahora bien, el único requisito es la convivencia en el momento del fallecimiento, no estableciéndose un plazo mínimo o necesario. Aquí nos planteamos varias dudas: ¿qué sucede si la persona con discapacidad reside parte del año en la vivienda familiar y parte del año en otra vivienda, en una residencia o en un hospital? ¿qué sucedería si el causante tiene otras posibles viviendas, por ejemplo, alguna de ellas más accesible para este beneficiario, o que alguna pudiera acondicionarse y adaptarse, si así lo consideran y consienten los coherederos? El espíritu de la norma es que el beneficiario continue residiendo donde lo venía haciendo, para no cambiarle su situación habitacional tras la muerte del causante. Ahora bien, se podrá considerar que si el beneficiario está de acuerdo, y el resto de coherederos también, incluso podría ser favorable el cambio de residencia. Siempre considerando los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad. Ahora bien, también se podrá objetar que con este posible cambio se desvirtuaría la voluntad del causante, e igual se le podría perjudicar al beneficiario con ese cambio o traslado, ya que este derecho es sobre la vivienda

términos desarrollados reglamentariamente.- La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional".

habitual en la que venía conviviendo y así lo establece expresamente la norma, por lo que no sería posible este cambio. De todas formas, consideramos que si todos estuvieran de acuerdo, y hubiera una vivienda de similares características, y el beneficiario pudiera encontrarse allí bien, se conseguiría la finalidad de la figura que es la protección del beneficiario, por lo que habría que ver casuísticamente si el cambio sería beneficioso o no para esta persona.

Es imprescindible la convivencia previa en la vivienda familiar al fallecer el causante (titular de la vivienda). Dicho esto, no se ha establecido en la norma ningún plazo mínimo requerido, aunque eso sí, y según está redactada la norma, no se aplica a las segundas viviendas. En caso de que el legitimario con discapacidad en el momento del fallecimiento del causante tuviera una necesidad de seguir viviendo en ese domicilio o residencia, será posible que se constituya un legado de origen legal como expresamente recoge nuestro legislador. Ahora bien, consideramos que esta "necesidad" requerida por el legislador para el caso del legado por ministerio de la ley también debería aplicarse y tenerse en cuenta en la donación y en los legados voluntarios, ya que, en definitiva, se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios, que verían mermadas sus cuotas. Por tanto, creemos que si no se valorara esta necesidad real del legitimario con discapacidad no tendría mucho sentido este derecho especial, por ejemplo, en el caso de que el legitimario tuviera otra vivienda adaptada; o si mejorara su situación; o si estuviera en una residencia…Sin embargo, este precepto nada dispone acerca de la situación de necesidad real en caso del apartado primero: de donación o legado constituido por el causante. Habría sido un buen momento que con ocasión de la modificación de la Ley 8/2021, que en el primer apartado del art. 822 CC, relativo a la constitución voluntaria de este derecho a través de la donación o del legado, se hubiera añadido una mención expresa a la situación de necesidad

Por tanto, y a modo de conclusión, este derecho de habitación se establece en beneficio del de un legitimario que tengan reconocida una discapacidad, y que ésta esté en vigor en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación. Con anterioridad a la Ley 8/2021, tampoco podía ser beneficiario un legitimario incapacitado judicialmente si en él no concurría el grado de discapacidad exigido. Actualmente, tras la gran reforma de adaptación a la Convención de Nueva York de 2006 que la Ley 8/2021 ha supuesto en nuestro ordenamiento, al instaurarse un sistema de asistencia, en vez de sustitución, además de unos procedimientos o expedientes de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica[47], en vez del anterior proceso de incapacitación

47 Estamos de acuerdo con los acertados comentarios de la reforma de Calaza López, S.: "Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos 'trajes a medida' procesales para único abrigo sustantivo?", en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio*

judicial o modificación de la capacidad, recordemos que si la persona a pesar de tener una discapacidad y un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica no tiene certificada su discapacidad, tampoco se beneficiaría de este derecho de habitación especial del 822 CC. En cuanto a la certificación de la discapacidad, como ya hemos recogido, la Disposición Adicional 4ª del CC, reenvía a Ley 41/2003, donde se establece en su art. 2 los grados de discapacidad exigidos para poder beneficiarse de estas medidas. Entre ellas están las personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento; y, por otro lado, las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento. La acreditación de estas discapacidades se realizará mediante un certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

V. PARTICULARIDADES DEL ESPECIAL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ART. 822 CC.

Este derecho de habitación faculta al habitacionista a ocupar en una vivienda ajena las piezas necesarias para él y su familia (cónyuge, pareja de hecho, cuidador…), de forma vitalicia, salvo que el título constitutivo dispusiera algo distinto. La forma de constitución de este derecho de habitación -dado que nada se señala al respecto para el derecho de habitación- será, por remisión a lo establecido para el derecho de usufructo (concretamente, al art. 468 CC) por alguna de las siguientes vías: a) por la ley, b) por la voluntad de los particulares, tanto por actos entre vivos como por actos de última voluntad, y c) por prescripción; por este caso excepcional del art. 822 en beneficio de un legitimario con discapacidad, y por el derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual que tiene reconocido cónyuge supérstite en el art. 1407[48] CC.

Este derecho especial de habitación del 822 CC tiene una peculiaridad y es que no computa para el cálculo de las legítimas, por lo que se trata de un derecho intransmisible. Ahora bien, si se constituyera permitiendo su transmisión, se regiría por el sistema ordinario, computaría, por tanto, para el cálculo de las legítimas. La donación se imputaría a la legítima del donatario; y en caso de que fuera un legado de un derecho de habitación, esté podría reducirse si fuera excesivo. El 822 CC reitera lo dispuesto con carácter general en el art. 525 CC, pero consideramos

sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, (coord. por Y. De Lucchi, J. A. Quesada Sánchez, J. M. Ruiz-Rico Ruiz), 2022, pp. 617-644.

48 Art. 1407 del CC: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero". Por su parte el art. 1.406, en sus números 3 y 4, al que hace referencia el precepto anteriormente transcrito, dispone: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:... 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".

que no está de más para destacar la especialidad de este derecho en beneficio del legitimario con discapacidad. En este sentido, se trata de un derecho personalísimo que únicamente beneficia al legitimario con discapacidad, tal y como hemos visto anteriormente.

Este derecho real limitado de habitación[49] faculta al habitacionista a ocupar en una vivienda ajena las piezas necesarias para él y, en su caso, para su familia, de forma vitalicia, a no ser que en el título constitutivo se establezca algo distinto, como puede ser un plazo, una condición…

El título constitutivo del derecho de habitación, al igual que el de los otros derechos reales, será inscribible en el Registro de la Propiedad, según dispone el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria[50]. En dicho título constitutivo se regularán los derechos y obligaciones del habitacionista, así como sus límites; en su defecto se estará a lo dispuesto en los artículos referidos a los derechos de uso y habitación; y si esto tampoco fuera suficiente, deberemos remitirnos supletoriamente a lo dispuesto en el Código Civil para el derecho de usufructo.

Por otra parte, es importante añadir que una nota característica de este derecho de habitación es que no se puede arrendar ni traspasar por ningún título, según dispone el art. 525 CC, de ahí que la Ley Hipotecaria prohíba expresamente la constitución de una hipoteca en los derechos de uso y habitación (art. 108.3 LH), a diferencia de la permisividad existente para hipotecar el derecho de usufructo (art. 107.1 LH). Intrasmisibilidad de este derecho de habitación que reitera de una manera un tanto innecesaria el nuevo art. 822 CC, aunque seguramente lo haga para que no quepa ninguna duda de que se trata de un derecho personalísimo del legitimario con discapacidad, establecido únicamente en su beneficio.

En Cataluña, actualmente en su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, regula en su art. 562-4, Indisponibilidad del derecho: "1. Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios.- 2. La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido por los arts. 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar". Por tanto, en caso de estar de acuerdo el propietario se podría gravar o transmitir el derecho de habitación. Así mismo, es posible la constitución de hipoteca sobre la vivienda con el derecho de uso o habitación, siendo posible la ejecución de la

49 A diferencia del derecho de uso que permite al usuario percibir los frutos de la cosa ajena que le basten para cubrir sus necesidades y de su familia, como dispone el primer apartado del art. 524 CC.

50 Art. 2.2 LH: "En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: ... 2º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales...".

hipoteca si los usuarios o habitacionistas hubieran consentido la constitución de la hipoteca. Con anterioridad a este Código Civil de Cataluña, ya su Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, no lo prohibía expresamente (el art. 36 en su primer apartado señalaba que no podían alienar su derecho, para, a continuación, recoger en su segundo apartado que el habitacionista y el usuario podían consentir el establecimiento de una hipoteca sobre el bien de que se tratara, suponiendo la ejecución de la hipoteca, la extinción del derecho de habitación o de uso). En Navarra, también se regula, como en el Código Civil, un especial derecho de habitación sobre la vivienda habitual de las personas con discapacidad o dependencia (Ley Foral 425 de Navarra) en el que no se permite el arrendamiento de la vivienda al habitacionista; sin embargo, en la regulación del general derecho de habitación -Ley Foral 424- sí se permite que el habitacionista arriende la vivienda total o parcialmente, cesando el arrendamiento al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna.

VI. POSIBLE CONVIVENCIA CON OTROS LEGITIMARIOS O TERCEROS.

Tal y como ya hemos apuntado anteriormente, sería posible que varias personas convivieran en la misma vivienda con un derecho de habitación respectivo, pudiéndose haber constituido cada uno de ellos a través de las distintas vías, antes mencionadas. Y así, por ejemplo, podrá residir un cónyuge viudo cuyo derecho de habitación deriva del derecho de adjudicación preferente del art. 1407 CC, con otros colegitimarios o terceras personas con otros derechos de habitación u otros derechos reales. Pero además en esta posible convivencia podría tratarse del cónyuge viudo y que también fuera legitimario/beneficiario, por lo que tendría preferencia para residir en la vivienda *ex* art. 1407 pero incluso podría beneficiarse del derecho de habitación regulado en el 822 CC, si cumpliera los requisitos establecidos en este precepto, dando como resultado que no fuera computado en su legítima.

Ahora bien, si el beneficiario fuera otro legitimario, el cónyuge viudo continuaría con su derecho de propiedad sobre la vivienda pero gravado con el derecho de habitación del 822; o con otro derecho de habitación que a su vez podría coexistir con el derecho del 822. Imaginemos que hay varios descendientes de ese cónyuge viudo, algunos de los cuales tienen una discapacidad y otros no, pero todos ellos con sus respectivos derechos de habitación, algunos de ellos con un derecho de habitación de este tipo "especial" y otros, con un derecho de habitación del tipo, digámoslo así, "ordinario".

También pudiera darse el caso de que hubiera varios cotitulares del derecho de propiedad gravada con este derecho de habitación; o también que hubiera

hijos con la nuda propiedad y el viudo que ostentara un derecho de usufructo, aunque con esa carga del derecho de habitación a favor de otro legitimario.

O incluso sería posible la siguiente situación de convivencia de cualquier persona con el beneficiario (viudo o cualquier otro) a favor del cual se estableció un legado de habitación durante el tiempo que permaneciera soltero o viudo. La condición absoluta de no contraer matrimonio –primero o ulterior-, no es válida –y se tendrá por no puesta- como sabemos, salvo la impuesta al viudo por su difunto consorte o por los descendientes o ascendientes de éste (*vid.* 793[51] CC). Se puede por tanto establecer un legado de habitación en favor de los descendientes o ascendientes solteros, así como del cónyuge supérstite mientras permanezcan solteros o viudos, por lo que, como vemos podrán darse distintas situaciones de convivencia de varias personas con derecho de habitación en la misma vivienda habitual.

También sería factible la convivencia con otros posibles beneficiarios del derecho de habitación, por ejemplo, podría haber varios colegitimarios en situación de discapacidad que convivían con el causante y que necesitan que se establezca en su beneficio un legado de origen legal.

Ya hemos comentado anteriormente que es posible la convivencia de varias personas con derecho de habitación[52], así por ejemplo el cónyuge supérstite (1.407 del CC) o también otros legitimarios, según dispone el nuevo art. 822 CC, situaciones éstas que Flores Rodríguez califica de "auténtico derecho de cohabitación con perfiles singulares"[53].

Traemos a colación un caso que nos parece interesante y que fue resuelto por la sentencia Audiencia Provincial Baleares 13 marzo 2007[54]. En este caso, la hija y tutora de su madre incapacitada (dueña de la mitad indivisa y usufructuaria de la vivienda) pretendía representando a su madre, el desalojo de la hermana en la vivienda que ocupaba en virtud del legado del derecho de habitación otorgado por su padre en testamento. La hija tutora quería que su madre viviera en la

51 Art. 793 CC: "La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste.- Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo".

52 La posibilidad de convivencia no contradice o desnaturaliza este derecho de habitación. En Cataluña, actualmente no hay una referencia expresa, pero anteriormente se estableció una referencia expresa en la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, art. 45, que ambos, habitacionista y propietario deben ejercer su derecho con corrección para facilitar la relación normal entre ellos y las personas que convivan con ellos. Se introducía, pues, un deber recíproco para ambos de ocupar la vivienda sin detrimento para la pacífica convivencia en la casa (*vid.* Villagrasa Alcaide, C.: "El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación", *La Notaría*, 2002, Julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, p. 32).

53 Flores Rodríguez, J.: "Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario", *RCDI*, 2006, año 82, núm. 693, p. 125.

54 SAP Baleares 13 marzo 2007(Roj: SAP IB 217/2007).

vivienda al ser más accesible pero excluyendo a la hermana. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar válido el legado del derecho de habitación que le permitía ocupar en la vivienda las piezas necesarias. La madre podría, eso sí, solicitar el uso y disfrute de la vivienda respetando el derecho de habitación, sin posibilidad de lanzamiento al ostentar la hermana un título válido.

Otro supuesto de interés es el que resolvió la sentencia Audiencia Provincial Girona 26 septiembre 2012[55]. En este caso, los demandantes pretendían con carácter principal la declaración de nulidad del legado del derecho de habitación establecido por el difunto en favor de la demandada y, con carácter subsidiario, la posibilidad de utilización conjunta de la vivienda entre la demandada y los demandantes-propietarios. La sentencia de Instancia estima esta última pretensión. Sin embargo, la demandada recurre la sentencia de Instancia al no aceptar la cohabitación, desestimando la Audiencia Provincial el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

En otro supuesto recurrido en apelación y resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona 17 septiembre 2003[56], el demandante a favor de quien se había constituido un legado del derecho de habitación pretendía que se extendiera a toda la vivienda su derecho. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima su pretensión y la Audiencia Provincial a su vez desestima el recurso de apelación y confirma la de instancia. Finalmente, se establece que habrá una utilización parcial de la vivienda que cubra las necesidades de la familia. En este caso al vivir sola esta persona, la Audiencia Provincial de Barcelona dispone que podrá usar exclusiva y excluyentemente algunas dependencias (un dormitorio), y otras necesarias como el baño o la cocina, ahora bien, establece que sobre éstas habrá una utilización común con el propietario.

VII. EXTINCIÓN Y GASTOS.

El derecho de habitación se extingue por las causas de extinción del usufructo[57], pero hay que añadir además por abuso grave de la cosa o de la habitación, pérdida

55 SAP Girona 26 septiembre 2012 (Roj: SAP GI 359/2012).

56 SAP Barcelona 17 septiembre 2003 (Roj: SAP B 4750/2003).

57 En el art. 513 de nuestro CC se señala que el usufructo se extingue: "1.º Por muerte del usufructuario.- 2º. Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.- 3º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.- 4º Por la renuncia del usufructuario.- 5º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.- 6º Por la resolución del derecho del constituyente.- 7º Por prescripción". En la derogada Ley 13/2000, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts. 34 y 35) expresamente se mencionaba que si no se especificaba la duración de los derechos de uso o habitación se presumían vitalicios. Igualmente se podían constituir a favor de diversas personas, de manera simultánea o sucesiva (en este caso únicamente podrían ser personas que vivieran al tiempo de la constitución del derecho). Extinguiéndose el derecho al fallecer el último titular. Actualmente, en su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales,

total de la vivienda, cumplimiento de un plazo determinado, la renuncia del derecho, la reunión en la persona con discapacidad de la nuda propiedad y del derecho de habitación, así como cualquier otra causa de extinción prevista en el título constitutivo, incluida la condición resolutoria de que el legitimario con discapacidad mejore su estado de salud. De todas formas, la principal causa de extinción de este derecho es el fallecimiento del habitacionista (aunque tenga hijos o descendientes, a no ser que el título constitutivo dispusiera otra cosa), por tratarse de un derecho vitalicio y personalísimo del beneficiario con discapacidad.

El habitacionista dependiendo de si ocupa o no toda la vivienda así deberá contribuir a los gastos de su mantenimiento. En este sentido, señala el art. 527 CC que si ocupa la totalidad del bien inmueble, deberá sufragar las reparaciones ordinarias de conservación y pagar las contribuciones. Ahora bien, si únicamente habitara parte de la morada, no deberá contribuir en nada, siempre que el propietario tuviera bastantes aprovechamientos como para cubrir los gastos y cargas, de lo contrario, deberá hacerse cargo de la cantidad que falta[58].

VIII. CONCLUSIONES.

Después de analizar los aspectos principales de este especial derecho de habitación, nos surgen varias cuestiones dudosas referidas a su aplicación, y que consideramos que podían haberse resuelto o aclarado con la última modificación con ocasión de la Ley 8/2021.

Las personas beneficiarias serán únicamente los legitimarios con la discapacidad señalada en el art. 2 de la Ley 41/2003. Por tanto, no lo serán otros familiares que no sean legitimarios: hijos y descendientes; padres y ascendientes y cónyuge viudo. Pero no lo serán los hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos, por ejemplo, a pesar de tener una discapacidad reconocida y convivir con el causante. Ni tampoco se verán beneficiados los legitimarios que tienen un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (por ejemplo, una medida voluntaria o una guarda de hecho) pero no tienen el grado de discapacidad reconocido, o tampoco

establece en su art. 562-5-Extinción: "Los derechos de uso y habitación se extinguen por resolución judicial en caso de ejercicio gravemente contrario a la naturaleza del bien, sin perjuicio de lo establecido por el art. 561-8.1". (Dispone el 561-8: "Art. 561-8. Daños a los bienes usufructuados. "1. Los usufructuarios que deterioran los bienes usufructuados responden de los daños causados ante los nudos propietarios, que pueden solicitar a la autoridad judicial que adopte las medidas necesarias para preservar los bienes, incluida su administración judicial").

58 En Cataluña se establecía expresamente en el art. 46 de la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, que los gastos derivados de la vivienda, siempre que el habitacionista haga un uso normal de ésta, serán a cargo del propietario. El habitacionista está expresamente relevado de ellos. A no ser que sean gastos individualizables y provengan de servicios que haya instalado el habitacionista. Actualmente, recoge su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en su art. 562-11. Gastos. "Corren a cargo del que tienen derecho de habitación los gastos de la vivienda que sean individualizables y que deriven de la utilización que hace de la misma, así como los gastos correspondientes a los servicios que haya instalado o contratado".

aquellos legitimarios con un grado de discapacidad inferior al recogido en la Ley 41/2003.Habría sido deseable que la reforma de la Ley 8/2021 hubiera incluido como posibles beneficiarios: "hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con discapacidad". Porque nos preguntamos ¿qué sucede si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario? Si estos familiares tuvieren discapacidad y también convivieran con el causante al fallecer este, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el procurarles una vivienda a través de esta figura especial, no se cumpliría del todo con respecto a estos familiares. Podría establecerse un derecho de habitación a su favor, ahora bien, computaría a efectos de legítima; no sería este especial derecho de habitación.

Adicionalmente, cabe pensar que el hecho de que este especial derecho de habitación del 822 CC no se compute en la cuota legitimaria del legitimario con discapacidad, podría dar lugar a tensiones familiares entre los legitimarios una vez fallezca el causante titular, tensiones y situaciones incómodas en la convivencia que el habitacionista podría sufrir, empezando, quizá, por el abandono o despreocupación de sus hermanos o familiares. Creemos que si convive con el cónyuge supérstite y este es su progenitor, la convivencia suponemos que será -en principio- más pacífica que si no lo fuera.

El estado de necesidad en el legado de origen legal lo deben valorar los demás herederos forzosos, valoración de este estado de necesidad que al no computarle este derecho de habitación en la legítima del legitimario con discapacidad, podrá suponer algunas tensiones o fricciones. Estado éste que posiblemente no será siempre "valorado en su justa medida" por los demás legitimarios.

En el caso de que en una familia existieran varias personas legitimarias con discapacidad, sería oportuno que todas ellas disfrutaran de este derecho de habitación especial, aunque el testador no lo hubiera dispuesto para todas ellas, eso sí, si su estado de necesidad así lo requiriera. Consideramos que el estado de necesidad debería valorarse también en el caso del legado o donación voluntaria del apartado primero del 822 CC, dado que no va a computarse en su legítima. Porque es posible que ese legitimario tenga otros bienes, otros inmuebles, recursos o tal vez, no necesite vivir en esa vivienda, pero pudiera vivir en otra suya, o acondicionar otra para que residiera allí.

La convivencia de varios legitimarios en la vivienda familiar, a veces único bien integrante de la herencia del causante, podrá ocasionar algunas fricciones, sobre todo, cuando otro de los legitimarios que no padecía una discapacidad, por avatares de la vida la sufre posteriormente. ¿Qué sucede ante discapacidades sobrevenidas tras el fallecimiento del causante? Pero en caso de que la discapacidad mejorara, ¿qué sucedería en este caso? ¿O si la situación de necesidad remitiera? Estas cuestiones no las aborda el precepto.

Sería posible que el testador hubiera beneficiado al legitimario con discapacidad conviviente además de a través de un legado de habitación del 822 CC, y de su legítima, que lo hubiera mejorado, y que además le hubiera dado el tercio de libre disposición. Seguramente que en caso de que hubiera otros legitimarios a los que les hubiera dado únicamente su cuota legitimaria estricta, las tensiones en este supuesto serán previsibles.

La preferente adjudicación en el haber del cónyuge sobreviviente de un derecho de propiedad o un derecho de habitación en la vivienda habitual, opción que tiene el cónyuge supérstite, puede ir contra el legado de habitación establecido en favor del legatario con discapacidad, sobre todo cuando no es su descendiente o si existe una enemistad entre ellos. Opción ésta que podrá acabar con las expectativas del legitimario con discapacidad. Consideramos también que en caso de existir diversos bienes inmuebles, que pudiera valorarse la constitución del derecho de habitación en otra vivienda, por ejemplo, si hubiera acuerdo de los herederos, y no solo en la vivienda habitual donde convivía el beneficiario y el causante o testador.

Por tanto, se puede concluir que la configuración de este derecho de habitación no computable en la legítima del beneficiario con discapacidad resulta y nos parece, en términos generales, acertada y positiva. Se trata de una persona que dada su discapacidad le será más difícil acceder al mundo laboral, conseguir un nivel económico aceptable y que resuelva sus necesidades vitales, y sobre todo acceda a una vivienda. Por lo que, si al menos tiene cubierta esta necesidad de la vivienda (no olvidemos que en ella residía ya) nos parece bastante acertada y bienvenida esta medida de protección a estas personas. Así cuantos menos obstáculos adicionales a la pérdida del familiar que, a buen seguro, era la persona que velaba por sus intereses, le cuidaba y le atendía dentro de sus posibilidades, cualquier medida tuitiva es bienvenida si tiene la finalidad de mejorar o mantener su nivel de vida. Este legitimario con discapacidad tendrá un derecho de habitación intrasmisible de carácter vitalicio.

La Ley 8/2021 ha modificado ligeramente este precepto, aunque consideramos que podría haber incluido algunas modificaciones o aclaraciones que lo habrían completado y mejorado, tal y como hemos puesto de manifiesto en estas líneas. Nos habría parecido oportuno haber incluido a otros familiares entre los beneficiarios de este derecho de habitación especial y no únicamente a los legitimarios, siempre que convivieran con el causante en el momento del fallecimiento. Además, debería haber aclarado lo de convivir en el momento del fallecimiento del causante ¿qué sucede si está internado en una residencia temporalmente pero luego vuelve al que era su hogar? En suma, diversas son las cuestiones pendientes que sigue planteando el 822 CC y que el legislador deberá aclarar, y nuestros tribunales irán matizando y resolviendo caso por caso.

BIBLIOGRAFÍA

Botello Hermosa, P.: *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Aranzadi, 2021.

Calaza López, C. A.: "El uso y habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021, en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dir. por F. Yáñez Vivero, B. Sáinz Cantero, F. J. Jiménez Muñoz, A. donado vara, P. López Peláez, E. Abad Arenas), Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1069-1126.

Calaza López, S.: "Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos 'trajes a medida' procesales para único abrigo sustantivo?", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por Y. De Lucchi, J.A. Quesada Sánchez; J. M. Ruiz-Rico Ruiz), 2022, pp. 617-644.

Carrasco Perera, A.: "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, núm. 580, p. 11.

Donado Vara, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", *en La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 33 (Ejemplar dedicado a*: La humanización de la justicia civil de familia*).

Donado Vara, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, (dir. por S. Calaza López y E. Pillado González), ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 119-147.

Donado Vara, A.: "Requerimiento y medidas de control del defensor judicial", en *Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, (dir. por S. Calaza López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 567-582.

Donado Vara, A.: "El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual", en *RCDI*, 2018, núm. 767, pp. 1557-1582.

Flores Rodríguez, J.: "Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario", *RCDI,* 2006, año 82, núm. 693, pp. 121-144.

Flores Rodríguez, J.: "El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado", *RJN*, abril-junio 2005, pp. 37-100.

García Herrera, V.: *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado,* Dykinson, Madrid, 2018.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil, vol. 1, Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 27ª ed.

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil,* vol. IV, *Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2022 10ª ed.,

Lasarte Álvarez, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed.

López San Juan, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2022.

Mingorance Gosálvez, C.:"Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español", *RCDI*, 2010, 722, noviembre-diciembre, pp. 2539-2558.

Moretón Sanz, F.: "Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia)", en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2007, 2.

Moretón Sanz, F.: "Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 247 a 272

Moretón Sanz, F.: "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal", *RCDI*, 2005, 687, pp. 61-115.

Noguera Nebot, T.: "El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil", *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 471-488.

Pastor Álvarez, C.: "Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas", *Aranzadi Civil*, 2004, núm. 20.

Pereña Vicente, M.: "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *Diario La Ley*, 2004, año XXV, número 5957, 18 de febrero, pp. 1828-1835.

Pereña Vicente, M.: "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *AC*, 2004, núm. 15, pp. 1758-1772.

Pérez Giménez, T.: "Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 21, pp. 2554-2558.

Ragel Sánchez, L. F.: "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. González Porras y F. Méndez González), Bosh, 2005, pp. 4017-4032.

Robles Reyes, J. R.: "Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, *Los Derechos reales*, (coord. por A. J. Torrent Ruiz), Edisofer, Madrid, 2001, p. 733-738.

Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 4, 2ª quincena de febrero, pp. 357-369.

Villagrasa Alcaide, C.: "El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación", *La Notaría*, 2002, Julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, pp. 25-34.

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS DE PAREJA: ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL ART. 96.1 CC Y PROPUESTAS DE "LEGE FERENDA"*

ALLOCATION OF THE USE OF THE FAMILY HOME IN COUPLE CRISES: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF ART. 96.1 CC AND PROPOSALS OF "LEGE FERENDA"

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 200-259

* El presente trabajo se enmarca también en el Proyecto de investigación AICO/2021/090 "La modernización del derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial", financiado por la Conselleria d'Innovació, Universitats, Ciència i Societat Digital de la Generalitat Valenciana, del que es investigador principal el profesor José Ramón de Verda y Beamonte.

Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo, analizamos el concepto de vivienda familiar y sus caracteres, así como la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis familiar. La naturaleza jurídica del uso, su titularidad, el interés jurídico protegido en la atribución judicial de este derecho de uso y los diferentes criterios para dicha atribución, en función de la existencia de hijos menores de edad o con discapacidad, atendiendo no sólo a los supuestos de custodia exclusiva o dividida que contempla el legislador sino también a los de tendencia creciente como los casos de custodia compartida y que no se contemplan en el precepto analizado, o los supuestos de existencia de hijos mayores de edad. Para ello se analiza la numerosa y dispar tendencia doctrinal y jurisprudencial en la materia, sus beneficiarios, el interés jurídico protegido y "desprotegido", la naturaleza de este derecho de uso, su duración y las causas de extinción.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial; uso de la vivienda familiar; interés jurídico protegido.

ABSTRACT: *In this paper, we analyze the concept of family housing and its characters, as well as the attribution of the use of the family home in cases of family crisis. The legal nature of the use, its ownership, the legal interest protected in the judicial attribution of this right of use and the different criteria for said attribution, depending on the existence of minor children or with disabilities, taking into account not only the assumptions of exclusive or divided custody contemplated by the legislator, but also those with a growing trend such as cases of joint custody and that are not contemplated in the precept analyzed, or the assumptions of the existence of children of legal age. For this, the numerous and disparate doctrinal and jurisprudential trends in the matter are analyzed, its beneficiaries, the protected and 'unprotected' legal interest, the nature of this right of use, its duration and the causes of extinction.*

KEY WORDS: *Marital crisis; use of the family home: protected legal interest. Existence of minor or disabled children.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.- 1. El concepto de vivienda familiar: precisión terminológica en la doctrina y la jurisprudencia-. 2. Caracteres de la vivienda familiar.- 3. Los efectos de la ruptura conyugal en la vivienda y domicilio familiares.- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- IV. LA TITULARIDAD DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. La limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar.- V. LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DEL ART. 96.1 CC Y LA CORRECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RIGIDEZ DEL PRECEPTO.- 1. La quiebra de la atribución automática del uso de la vivienda familiar.- 2. La determinación del interés más necesitado de protección.- 3. La subsidiariedad de la atribución del uso de la vivienda familiar ex art. 96.1 CC.- 4. Soluciones salomónicas en los casos de custodia dividida y silencio respecto a la compartida.- VI. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD.- 1. La atribución del uso a los hijos menores con discapacidad que alcanzan la mayoría de edad.- 2. La atribución del uso a los hijos mayores con discapacidad en el momento de la crisis conyugal.- VII. LA EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD. -VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS "DE LEGE FERENDA".- IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS COMENTADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La mayoría de las crisis de pareja conllevan la cesación de la convivencia familiar, por lo que la problemática sobre con quién convivirán los hijos menores cobra especial importancia. Asimismo, dónde lo harán (en qué inmueble), es de gran relevancia porque indudablemente la vivienda suele ser el bien de mayor valor del que disponen los cónyuges, de manera que el progenitor no custodio, por aplicación automática del art. 96.1 CC debe abandonar el domicilio "familiar", aunque puede no gozar de la capacidad económica suficiente para poder adquirir o arrendar otra residencia si previamente no se procede a la venta de la anterior. Venta que, en la mayoría de los casos, es extremadamente dificultosa mientras persiste ese derecho de uso que, según el art. 96.3 CC y reiterada jurisprudencia anterior a su reforma, es (y era) oponible a terceros adquirentes del inmueble no protegidos por el art. 34 LH[1] y que actualmente se protege de manera expresa en el mencionado precepto, pues se trata nada menos, de la vivienda familiar ya sea ésta ganancial[2], en comunidad proindiviso o privativa.

El art. 96 CC modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), viene a establecer

1 *Vid.* De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 bis, pp. 9-43, en p. 12. Consagran, la oponibilidad a terceros del derecho de uso, entre otras, las SSTS 11 diciembre 1992 (Tol 1661990), 18 octubre 1994 (Tol 1665543), 31 diciembre 1994 (Tol 1666524), 4 abril 1997 (Tol 2114321), 22 abril 2004 (Tol 392352), 14 enero 2010 (Pleno) (Tol 1840476), 8 octubre 2010 (Tol 1972276), 22 noviembre 2010 (Tol 2003527) y 18 marzo 2011 (Tol 2089131).

2 *Vid.* STS 3 enero 2022 (Tol 8764983).

• Pilar María Estellés Peralta
Profesora de Derecho Civil, Directora Departamento Derecho Privado, Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Correo electrónico: pm.estelles@ucv.es

respecto de los hijos comunes menores y del cónyuge en cuya compañía queden éstos, el derecho de uso de la vivienda familiar (en defecto de acuerdo aprobado por la autoridad judicial) y de los objetos de uso ordinario de ésta hasta que los hijos sean mayores de edad, atendiendo también a las necesidades e intereses de los hijos con discapacidad.

La nueva redacción del precepto reformado en lo que interesa a nuestro análisis, se expresa en su primer apartado, en los siguientes términos:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente".

Al efecto, conviene destacar algunas cuestiones sobre la nueva redacción de este apartado que, en todo caso, tiene carácter dispositivo y que se establece en favor de los hijos menores comunes y con discapacidad. Cuestiones todas ellas que analizamos en este trabajo a la luz de la doctrina y la jurisprudencia. Cuestiones que orbitan en torno a la vivienda familiar cuyo concepto debemos perfilar primeramente.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

1. El concepto de vivienda familiar: precisión terminológica en la doctrina y la jurisprudencia.

Existen conceptos en relación con esta cuestión que podrían parecer similares pero no lo son y, sin embargo, pueden dar lugar a una cierta confusión si no

se precisan algunas expresiones como "domicilio conyugal", "domicilio familiar" y "vivienda familiar". El Código Civil en su art. 70 establece los criterios para la fijación del domicilio conyugal, al señalar que "los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el Juez, teniendo en cuenta el interés de la familia". Y, según su art. 40, el domicilio conyugal es el lugar de residencia habitual. Así, el domicilio conyugal se identifica con la existencia de una relación matrimonial, hace referencia a la relación de pareja. Por el contrario, el domicilio familiar suele considerarse desde la perspectiva de los hijos al margen del vínculo conyugal y se refiere a la efectiva convivencia tanto de la pareja con los hijos comunes, como de uno sólo de los progenitores con esos hijos comunes[3].

Indudablemente, el domicilio conyugal cumple la función de localización o identificación del matrimonio, sin embargo, la vivienda familiar es un objeto patrimonial susceptible de titularidad y posesión[4]. Entiende la doctrina española que el concepto de domicilio conyugal es más amplio que el de vivienda familiar -que tiene un contenido sociológico- que, sin embargo, coincidirá siempre con el domicilio conyugal -de contenido más jurídico-[5]. De este modo, puede ser definida la vivienda familiar como la base física del domicilio conyugal o familiar fijado por los cónyuges, sin perjuicio de que la vivienda conyugal sea donde normalmente residan también los hijos y donde sus progenitores cumplan la obligación de tenerlos en su compañía.

En esta línea de entendimiento se ha pronunciado la jurisprudencia al señalar que la vivienda familiar es la habitada por los progenitores y los hijos hasta la ruptura de la relación de pareja (SSTS 23 enero 2017[6], 22 septiembre 2017[7] y 24 mayo 2021[8]).

Producida crisis matrimonial (o de pareja, en su caso) la vivienda o domicilio familiar fijado por los cónyuges sigue existiendo y sobre su uso habrá que decidir, aunque ésta ya no tenga la categoría de domicilio conyugal[9] debido al cese de la convivencia de los ya ex cónyuges.

3 Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 21, 36 y 37.

4 Así Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 376.

5 Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 376.

6 STS 23 enero 2017 (Tol 5944409).

7 STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976).

8 STS 24 mayo 2021 (Tol 8454612).

9 En opinión de Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 385 el legislador se refiere en varios preceptos del Código Civil, como los arts. 70, 82. 1, 87, 90 b), 91, 103.2, 1357 y 1362.1, a un mismo concepto aunque utilizando distintas expresiones como equivalentes: 'domicilio conyugal', 'hogar', 'hogar familiar', 'vivienda habitual', 'vivienda familiar' o 'domicilio familiar'.

Pero el Código Civil no define la vivienda familiar pese a que en la filosofía de su concepto mismo se apoyan, por un lado, los fundamentos del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones armónicas de convivencia matrimonial, y, por otro lado, los fundamentos de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar, en los casos de crisis matrimonial[10]. Así dicho concepto de vivienda familiar se ha ido perfilando tanto por la doctrina como por la jurisprudencia menor y del Tribunal Supremo. Ya tres décadas atrás, la STS 31 diciembre 1994[11], definió la vivienda familiar como un bien familiar (no patrimonial) al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Posteriormente la STS 16 diciembre 1996[12], la define como el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc…) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos.

Para una aproximación mayor a este concepto, no definido en ningún precepto legal se han ofrecido por la doctrina y la jurisprudencia, algunos caracteres definitorios.

2. Caracteres de la vivienda familiar.

De acuerdo con Ordás Alonso[13], la vivienda familiar, para su consideración como tal debe reunir determinadas características: ha tratarse de un inmueble o edificación cuyo destino principal sea servir de alojamiento, como vivienda, a las personas (lo que excluye los solares, locales de negocio y fábricas). Asimismo, quedan excluidos las caravanas, barcos, remolques, tiendas de campaña, etc.[14], pero no los inmuebles con un destino mixto como la vivienda con despacho anexo o integrado para el ejercicio de la profesión.

La vivienda debe reunir las condiciones de habitabilidad (de higiene y seguridad) y dignidad, quedando excluidas las chabolas, chozas, etc.[15]; y ha de estar afectada a las necesidades de la familia[16].

10 *Vid.* en este sentido Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte", *RCDI*, 2021, núm. 783, pp. 135-221, concretamente, p. 140.

11 STS 31 diciembre 1994 (Tol 1666524).

12 STS 16 diciembre 1996 (Tol 217322).

13 Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, Madrid, 2018, p. 73-86; y en el mismo sentido, Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 143.

14 Porque estos lugares no están dotados de idoneidad material ni estabilidad ni pueden ser identificados ni individualizados por referencias a un lugar físico. En este sentido Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 381.

15 *Vid.*, Serrano Gómez E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 12.

16 En opinión de Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 143, no reúne esa condición el piso habitado únicamente por uno de los cónyuges, por motivos laborales, en lugar distinto de donde reside la familia. Pero sí deberá tener tal consideración si el piso está al servicio de cualquier miembro de la familia, indistintamente.

Al mismo tiempo, debe tener la consideración de residencia habitual, es decir, ocupada de hecho y con habitualidad, por tanto, no estarían incluidas las residencias secundarias, viviendas de temporada o fincas de recreo[17]. Residir habitualmente significa morar o habitar en un lugar de forma normal y presumiblemente continuada. La residencia ("residere") significa asentarse en un lugar, siendo la habitualidad el signo distintivo del domicilio y el que le diferencia de la mera residencia. Le caracteriza, más que la duración o permanencia, la nota de ser la residencia normal y presumible para un futuro próximo ("animus manendi").

La STS 9 mayo 2012[18], exige que la vivienda constituya la residencia habitual de la unidad familiar, es decir, debe tratarse del lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Sería aquella que es ocupada por los cónyuges y por los hijos en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia. SSTS 31 mayo 2012[19], 30 octubre 2015[20] y 6 octubre de 2016[21].

Asimismo, se considera vivienda familiar en cuanto sirva a un determinado grupo familiar, aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Por ello, la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente, según señala la STS 20 noviembre 2018[22].

3. Los efectos de la ruptura conyugal en la vivienda y domicilio familiares.

Los supuestos de crisis conyugal que se producen en el momento de una separación o divorcio y que conllevan el cese de la obligación de convivencia desencadenan algunas cuestiones relativas al domicilio conyugal y la vivienda familiar:

a) Por un lado, los domicilios conyugal y familiar, que eran una misma cosa y se ubicaban en un mismo lugar, se disocian y dan paso al domicilio individual de uno de los ex cónyuges y al domicilio familiar de aquel de ellos a cuyo cuidado quedan los hijos, de haberlos. Desaparece pues el domicilio conyugal, concepto

17 De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución", cit., pp. 13-14, señala que el precepto se refiere, exclusivamente, a la "vivienda familiar", esto es, a la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia, por lo que no entran dentro de este concepto las casas que sólo son habitadas durante una parte del año, por ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 mayo 2012 (Tol 2538556), las segundas residencias o los locales en los que se ejerce una profesión o negocio, cuya atribución (salvo que otra cosa acuerden las partes) "debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges".

18 STS 9 mayo 2012 (Tol 2538556).

19 STS 31 mayo 2012 (Tol 2538081).

20 STS 30 octubre 2015 (Tol 5550283).

21 STS 6 octubre de 2016 (Tol 5843481).

22 STS 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

directamente relacionado con la vida de pareja que ahora finaliza, y se mantiene el domicilio familiar en la medida en que uno de los cónyuges queda al cuidado de los hijos comunes.

b) La determinación de quién va a continuar en ese domicilio (otrora conyugal y familiar), estará en función de una serie de circunstancias que se deberían tenerse en cuenta para adjudicar el uso de la vivienda conyugal a uno u otro cónyuge. Los criterios que se pueden aplicar son numerosos, aunque el criterio principal a tener en cuenta para el caso de que existan hijos comunes es que el derecho al uso de la vivienda se adjudica automática y cuasi imperativamente al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos, en atención al interés primordial de los hijos que es el criterio que se hace prevalecer en vez de poner el acento en el posible interés o conveniencia del cónyuge custodio. Tal es la regulación del art. 96.1 CC a falta de acuerdo de los excónyuges. No obstante, como analizaremos, no siempre se preserva el interés superior del menor cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar (automáticamente) al cónyuge custodio. Y al mismo tiempo, no se atienden debidamente otros intereses de los afectados por esta crisis familiar.

c) En el caso de que se determine la custodia compartida de los menores, el domicilio familiar deja de ser único y se duplica pues ambos progenitores van a convivir con sus hijos menores en la antigua vivienda familiar (o no) y en otra u otras nuevas.

d) En el caso de la continuidad en el domicilio familiar del cónyuge custodio y los hijos que han quedado a su cuidado, surge el problema del uso real de la vivienda *versus* la titularidad jurídica de ésta (antes vivienda conyugal y ahora familiar), que puede haber sido arrendada por los cónyuges, o adquirida conjuntamente por ambos ostentando los dos cónyuges la propiedad de la misma; o bien que pertenezca a uno solo de los cónyuges que bien puede ser el que la habita en compañía de los hijos pero también del que abandona la vivienda familiar para constituir uno nuevo domicilio individual separado de su ex cónyuge e hijos.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Cabe distinguir entre el derecho de uso de la vivienda familiar (derecho que corresponde a todos los miembros del grupo familiar en situaciones de armonía conyugal) y, el 'derecho' a la atribución -judicial- del uso de la vivienda familiar (en favor de aquellos miembros de la familia necesitados de protección y que opera en la situación de crisis de pareja). Así, estos derechos: derecho de uso y derecho de atribución judicial del uso de la vivienda familiar obedecen a dos principios constitucionales: el derecho a la vivienda del art. 47 CE y, el derecho a

la protección de la familia, consagrado en el art. 39.1 y 2 CE[23], pues la finalidad del precepto (art. 96 CC) no es otra que garantizar que aquellos que presenten un interés digno de protección vean garantizado el acceso a una vivienda[24].

El reformado art. 96 CC posibilita que el derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis familiar también pueda ser pactado por los cónyuges en convenio regulador o por acuerdo especial. Dicho acuerdo (como la resolución judicial que atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio) debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad para impedir que se disponga de la misma en favor de terceros de buena fe que se puedan acoger a la buena fe registral del art. 34 LH. Tal es así porque se considera -por un importante sector doctrinal- como un derecho de naturaleza real pese a que se atribuya al cónyuge no titular de la misma[25]. En opinión de Berrocal, nos hallamos ante un derecho oponible "erga omnes" e inscribible en el Registro de la Propiedad por lo que tiene efectos reales[26]. No obstante, no es pacífica esta cuestión en la doctrina, pues otros autores lo consideran como un derecho familiar (no real) que legitima al cónyuge custodio para la posesión exclusiva de la vivienda familiar frente al cónyuge propietario[27].

En opinión de Serrano Alonso, lo que en estos casos se atribuye al cónyuge usuario es una facultad de usar y disfrutar la vivienda, bien sea porque el cónyuge titular ha renunciado voluntariamente a dicha facultad (mediante pacto) o bien

23 Manzano Fernández, M.: "Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 774, p. 1785. Asimismo, Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 141.

24 Ordás Alonso, M.: *La atribución,* cit., pp. 79 y ss.

25 López Liz, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 268 y 274; Méndez Pérez, J.: "La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio", *Revista General de Derecho*, 1987, núm. 519, p. 6304. Para Isac Aguilar, A.: "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, núm. 577, pp. 1730 y 1732, se trata de un derecho real de habitación, definido en el art. 524.2 CC; Gómez Gálligo, F.J.: "Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar". *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1996, núm. 68, pp. 146-148, entiende que derecho de uso de la vivienda familiar es un verdadero derecho real oponible a terceros y susceptible de inscripción; Camy Sánchez-Cañete, B.: "Protección legal de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, núm. 588, p. 1609, lo considera un derecho real de usufructo. Por el contrario, en opinión de García-Valdecasas y Alex, F.J.: "Uso familiar: un nuevo derecho", *Lunes cuatro treinta*, 1996, núm. 191, p. 20-22, en el uso regulado por el art. 96 CC no se aprecian contornos reales por lo que no se trata de un derecho real sino personal. Asimismo, Cervilla Garzón, Mª. D.: "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 4, p. 22.

26 Berrocal Lanzarot, A.I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 774, pp. 2002-2042.

27 Pretel Serrano J.J.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2017, p. 25; o Calmarza Cuencas, E.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial", *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, 2018, núm. 37, 24-25. Igualmente, las RRDGRN 14 mayo 2009 y 19 julio 2011, también reconocen a este derecho de uso un carácter no real sino familiar, que tiene unos efectos especiales pues se produce una disociación entre la titularidad del derecho de uso y el interés protegido por el mismo. Sobre esta cuestión, *vid*., Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 159 y ss.

porque ha sido privado de la misma judicialmente, pero nada más. En consecuencia, el cónyuge usuario no tendría ningún derecho ni real ni personal sobre dicha vivienda. Es por ello que la posición jurídica del cónyuge titular no queda alterada por la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular, sino que tan sólo le priva de la facultad de uso, que es lo que, en puridad, se atribuye al usuario; así, este cónyuge usuario adquiere únicamente la facultad de ocupar la vivienda familiar durante el tiempo y en las condiciones fijadas en el convenio regulador o en la sentencia que le hubieren atribuido su uso. A su vez, señala el citado autor que, si bien la eficacia "erga omnes" es característica propia de los derechos reales, otro tanto sucede en otro tipo de contratos como los de arrendamiento u opción. Igualmente, señala que la exigencia de asentimiento (o consentimiento según la actual redacción del art. 96.3 CC) del cónyuge titular del derecho de uso o, en su defecto, de autorización judicial, para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma sería innecesaria, para proteger al cónyuge usuario, si este derecho de uso tuviera naturaleza real[28]. Si bien es cierto que este derecho supone una limitación del dominio del cónyuge titular de la vivienda porque restringe sus facultades de disposición y disfrute y supone una carga para el inmueble con eficacia frente a terceros, y por ello, inscribible[29].

Igualmente, para Sifre, el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real porque, si lo fuera, no sería preciso el consentimiento del cónyuge usuario que exige el art. 96 CC para que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda realizar actos de disposición sobre la misma. En su opinión, se trata de un derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar y "sui generis" con algunas notas características: supone como "efecto único, exclusivo y consustancial", una limitación del derecho del titular oponible "erga omnes" a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar, que debe recabar el consentimiento del cónyuge usuario o, en su caso, autorización judicial, para cualquier acto de disposición sobre esta vivienda que ya no puede poseer o disfrutar porque se ha atribuido la posesión exclusiva de la misma al otro cónyuge. "Lo que es oponible 'erga omnes' y con carácter inmediato no es el derecho familiar de ocupación, en sí mismo considerado, sino la mera limitación o prohibición de disponer del cónyuge titular registral dominical"[30].

28 Ordás Alonso, M.: *La atribución,* cit., pp. 37-38. A su vez, Berrocal Lanzarot, A.I.: "La extinción", cit., pp. 2005-2007, destaca la temporalidad del uso y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda, lo que le confiere rasgos más propios de los derechos personales.

29 López Frias, A.: "El derecho de uso ex artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 729, p. 114.

30 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 158 y ss. En este sentido, las RRDGRN 5 septiembre y 20 octubre 2016 entienden (independientemente de la naturaleza jurídica que se le atribuya al derecho de uso) que es inscribible y oponible a terceros, sea como prohibición de disponer, sea como verdadero derecho real, constituyendo una auténtica limitación a las facultades del excónyuge propietario.

A este respecto, como evidencia Sifre[31], la jurisprudencia de nuestros Tribunal Supremo ha sufrido una evolución y ha pasado de considerar el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho personal, incluso negando la eficacia real de este derecho (SSTS 29 abril 1994 o 22 septiembre 1988)[32], para admitir posteriormente, una cierta eficacia real (SSTS 13 diciembre 1991 y 18 octubre 1994)[33], incluso oponible a terceros y con acceso al Registro de la Propiedad (STS 11 diciembre 1992) [34], reconociendo más adelante su naturaleza real (SSTS 11 diciembre 2002 y 14 diciembre 2004)[35], para calificarlo finalmente como un derecho familiar (SSTS 14 enero 2010 y 18 enero 2010)[36], no real, en el que la protección del interés de los hijos o del cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza y va a delimitar su contenido y características[37]. En este sentido, señala el Tribunal Supremo, que el legislador no ha conferido a la atribución del uso de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real y que, por el contrario, el art. 96 CC únicamente señala a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia en favor de los hijos comunes y del progenitor custodio o de aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea en copropiedad con el cónyuge usuario, de propiedad exclusiva del titular o en arrendamiento. En todo caso, el derecho al uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge no titular de la misma, supone (nada menos) la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge (y oponible a terceros)[38], quien debe recabar el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o la autorización judicial) para cualquier acto de disposición de la vivienda familiar, según señaló la STS 27 febrero 2012[39], entre otras. Pero no se debe perder de vista, como afirma Sifre, que la crisis matrimonial no puede reforzar una situación posesoria que, en la situación de normalidad de matrimonio, era la misma; no hay razón alguna que justifique mayor protección en situaciones de crisis que en situaciones de normalidad matrimonial[40].

Así las cosas, el estatuto jurídico que se le reconoce por nuestro Código Civil a la vivienda calificada como "familiar" en situaciones de crisis familiar (al uso de la

31 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., pp. 161 y ss., en un magnífico y exhaustivo análisis de esta cuestión.

32 Así las SSTS 29 abril 1994 (Tol 1656640) o 22 septiembre 1988 (Tol 1735993) que, negando la eficacia real de este derecho, admite el derecho a la división de la cosa común (en este caso de la vivienda) ejercitado por uno de los cónyuges cotitular, a pesar de la existencia del derecho de uso en favor del otro, otorgando preferencia al derecho a dividir la cosa común sobre el derecho de uso de la que fuera vivienda familiar.

33 SSTS 13 diciembre 1991 (Tol 1728403) y 18 octubre 1994 (Tol 1665543), entre otras.

34 STS 11 diciembre 1992 (Tol 1661990).

35 SSTS 20 de mayo de 1993 (Tol 1663807), 11 diciembre 2002 (Tol 4920193) y 14 diciembre 2004 (Tol 526529).

36 STS 18 octubre 1994 (Tol 1665543), 14 julio 1994 (Tol 1657336), 31 diciembre 1994 (Tol 1666524) y 16 diciembre 1995 (Tol 1668184), o las SSTS 14 enero 2010 (Tol 1840476) y 18 enero 2010 (Tol 1793037).

37 *Vid.* Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., pp. 162.

38 STS 27 febrero 2012 (Tol 2468857), entre otras.

39 STS 27 febrero 2012 (Tol 2468857).

40 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., pp. 188.

misma), se separa del normal uso de la cosa cual es la vivienda en sí misma[41]. Autores como Goñi[42], señalan que pese a la dicción del art. 96.3 CC, el cónyuge no usuario puede ejercitar la actio communi dividundo sin necesidad del consentimiento del cónyuge usuario, por el hecho de que la división no se considera como un acto dispositivo sino declarativo o especificativo de los copropietarios mediante el cual se concreta su cuota. Pero de ello, no se puede derivar la extinción del derecho de uso atribuido al cónyuge usuario, según entiende la doctrina y jurisprudencia mayoritarias[43].

En consecuencia, la asignación de este uso no altera la titularidad del bien ni sus cargas, derechos y obligaciones. En tal sentido, la STS 5 febrero 2013[44] señaló que la acción de división de cosa común de la vivienda en copropiedad (situación que se produce principalmente en la liquidación del régimen de separación de bienes) no extingue el derecho de uso atribuido al otro cónyuge, derecho que es oponible a terceros que hayan adquirido directamente del propietario único o en la subasta consiguiente a la acción de división, todo ello con fundamento en la protección de la familia y la vivienda y en la buena fe de las relaciones entre cónyuges. Redundando en ello, la STS 22 enero 2013[45] precisa que:

"Sin duda la división de la cosa común produce importantes efectos que afectan a los condóminos, a los terceros y a la misma cosa poseída en común. Pero es el caso que la sentencia parte de la existencia del uso exclusivo de la vivienda por el recurrente resultante del juicio matrimonial y declara que no hay ninguna prueba respecto a si se mantienen las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de adoptar esta decisión de uso exclusivo o si por el contrario estas han cambiado, y lo cierto es que ninguna alegación o valoración de estos hechos se hace en el motivo que pueda ser determinante de una calificación jurídica distinta que, en cualquier caso, no afecta al derecho que en su día le fue reconocido por el Juzgado de Familia, con base en las circunstancias concurrentes en aquel momento, que podrán o no mantenerse"[46].

Complejo ciertamente y con disparidad de criterios que clarifiquen mejor su naturaleza jurídica en este asunto que no es nuevo. Por el contrario, todo este "nuevo" estatuto de la vivienda familiar tiene su origen en la regulación introducida

41 *Vid.* en este sentido, García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables*, (dirs. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 220-265, concretamente, p. 229. Asimismo, en "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, 2021, núm. 3, pp. 187-221.

42 Goñi Rodríguez De Almeida, M.ª: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 737, pp. 1893-1912, en p. 1902.

43 *Vid.*, STS 27 febrero 2012 (Tol 2468857) ya citada.

44 STS 5 febrero 2013 (Tol 3011876).

45 STS 22 enero 2013 (Tol 3006992).

46 En relación con esta cuestión *vid.*, Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 89-95.

hace ya cuarenta años por la Ley 30/1981, de 7 de julio, pues hasta entonces, la vivienda familiar se regía por la titularidad del bien[47].

Con independencia de esta importante discusión doctrinal, lo bien cierto es que el derecho de uso sobre la vivienda familiar y del ajuar de la misma es personalísimo en favor del cónyuge custodio (y los hijos comunes que queden en su compañía) e indisponible, por lo que no se puede ceder el uso a terceros.

En todo caso, tal y como está redactado el art. 96 CC -y atendiendo a la realidad social familiar y al mercado inmobiliario, el alto coste de adquisición e, incluso, de arrendamiento de las viviendas y la escasez de las mismas-, se plantean nuevas problemáticas añadidas a las que propiamente genera la crisis de pareja y la ruptura de la convivencia y que van más allá de la determinación de su naturaleza jurídica[48].

IV. LA TITULARIDAD DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

De la medida relativa al uso de la vivienda familiar que regula el art. 96 CC pueden extraerse algunas reglas en relación a la determinación de la titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar como señala Sifre[49]. En primer lugar y únicamente habiendo acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, es posible que el uso se atribuya en favor de quienes los cónyuges dispongan y, por tanto, puede acordarse de que se atribuya al cónyuge no propietario, siendo éste el cónyuge usuario y, por ende, el sujeto titular del derecho de uso. Pero también en favor de los hijos mayores de edad (si hay pacto sobre este extremo).

Por otra parte, habiendo hijos menores de edad o con discapacidad, la dicción del precepto parece plantear que el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. No obstante, en opinión de la

47 En igual sentido, García Mayo, M.: "El uso", 2022, cit., p. 223, para quien el único precedente previo es el art. 68.2 CC (introducido por la Ley 24 de abril de 1958 y que denominaba a esta vivienda como 'común') que contemplaba la atribución del uso de la vivienda familiar en relación con las medidas provisionales, aunque no con las definitivas.

48 Tema que ha suscitado una gran literatura jurídica. Entre otros muchos: Bañón González, A. M.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar: aspectos registrales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 bis, pp. 113-144. Berrocal Lanzarot, A.I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1347 y ss. Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012-1, núm. 28, p. 585 ss. Cervilla Garzón, Mª. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005. Cervilla Garzón, Mª D.: "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2009, núm. 44, p. 45 ss. De La Iglesia Monje, Mª. I.: "Atribución temporal del uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2011, núm. 728, p. 3451 ss. Gil Membrado, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013. Salazar Bort, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Salazar Bort, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Aranzadi, Navarra, 2001.

49 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 178.

mayoría de la doctrina así como de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[50], el sujeto titular del derecho de uso será, exclusivamente, el cónyuge custodio, pues no existe ninguna titularidad jurídica a favor de los hijos que son tan sólo beneficiarios pero no titulares del derecho[51]. No conviene confundir el interés protegido con la atribución del derecho de uso que es, sin duda, el interés familiar, con la titularidad del derecho que corresponde exclusivamente al cónyuge a quien se le ha atribuido. En esta línea, la STS 14 enero 2010[52] aclara que la titularidad del derecho corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia y no a los hijos. Asimismo, al cónyuge usuario se atribuye exclusivamente la situación de poder en que consiste el derecho de uso, puesto que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento[53].

En los casos de custodia dividida (cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro), el juez resolverá lo procedente, como afirma el precepto, pues el legislador no ha establecido ningún criterio que permita atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge. La posición del juez en estos casos es delicada pues debe conjugar los intereses de ambos grupos familiares y valorar cuál de ellos es el más necesitado de protección. Interés que podría no ser el de los hijos menores o con discapacidad[54]. Al respecto, interesan las SSTS 21 julio 2016[55] y 13 septiembre 2017[56] que analizaremos más adelante.

En los casos de custodia compartida, se aprecia una importante laguna en la redacción del precepto, cuestión que abordamos en el epígrafe correspondiente.

No habiendo hijos, podrá atribuirse temporalmente el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma, si el interés de este es el más necesitado de protección y las circunstancias lo hacen aconsejable, en cuyo caso, el sujeto titular del derecho de uso será dicho cónyuge, cuestión que se regula en el art. 96.2 CC.

Por último, y aunque parezca improbable, es posible que el uso se atribuya al cónyuge propietario de la vivienda.

50 Anteriormente, Dirección General de los Registros y del Notariado hasta 2020.

51 Así, las RRDGRN de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007; 5 de junio, 27 de agosto y 10 de octubre de 2008; 18 de noviembre de 2009; 1 de marzo y 19 de julio de 2011; 9 de julio de 2013 y 19 de enero de 2016. Según las SSTS 14 enero 2010 (Tol 1840476) y 22 noviembre 2010 (Tol 2003527), el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección.

52 STS 14 enero 2010 (Pleno) (Tol 1840476).

53 *Vid.* Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 198.

54 *Vid.* Berrocal Lanzarot, A.I.: "Criterios para", cit.

55 STS de 21 julio 2016 (Tol 5789066).

56 STS 13 septiembre 2017 (Tol 6347623).

1. La limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar.

La limitación temporal del derecho de uso de la vivienda familiar constituye una de las problemáticas que la redacción del art. 96 CC suscitaba en relación con esta medida restrictiva de los derechos del cónyuge titular. Al efecto solucionar esta cuestión la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado en sentido dispar, admitiendo o negando la posibilidad de limitar temporalmente la atribución del uso incluso cuando los hijos aún son menores de edad[57]. No obstante, en todo caso, lo bien cierto es que la mayoría de edad de los hijos va a funcionar como límite temporal del derecho de uso.

En consecuencia, este derecho de uso sobre la vivienda familiar no es "sine die" sino absolutamente temporal por lo que será inscrito a efectos de su oponibilidad frente a terceros, de acuerdo con el art. 96.4 CC, y los arts. 9 Ley Hipotecaria (en adelante LH) y 51 Reglamento Hipotecario (en adelante RH), con la expresión de su temporalidad, según señaló la RDGRN de 20 de octubre de 2016. Existiendo hijos menores de edad, la duración del derecho viene determinada por la fecha en la que el más joven de ellos alcance la mayoría de edad[58]. En estos casos, el interés tutelado es claramente el de los menores y no el de la propiedad del bien. En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 20 abril 2022[59].

Por el contrario, si no hay hijos comunes o estos son ya mayores de edad en la fecha de la crisis conyugal el interés al que se atiende es el del cónyuge propietario, por lo que, necesariamente, ha de imponerse un límite temporal al derecho de uso[60], a no ser que se pacte en convenio regulador una atribución sin limitación de tiempo[61].

V. LA APLICACIÓN AUTOMÁTICA DEL ART. 96.1 CC Y LA CORRECCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RIGIDEZ DEL PRECEPTO.

La aplicación automática del art. 96.1 CC puede obviarse si hay acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, luego se trata de una norma dispositiva que permite efectuar la atribución del uso de la vivienda familiar tanto en favor del progenitor no custodio, como del custodio como de ninguno de ellos si así lo han acordados los ex cónyuges en los casos de crisis familiar y quedan cubiertas de otro modo las necesidades de vivienda de los hijos menores y mayores con discapacidad.

57 Sobre esta cuestión *vid*., García Mayo, M.: "El uso", 2022, cit., pp. 237 y ss.

58 *Vid*., SSTS 18 mayo 2015 (Tol 5000600) y 29 mayo 2015 (Tol 5010151).

59 STS 20 abril 2022 (Tol 8917144).

60 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., p. 198.

61 Calmarza Cuencas, E.: "La atribución", cit., p. 29.

La disolución del matrimonio de mutuo acuerdo con hijos menores y consiguiente liquidación del régimen económico matrimonial debe realizarse a través del convenio regulador que contemplará, asimismo, la custodia de los hijos, los derechos de uso sobre la vivienda habitual[62], las compensaciones y demás aspectos personales y patrimoniales que requiera la regulación de la ruptura conyugal.

La vía consensual para dirimir las relaciones jurídicas tanto personales como patrimoniales es, en todo caso, la más recomendable pues ahorra tiempo y costes. No obstante, el art. 86 CC determina la intervención judicial (y veta la notarial) en los divorcios y separaciones judiciales, aun de mutuo acuerdo, en los que concurran los requisitos y circunstancias del art. 81 CC, esto es, cuando "existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores"[63].

En otro caso, la atribución del uso de la vivienda habitual queda determinada por la atribución de la custodia de los hijos comunes menores de edad. El precepto comentado establece un tándem entre custodia y uso de la vivienda familiar y pude abrir un abismo en la protección del menor ¿se utilizará su custodia por los progenitores para procurarse una vivienda en los tiempos actuales? ¿o prevalecerá el amor y el interés por el hijo únicamente?

La aplicación automática del art. 96.1 CC puede dar lugar, además, a situaciones injustas cuando el progenitor custodio tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y ello fuere compatible con el interés superior de éstos[64]. En este sentido, tanto la doctrina[65] como la jurisprudencia abogaron

62 El contenido mínimo del convenio regulador aparece recogido en el art. 90 CC: "1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar…".

63 Téngase en cuenta la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha modificado determinados artículos del Código civil (en su DF 1ª), permitiendo que la separación y el divorcio por mutuo acuerdo, se sustancie no solo ante el órgano judicial sino también ante letrado de la Administración de Justicia o ante notario, cuando no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de los progenitores, ex arts. 81, 82, 83, 87 y 90 CC.

64 Así, la redacción del art. 96 del fallido Anteproyecto de Ley de 2014, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia.

65 Aviñó Belenguer, D.: "Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 215-216; Anguita Ríos, R. M.: "El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja", *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2011, núm. 14, julio pp. 116-117; Cabezuelo Arenas, A. 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 19 marzo 2007 (AC 2007, 505)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2008, núm. 21, p. 311; Cervilla Garzón, Mª. D.: "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 4, p. 22; Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, núm. 2, abril-junio, p. 16; De Verda y Beamonte, J. R.: "Prólogo", en *La vivienda en las crisis familiares*, (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Colección Tratados, Valencia, 2022, p. 25; González del Pozo, J. P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *ElDerecho.com*, junio 2010 (http://www.elderecho.com/civil/vueltas-atribucion-vivienda-familiarcomunes_11_184555003.html); Hernández Ibáñez, C.: "Crisis matrimonial y cambios en la

un planteamiento más justo y acorde al sentido común[66]. La STS 23 septiembre 2020[67] ya señaló que teniendo en cuenta que la vivienda familiar es un importante y reiterado foco de conflictos entre los ex cónyuges, resulta lógico "que la doctrina postule que el legislador aborde una nueva regulación sobre la materia, pues las nuevas realidades familiares y de uniones de pareja así lo demandan; y todo ello en estrecha relación con la de superior protección del interés del menor; conciliando los intereses en conflicto y poniendo coto a un nicho de litigios y de tensiones deplorables, y a veces reprobables" (FJ 2º). Sobre esta cuestión ya se pronunciaron con anterioridad otras sentencias del Tribunal Supremo como las SSTS 17 octubre 2013 y 3 abril 2014[68], que en su momento señalaron que se valoraban "las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil", situación que agudizada por la crisis económica, ha "puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación". Asimismo, la STS 17 octubre 2017[69], hizo referencia a la necesidad de un cambio legislativo que se adaptase a las nuevas realidades. ¿Llegó en realidad el deseado cambio con la reforma del art. 96 CC introducida por la Ley 8/2021?[70] Obviamente, no. Por el contrario, el legislador no ha mejorado suficientemente la redacción del art. 96 CC con la Ley 8/2021, dejando escapar una nueva oportunidad de suavizar la rigidez del precepto y de mejora de las necesidades habitacionales de los hijos

atribución de la vivienda familiar", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 738, p. 2249; Moreno Navarrete, M. Á.: "Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 2012, núm. 89, p. 476; Moro Bonillo, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2014, núm. 63, p. 43; Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares*, (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Colección Tratados, Valencia, 2022, pp. 284 y ss.; Paniza Fullana, A.: "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, núm. 10, pp. 89-90; Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 30, pp. 19-20; Ureña Martínez, M.: "Comentario a la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590). Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y al progenitor titular de la guarda A única en defecto de acuerdo de los cónyuges", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, núm. 87, p. 1827; Utrera Gutiérrez, J. L.: "1981-2011: treinta años divorciándonos", *Diario La Ley*, Año XXXIII, Sección Tribuna, 9 de enero de 2012, núm. 7771, p. 4; y Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La 'necesidad de vivienda", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2016, núm. 1, pp. 11-14.

66 *Vid.* Chaparro Matamoros, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en AA.VV.: *Vivienda y Colectivos Vulnerables*, (dirs. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 81-128, concretamente, p. 86.

67 STS 23 septiembre 2020 (Tol 8111765).

68 SSTS 17 octubre 2013 (Tol 3986249) y 3 abril 2014 (Tol 4218412).

69 STS 17 octubre 2017 (Tol 6401637).

70 Lo que sí es evidente es que el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental no llegó a cuajar, aunque llegó a contar con el dictamen del Consejo de Estado.

menores de edad[71] que debiera ir orientada a garantizar el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual aunque no sea necesariamente el anterior domicilio familiar[72]. Sin embargo, contenida en el precepto sí queda esta opción, si así lo autoriza la autoridad judicial, por lo que se puede autorizar el pacto en convenio regulador que establezca una solución diferente a la atribución de la vivienda familiar en favor del progenitor custodio sin que ello suponga que se contraría el interés superior del menor[73].

Ahora bien, en defecto de este acuerdo en convenio regulador o en defecto de tal acuerdo aprobado por la autoridad judicial, se aplicará automáticamente la solución aportada por el art. 96.1 CC en favor de la que fuera vivienda familiar[74] con independencia de que ésta sea de naturaleza privativa[75], proindiviso o ganancial[76] y sin atender a interés más necesitado de protección. Una solución más acorde a la realidad social actual de las familias hubiera sido incluir la palabra "preferentemente" en el precepto para permitir, que ante la falta de acuerdo o de acuerdo aprobado por la autoridad judicial, pueda ésta, valorando el caso enjuiciado y, por tanto, todos los intereses en juego (también los del cónyuge no custodio) atribuir "preferentemente" (pero no obligatoriamente) el uso de la vivienda familiar al cónyuge custodio. En tal sentido, matiza la STS 13 diciembre 2021[77] que:

"La doctrina que procede aplicar en el presente caso es la que refiere la recurrente, iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas, incluida la 241/2019, de 2 de junio de 2020, citada por el fiscal, hasta la última, que es la 351/2020, de 24 de junio en la que se declara:

[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

[...] esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que

71 En este sentido, Chaparro Matamoros, P.: "La relativización", cit., p. 87.

72 Así, Pinto Andrade, C.: "La atribución…", cit., p. 20.

73 *Vid*., en tal sentido, Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 3, julio-septiembre, pp. 166-167.

74 Otras soluciones interesantes han sido adoptadas por los ordenamientos civiles que coexisten en armonía con el Código Civil y que permiten que los hijos menores cubrir sus necesidades de vivienda en otra distinta a la que fuera familiar si el cónyuge custodio dispone de medios económicos y suficientes y el no custodio no, como así regula la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, en su art. 12.3 o la Ley 72, párrafo segundo del Fuero Nuevo de Navarra o el art. 233-20.4 CCCat.

75 En este sentido, *vid*., STS 29 marzo 2022 (Tol 8900789).

76 En este sentido, Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 428.

77 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

[...] Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las 'resoluciones más recientes' que dice la sentencia, sin citarlas".

La aplicación automática del art. 96.1 CC, en definitiva, podrá obviarse gracias a la flexibilización llevada a cabo por la jurisprudencia cuando concurran algunos factores destacables como el carácter no familiar de la vivienda o bien que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios:

"Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios"[78].

Pero téngase en cuenta que de no ser así, de no poder obviarse la aplicación automática del art. 96.1 CC, ello genera el problema de atribuir el uso de la vivienda familiar a quien ostente el interés más necesitado de protección en ese momento, a costa de colocar en situación de vulnerabilidad al cónyuge no favorecido con esta medida. La situación (por demás injusta) se podía haber paliado con el establecimiento de un derecho de arrendamiento forzoso, incluso con una renta baja, que aliviara la situación económica del cónyuge no usuario, en vez de la atribución gratuita ex lege que impone -en ausencia de pacto aprobado por el juez- el precepto comentado.

78 Según señala la citada STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

1. La quiebra de la atribución automática del uso de la vivienda familiar.

La dicción del art. 96.1 CC compele a una aplicación automática del precepto que no admite que el menor sea realojado en una vivienda distinta que fuera familiar, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de este precepto. En tal sentido, en la STS 30 septiembre 2011[79], el Tribunal Supremo se posicionaba en contra de que el progenitor custodio y los hijos menores habitasen una vivienda arrendada por cónyuge no custodio, análoga a la familiar y señalaba que el sistema legalmente establecido por el art. 96.1 CC en referencia al uso de la vivienda familiar "no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo"[80], todos o alguno de ellos. Por tanto, la doctrina jurisprudencial en su interpretación del precepto era muy estricta y no admitía limitaciones. Desatendía, en consecuencia, otros criterios en juego a valorar como el de necesidad de alguno de los miembros de la pareja o el de la titularidad de la vivienda[81]. Asimismo, incurría en el error de considerar que se perjudica el interés del menor si no se le atribuye el derecho de uso de la vivienda que fuera familiar[82].

Lo bien cierto, es que lo que se perjudica realmente en algunos casos, es el interés patrimonial de los progenitores hasta provocar la precariedad económica del cónyuge no custodio[83]. Así, con el transcurso de los años, la jurisprudencia ha intentado flexibilizar la contundencia de la aplicación rigurosa del art. 96.1 CC, planteando la posibilidad (la prioridad) de que las necesidades habitacionales del menor queden cubiertas, pero relajando la exigencia de que deban serlo única y exclusivamente ocupando la vivienda familiar y permitiendo que se asigne a estos efectos una vivienda alternativa, siempre que reúna los requisitos de habitabilidad.

Tal es el tenor de la STS 20 noviembre 2018[84] que antes de la reforma señalaba que "el interés superior del menor no puede desvincularse absolutamente del interés patrimonial de sus progenitores, cuando es posible conciliarlos". Por tanto, si cabe una interpretación más flexible del precepto, ello va a permitir que, en algunas ocasiones, el uso de la vivienda familiar corresponda a su titular aunque no sea el progenitor custodio. En tal sentido, la citada sentencia entiende que es posible compatibilizar los intereses del hijo menor y los de los padres y señala que:

79 STS 30 septiembre 2011 (Tol 2259065).

80 Asimismo, la STS 3 abril 2014 (Tol 4218412).

81 Por el contrario, esta limitaciones o excepciones sí son admitidas en el Derecho civil autonómico como en el art. 233-20.1 y 233-20.4 CCCat.; art. 12 Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, que atiende, entre otros, a criterios de necesidad de los miembros de la pareja y a la titularidad de la vivienda; o el art. 81.2 del Código del Derecho Foral de Aragón que atiende al mejor interés para las relaciones familiares.

82 Así se pronuncia la doctrina mayoritaria que considera muy rígida la doctrina jurisprudencial, como Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución", cit., p. 58; Ordás Alonso, M.: *La atribución*, cit., pp. 557-559.

83 Así, Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución", cit., p. 60.

84 STS 20 noviembre 2018 (Tol 6921906).

"La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que 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 (sentencias 671/2012, de 5 de noviembre; 284/2016, de 3 de mayo; 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018 de 4 abril).

(…) La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 CC:

El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre).

El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

Existe, por tanto, la posibilidad de extinguir el uso de la vivienda familiar por la introducción de un tercero en el inmueble, tal y como ha declarado la

jurisprudencia en algunas sentencias como la STS 20 noviembre 2018[85] arriba transcrita y la STS 29 octubre 2019[86] que señala, asimismo, que:

"(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza 'por servir en su uso a una familia distinta y diferente', como dice la sentencia recurrida.

(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores".

Todo ello pone de relieve lo que Blandino denomina como "la quiebra en el automatismo en la concesión del uso de la vivienda familiar al progenitor o progenitores custodio/s" lo que implica que, en diversas situaciones, la vivienda familiar seguirá el curso correspondiente a su régimen de titularidad, sin atribución del derecho de uso. Todo ello porque la nueva tendencia jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo considera que es posible compatibilizar la protección de los intereses de los hijos menores y el interés legítimo (aunque sea de carácter patrimonial y de menor rango siempre) de sus progenitores[87]. En tal sentido, ya se pronunció la STS 13 diciembre 2021[88] y anteriormente, la STS 17 junio 2013[89] al esclarecer cuáles deben ser los factores a considerar para mitigar el excesivo rigor de la aplicación automática del art. 96.1 CC[90]. Porque como pone de relieve esta última sentencia:

85 STS 20 noviembre 2018 (Tol 6919974).

86 STS 29 octubre 2019 (Tol 7571565).

87 Blandino Garrido, Mª. A.: "La contribución", cit., p. 60.

88 STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870).

89 STS 17 junio 2013 (Tol 3795745).

90 "Lo que pretende, por tanto, el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la perdida de la

"La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre".

Obviamente, la reforma del art. 96 CC por la Ley 8/2021, no condujo al deseado cambio en la aplicación del precepto, aunque algunas cuestiones sí mejoraron con su nueva redacción: quedó absolutamente claro que los hijos a los que se refiere el artículo debían ser comunes a ambos cónyuges (o a la pareja). Por tanto, quedan excluidos los hijos no comunes que quizás con el cambio de la realidad social española constituya un supuesto más que frecuente a considerar.

Asimismo, quedarían excluidos los hijos mayores de edad que el propio precepto redirige a la prestación de alimentos entre parientes de los arts. 142 y siguientes del Código Civil que permiten, a elección del alimentante, abonar una cantidad para cubrir esta necesidad o recibir al alimentista en su propia casa. Y es que la razón principal del art. 96 CC se asienta por un lado, en su carácter y finalidad asistencial. Por ello, la atribución del uso de la vivienda familiar pone el acento en la protección del familiar vulnerable[91] en una necesidad como la vivienda, que actualmente es acuciante y difícil de resolver[92] en muchos casos y que puede agravarse tras la crisis familiar[93]. Pero también, y de manera relevante, en la satisfacción y protección

vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.
Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que 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) (SSTS 10 de octubre 2011; 5 de noviembre de 2012)".

91 En este sentido, García Mayo, M.: "El uso", 2022, cit., p. 235.

92 De acuerdo con el informe del Consejo General del Notariado de 7 febrero 2023, en 2022, el precio del m² de la vivienda subió destacadamente en Madrid (12,2% anual), Murcia (11,0%), Canarias (10,4%) y Comunidad Valenciana (10,3%). Solo cayó en Castilla-La Mancha (-1,6%). Asimismo, en 2022, los nuevos préstamos para adquisición de vivienda aumentaron un 2,8% anual, hasta las 355.470 operaciones, creciendo en 14 autonomías. Su cuantía promedio fue de 153.357€, elevándose un 3,8% frente al año 2021. En https://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=d67a705d-23dd-4147-835a-385bb9a00275&groupId=2289837 (Consultado 8 febrero 2023).

93 *Vid.* Estellés Peralta, P. Mª.: "Concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables*, (dir. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190. No obstante, en opinión de García Mayo, M.: "El uso", 2021, cit., p. 192, la finalidad del legislador, con esta norma, no es la de satisfacer una necesidad habitacional de tipo económica. "Se trata, principalmente, de satisfacer una necesidad de tipo personal o social. La necesidad habrá de ir vinculada a la existencia de una serie de intereses —no necesariamente de carácter económico— que solo es posible satisfacerlos con la

del "entorno" social y familiar que afecta fundamentalmente a los menores o "teoría del apego"[94]. En consecuencia, el art. 96.1 CC precisa que la medida esté vigente hasta que los hijos comunes alcancen la mayoría de edad. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado, sumándose a la "teoría del apego", que la finalidad del precepto se halla en preservar el entorno habitual del menor pese a la crisis familiar a fin de evitar cambios perjudiciales de residencia. En preservar su interés superior porque la atribución de la vivienda al progenitor custodio evita que a "la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones", según señaló la STS 17 octubre 2017[95]. Cierto, pero cuando la adquisición de la vivienda o su traslado a la misma se haya producido recientemente ¿qué interés se protege en estos casos respecto del menor? Porque, obviamente, no será el del entorno "habitual" que no es tal, ni tampoco social pues quizás la familia se haya trasladado desde otra población. Tampoco se atiende al creciente uso (y hasta abuso) de las redes sociales que interconectan a los hijos con otros familiares y amigos espacialmente alejados y que permite que se comuniquen y relacionen igualmente; o a los casos de custodia compartida en los que el "niño maleta" se ha de desplazar semanal o quincenalmente del domicilio de la madre al del padre y viceversa.

2. La determinación del interés más necesitado de protección.

El art. 103 CC, regula las medidas provisionales o coetáneas a adoptar por el juez, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio ante la falta de acuerdo de los cónyuges o convenio regulador, aprobado judicialmente. Entre esas medidas, destaca la regulada en el párrafo 2º del precepto que contempla la necesidad de determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno. Ello habrá que ponerlo en relación con el art. 773 LEC. Contempla el art. 103 CC, pero no define, cuál es el interés más necesitado de protección. Quizás existan varios intereses protegibles pero habrá que graduarlos porque no todos van a poder recibir el mismo trato.

atribución de la vivienda que antes de la crisis matrimonial venía siendo la familiar, y no de otra. No es tanto un valor objetivo, como subjetivo". Es una norma de protección de la persona que forma parte o se integra en un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y afecto (familiares), de acuerdo con Manzano Fernández, M. M.: "Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial", *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science*, 2011, núm. 5, p. 13.

94 En el mismo sentido, García Mayo, M.: "El uso", 2022, cit., p. 236, quien hace alusión a la "teoría del apego".

95 STS 17 octubre 2017 (Tol 6401637) y, asimismo, SSTS 14 abril 2011 (Tol 2124703), 30 septiembre 2011 (Tol 2259065), 21 mayo 2013 (Tol 3878093), 13 julio 2012 (Tol 2635455).

Frente a este concepto jurídico indeterminado, la doctrina ha realizado una labor de conceptualización y en tal sentido, Luna Serrano[96], afirma que el "interés más necesitado de protección" es el interés de la cohesión familiar, del cumplimiento de las funciones familiares y, por lo tanto, de la formación y educación de los hijos y su bienestar. En consecuencia, ese interés familiar prioritario es el que aconseja conceder el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio que vaya a convivir con los hijos menores. En igual sentido, para Puig Brutau[97], el interés de la cohesión familiar y la educación y formación de los hijos y su bienestar, aconsejan conceder el uso de la vivienda familiar al cónyuge que deba seguir conviviendo con los hijos o con los más jóvenes de ellos. En opinión de García Cantero[98], el interés más necesitado de protección es el de la familia y sus diversos miembros (art. 39 CE) pero también el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). No obstante, se debe precisar que el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada no es el principio sobre el que pivota el precepto comentado, de lo contrario no se entendería que no se tengan en cuenta las necesidades habitacionales de los hijos mayores de edad[99] o del cónyuge no custodio.

En todo caso, téngase en cuenta que la aplicación automática del art. 96.1 CC obvia la atribución del uso de la vivienda que fuera el domicilio familiar a aquel otro miembro de la disuelta familia cuyo interés sea el más necesitado de protección. Y ello, porque el legislador presume que este interés "siempre" es el del hijo menor (para permanecer en su entorno social y familiar y, por tanto, en la que fuera vivienda familiar) y ahora también, tras la reforma por la Ley 8/2021, del hijo con discapacidad. El legislador ha desaprovechado la oportunidad de recoger la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, en ocasiones, mucho más sensibilizada con los demás intereses implicados en esta cuestión como son el no disponer el progenitor no custodio, de otra vivienda o contar con menores ingresos que el custodio o con una salud más precaria, etc. como la STS 25 noviembre 2022[100]. No sigue, por el contrario, este criterio la STS 29 septiembre 2022[101] que atribuye el uso al ahora padre custodio y a su hijo y obliga a la madre, quien deja de ser la custodia y carece de ingresos y empleo, a entregar la vivienda en un plazo de 10 días.

96 Luna Serrano, A.: "Invalidez, relajación y disolución del matrimonio", en *Derecho de familia*, vol. I, J.L. Lacruz Berdejo (dir.), Bosch, Barcelona, 1990, pp. 245-246, concretamente, p. 263.

97 Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 100-101.

98 García Cantero, G. y Castán Vázquez, J.M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, Derecho de familia, vol. I, Reus, Madrid, 1987, p. 1024.

99 *Vid*. Al respecto Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución", cit., pp. 72 y 79. Asimismo, la STS 19 enero 2017 (Tol 5944342), señala que con "la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos, el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC)".

100 STS 25 noviembre 2022 (Tol 9318718).

101 STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220).

Y así, pese a la reforma por la Ley 8/2021, se mantiene por el legislador una regulación que pretende la aplicación del principio "favor filii" o "favor minoris" y que identifica este interés del hijo con la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor con el que vaya a convivir para preservar al máximo las mismas condiciones familiares que disfrutaba el menor con anterioridad a la crisis familiar. Este marcado carácter asistencial del precepto atiende a la protección del entorno social, económico, familiar (proximidad con otros parientes) y habitacional, conocido y habitual para el menor antes de la ruptura[102]. No obstante, habrá situaciones que afectan al desarrollo emocional del menor y que tal vez aconsejen que no siga habitando una vivienda en la que padeció algunas situaciones traumáticas y/o algunos "horrores" de los que conviene alejarle para bien de su salud mental por lo que la atribución 'automática' e imperativa que establece el art. 96.1 CC no ampara su interés superior en estos casos. Tampoco si se no se vulnera el interés del menor en modo alguno. Habrá que estar a las circunstancias concreta del caso enjuiciado a tener de la STS 7 noviembre 2022[103] que señaló que:

"no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio, de modo que el tribunal debe realizar la ponderación de cuál sea el interés superior del menor en cada caso, ofreciendo una motivación reforzada sustentada en su mayor beneficio y con pleno respeto a sus derechos (sentencia 705/2021, de 19 de octubre)[104]".

Tal es caso enjuiciado en la citada STS 17 junio 2013[105]:

"Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuando concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación distinta en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia. No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de una finca de siete hectáreas e impide la disposición un patrimonio común importante que afectará necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges, sin merma del interés legítimo de un hijo que conoce la nueva casa, por ser la de su padre, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, y que transcurridos los tres años de

102 *Vid.* asimismo, Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 430.

103 STS 7 noviembre 2022 (Tol 9294450).

104 STS 19 octubre 2021 (Tol 8630944).

105 STS 17 junio 2013 (Tol 3795745).

uso se enfrentará a una situación escolar y de relaciones distinta de la que ahora disfruta.

La atribución del uso al menor y al progenitor, precisan las SSTS de 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012, 'se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho', que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC".

Sin embargo, el art. 96.2 CC sí contemplan que el juez valore -atendiendo al caso enjuiciado- cuál es el interés más necesitado de protección y le atribuya, en consecuencia, al cónyuge no titular, el uso de la vivienda familiar sin imponer soluciones apriorísticas que pueden dar lugar a situaciones de injusticia material.

Lo que no contempla el precepto es la atribución al progenitor no custodio (y titular o cotitular de la vivienda familiar) cuando el custodio dispone de medios suficientes para garantizar la necesidad de vivienda de los hijos comunes. Única circunstancia que tienen en cuenta tanto la doctrina como la jurisprudencia que sí han valorado la conveniencia de conciliar tanto los intereses de los hijos menores como de los progenitores, pese a la literalidad del art. 96.1 CC[106]. Interesante al respecto resulta la STS 5 noviembre 2012[107] que señaló en el caso enjuiciado que la adquisición de una vivienda por la madre custodia no provoca que la hija que con ella convive quede desprotegida de sus derechos pues la misma:

"cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre", y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler.

La atribución del uso al menor y al progenitor, precisa la STS de 29 de marzo de 2011, se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC".

106 *Vid.*, asimismo, Chaparro Matamoros, P.: "La relativización", cit., p. 102. Asimismo, Rubio Torrano, E.: "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2011, núm. 8, pp. 11-13.

107 STS 5 noviembre 2012 (Tol 2675572).

3. La subsidiariedad de la atribución del uso de la vivienda familiar ex art. 96.1 CC.

No conviene olvidar que el art. 96.1 CC es una norma dispositiva en defecto de acuerdo entre los cónyuges que deberá ser aprobado por la autoridad judicial si hay hijos comunes menores de edad. En consecuencia, es perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio en el convenio regulador, como también acordar no atribuirla a ninguno de los progenitores, siempre que las necesidades de vivienda de los hijos menores queden suficientemente cubiertas con otra medida[108] como la atribución de otra vivienda distinta a la familiar[109].

Al mismo tiempo, la dicción del art. 96.1 CC presupone la determinación de un régimen de custodia monoparental o exclusiva en el que los hijos menores quedan al cuidado de uno sólo de los progenitores. No obstante, este tipo de guarda y custodia ha dejado de considerase excepcional -también a nivel jurisprudencial- según analizamos seguidamente y se atribuye por más beneficiosa para el desarrollo de los hijos menores en un amplio número de casos. Pese a ello, el precepto no la contempla.

4. Soluciones salomónicas en los casos de custodia dividida y silencio respecto a la compartida.

La custodia compartida es una creación jurisprudencial que fue abriéndose paso lentamente a golpe de sentencia frente a la tradicional regulación del sistema de custodia monoparental y que llegó hasta el Tribunal Constitucional que la valoró en su STC 4/2001, de 15 de enero[110] y fue siendo aceptada desde entonces en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo finalmente regulada en la reforma que introdujo la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modificaba el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Es a partir de esta reforma cuando se hace referencia expresa a la custodia compartida en la nueva redacción al art. 92 CC, aunque muy restrictivamente, pues frente a la anterior libertad de origen jurisprudencial, la reforma la sometió a diversas restricciones como la solicitud de una de las partes (frente a la posibilidad de acordarla de oficio que el mismo Tribunal Constitucional había considerado legal en su STC 4/2001)[111], el dictamen del Ministerio Fiscal -actualmente declarado inconstitucional-, y como

108 Comparte la misma opinión Chaparro Matamoros, P.: "La relativización", cit., p. 88.

109 En esta línea, la normativa autonómica ya comentada que permite a los hijos menores cubrir sus necesidades de vivienda en otra distinta a la familiar en algunos casos, como regula el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio o la Ley 72, párrafo segundo del Fuero Nuevo de Navarra o el art. 233-20.4 CCCat.

110 STC 4/2001, de 15 de enero (Tol 81387).

111 STC 4/2001, de 15 de enero (Tol 81387).

no podía ser menos, la prevalencia del interés superior del menor[112]. Con todo, este tipo de custodia ha evolucionado muy rápidamente como consecuencia de las últimas y recientes reformas legales en el Derecho autonómico, que han abierto amplios espacios a la custodia compartida en el Derecho de familia español creando en la opinión pública un estado de concienciación y sensibilización hacia el tema que ha generado una amplia demanda social de regulación de esta modalidad de custodia no siempre exenta de intereses poco bondadosos (que no buscan precisamente el beneficio del hijo) y que destacan por la búsqueda del ahorro crematístico que supone la custodia compartida para el progenitor no custodio[113]. A este respecto, los legisladores autonómicos de Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana[114] y recientemente el País Vasco, dieron un paso adelante, estableciendo la custodia compartida como modalidad preferente, incluso en el supuesto de desacuerdo de los padres, si bien con matizaciones. También la jurisprudencia ha jugado un papel muy relevante en el cambio de tendencias y se ha pasado desde la tradicional reticencia hacia la custodia compartida a la negación de su excepcionalidad en numerosas sentencias, ayudando a superar la concepción y regulación de la custodia compartida como una modalidad de custodia excepcional en los supuestos de falta de acuerdo de los progenitores. En tal sentido, la paradigmática STC 185/2012, de 17 de octubre[115] entendió que el sistema de custodia compartida debía considerarse normal y no excepcional. Así se advierte, asimismo, en varios pronunciamientos del Tribunal Supremo que se apartan de esta medida como algo excepcional y aplican la custodia compartida como la modalidad más aconsejable para el interés del menor. En consecuencia, esta va a ser la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que desde 2013 viene estableciendo, con carácter general, la pertinencia del régimen de custodia compartida al entender que la custodia compartida es una medida "normal e incluso deseable" que "permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" en STS 29 abril 2013[116], asimismo SSTS 18 noviembre 2014[117], 14 octubre 2015[118], 11 febrero 2016[119], 16 septiembre 2022[120], 21 diciembre 2022[121] y 1 marzo 2023[122], entre otras muchas. Todo ello

112 En tal sentido, Estellés Peralta, P. Mª.: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar". *Revista Boliviana de Derecho*, 2017, núm. 24, pp. 76-97, concretamente, p. 81.

113 *Vid*., STS 29 marzo 2022 (Tol 8900789).

114 Posteriormente declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (Tol 5922198).

115 STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2675044).

116 STS 29 abril 2013 (Tol 3711046).

117 STS 18 noviembre 2014 (Tol 4556709).

118 STS 14 octubre 2015 (Tol 5512847).

119 STS 11 febrero 2016 (Tol 5645202).

120 STS 16 septiembre 2022 (*Tol 9332223*).

121 STS 21 diciembre 2022 (Tol 93566559).

122 STS 1 marzo 2023 (Tol 9437650).

atiende a la idea de que el reparto de responsabilidades de los padres respecto de sus hijos no les corresponde porque ambos progenitores tengan iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de los hijos o "favor filii". El fundamento del principio no es satisfacer los deseos e intereses de los padres, sino proteger los derechos e intereses de los hijos[123]. Ya la STS 27 septiembre 2011[124], entendió que la guarda compartida debe establecerse en interés del menor y no de los distintos y contrapuestos intereses de los progenitores. Porque la custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores y, por el contrario, la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor (así la citada STS 1 marzo 2023)[125], exigencia constitucional establecida en el art. 39 CE, cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el Juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo según sus circunstancias y las de sus progenitores, por ello indica que el juzgador debe tener en cuenta que "no son los afectos de los padres los que deben presidir la decisión judicial, sino "los derechos traducidos en afectos y los vínculos de estabilidad y bienestar que el menor desarrolla" con ambos progenitores en la nueva situación, con la presencia de los dos", criterios que ha venido manteniendo esta Sala en sentencias en numerosas ocasiones, STS 4 marzo 2016[126], STS 22 julio 2011[127], entre otras. Por ello, el Tribunal Supremo ya señaló en tan tempranas fechas que la guarda y custodia compartida se acordará cuando concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la STS 29 abril 2013[128] de la siguiente forma: debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que

123 *Vid*., STS 7 noviembre 2022 (Tol 9294450).

124 STS 27 septiembre 2011 (Tol 2248671).

125 STS 1 marzo 2023 (Tol 9437650).

126 STS 4 marzo 2016 (Tol 5669215).

127 STS 22 julio 2011 (Tol 2196632).

128 STS 29 abril 2013 (Tol 3711046).

la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (asimismo, STS 1 marzo 2023[129]).

Indiscutiblemente, la doctrina jurisprudencial sitúa a la custodia compartida como una opción bien valorada por nuestros tribunales durante la última década siempre que reúna determinados requisitos. En este sentido, la STS 20 diciembre 2021[130] enumera la distinta tipología de custodia compartida y señala en su FJ 3 que:

"no se discute la atribución de la custodia compartida a favor de los litigantes con respecto a su hija común, que cumplirá los 16 años de edad, el próximo día 29 de diciembre, lo que conforma una manifestación declarada por este tribunal del interés y beneficio de los menores, en tanto en cuanto: 1) se fomenta la integración de los hijos con su padre y con su madre, obviando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (sentencias 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras). De esta manera, el recurso queda circunscrito a la forma de atribución del uso de la vivienda familiar, que adquiere especiales connotaciones en casos como el presente, ante las distintas modalidades de atribución susceptibles de ser adoptadas, tales como: (i) Custodia compartida simultánea, en supuestos excepcionales en que los hijos conviven con sus padres en la misma casa, cuando existen posibilidades reales y efectivas de vida separada entre ellos en el mismo inmueble. (ii) Custodia compartida a tiempo parcial, en que los hijos permanecen en el que fue domicilio familiar, siendo los padres quienes periódicamente lo abandonan cuando la custodia corresponde al otro progenitor. Es el modelo denominado de 'casa nido', adoptado por la sentencia recurrida. (iii) Custodia compartida a tiempo parcial, con cambio de residencia de los hijos, que se ha descrito gráficamente con la expresión de 'niños mochila', en el que son los menores quienes periódicamente conviven en el respectivo domicilio de sus padres. (iv) Custodia compartida, en la que la distribución del tiempo de convivencia no es igualitario con respecto a los padres, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que condicionan la viabilidad de la custodia común. (v) A su vez los sistemas referidos admiten distintas fórmulas, en relación a los periodos temporales en que se lleva a efecto el cambio de custodia, siendo el más habitual el semanal, aunque caben otras modalidades temporales de intercambio: diario, quincenal, mensual etc.".

129 STS 1 marzo 2023 (Tol 9437650).

130 STS 20 diciembre 2021 (Tol 8745964).

La importancia que va adquiriendo el régimen de custodia compartida no es baladí puesto que las cifras así lo indican: pese a que en 2021 el total de crisis conyugales que terminaron en nulidad, separación y divorcio asciende a 90.582 casos (frente a los 102.341 casos que se produjeron en 2017), el total de casos de ruptura ha ido aumentando de nuevo y en 2021 ha habido un incremento anual respecto de 2020 del 13,2%.Del total de procesos de disolución y nulidad, en 2021 hubo 86.851 divorcios, un 12,5% más que en el año anterior.

La custodia compartida fue otorgada en el 43,1% de los casos de divorcio y separación de parejas con hijos, según los últimos datos publicados por el INE[131], frente al 30,2% de los casos de divorcio y separación, sobre el año 2017[132], luego el incremento es muy importante y la tendencia se va aproximando con gran fuerza al 50% de los casos.

Teniendo en cuenta que la asignación del uso de la vivienda familiar se halla interconectada con el régimen de custodia establecido tras la ruptura conyugal, régimen de custodia que puede ser tanto monoparental como compartida, lo que no se comprende es por qué el art. 96.1 CC presume que, en los casos de crisis familiar, el régimen de custodia sobre los hijos comunes menores va a ser exclusivo o monoparental[133] cuando la tendencia apunta en sentido contrario[134]. Y así lo pone de manifiesto De Verda, quien señala que a causa de que el precepto no prevé esta "eventualidad" bastante común, para los escenarios de guarda y custodia compartida han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el art. 96.1 CC[135]. No se comprende la oportunidad perdida que dejó pasar el legislador en la reforma del precepto.

De todas formas, en los casos de custodia compartida, sistema al que se le supone que concilia mejor los intereses del hijo para relacionarse con ambos progenitores, implica la salida del hijo de la vivienda familiar asignada a uno de los progenitores para convivir en los períodos correspondientes con el otro progenitor en otra vivienda distinta, dando lugar al "niño mochila" o "maleta", solución no siempre beneficiosa para los menores y relativizando la importancia real de la vivienda familiar para los intereses del menor[136]. Se aprecia una cierta contradicción jurídica en ello porque si la vivienda familiar fuera tan prioritaria

131 Datos INE publicados el 15/07/2022.

132 Según los últimos datos del INE disponibles a 15/07/2022. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 [consultado 13 de febrero de 2023].

133 *Vid*. al respecto, De Verda y Beamonte, J.R.: "La atribución" cit., p. 15.

134 Según los últimos datos del INE disponibles a 15/07/2022. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206 [consultado 13 de febrero de 2023]. Y que fue cobrando auge a partir de la Ley de 8 de julio de 2005, por la que se dio nueva redacción al art. 92 CC.

135 De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución", cit., p. 17.

136 *Vid*., Chaparro Matamoros, P.: "La relativización", cit., pp. 93-94.

para preservar los intereses de los hijos, sólo sería admisible el sistema de la "casa nido" en los casos de custodia compartida pero que no está bien valorada por nuestra jurisprudencia por los problemas que plantea. En este sentido, la citada STS 20 diciembre 2021[137] se posicionó en contra la "casa nido", que consideró poco idónea para los intereses de los menores, señalando que esta modalidad de custodia compartida:

"constituye una fórmula viable que, sin embargo, contiene importantes dificultades para su adopción, en tanto en cuanto requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia. En definitiva, implica una fórmula de economía colaborativa, que deberá contar con la adhesión de los progenitores, que quieran y puedan atender a las exigencias que implica su puesta en marcha, lo que requiere la existencia de un buen 'coparenting' -relaciones de los padres entre sí-. Todo ello, además, con el requisito de contar con una capacidad económica suficiente para sufragar los mayores gastos, que exige la adopción de este concreto patrón de decisión. El fracaso de una medida de tal clase lesionaría el interés y beneficio de los menores, en cuanto a su estabilidad y satisfacción de sus necesidades. Es por ello que, dadas las dificultades expuestas, la jurisprudencia se muestra reticente a la adopción de una solución de tal clase, toda vez que implica contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica, y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, que conlleva a que se descarte su adopción en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio, todas ellas citadas en la más reciente sentencia 438/2021, de 22 de junio:

Pues bien, bajo las connotaciones expuestas, el recurso de la madre debe ser estimado, máxime cuando alega carecer de capacidad económica suficiente para sufragar los gastos de dos viviendas, la que fue en su día familiar y la propia para cubrir sus necesidades individuales de habitación, así como tampoco existe una buena predisposición constatada de los litigantes para participar en la gestión que implica el mantenimiento y cuidado de la vivienda común de uso temporal asignado".

En todo caso, y a falta de criterios específicos que orienten al juez en su decisión sobre la atribución de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, la

137 STS 20 diciembre 2021 (Tol 8745964).

doctrina apunta algunas soluciones[138]: con independencia de los supuestos viables económicamente de "casa nido" en los que los hijos permanecen en la vivienda y son los padres los que se desplazan alternativamente a la misma, en los periodos de ejercicio de la guarda y custodia, se propone que se atribuya el uso de la vivienda a los hijos y al progenitor que, en cada momento, los tenga bajo su guarda y custodia. Recordemos que esta modalidad es rechazada por la jurisprudencia. Otra opción, más habitual es la que atribuye el uso de la vivienda a uno solo de los progenitores, el usuario de la vivienda, junto con los hijos, y se impone al otro progenitor que se procurare un inmueble para habitar y compartir con los hijos en los periodos de ejercicio de la guarda y custodia. En este caso, son los hijos los que se desplazan entre una vivienda y otra relativizándose la importancia de la vivienda familiar en estos casos[139]; Obviamente, en este supuesto, la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda, atenderá al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando factores, como la titularidad de otra vivienda, la situación económica, etc. Finalmente, se podía acordar que la vivienda familiar no se atribuya a ninguno de los progenitores porque se proceda a su venta y cada cónyuge adquiera (o arriende) otra vivienda distinta que compartirá con los hijos comunes en los períodos de ejercicio de la guarda y custodia. En todo caso, cualquiera de las soluciones propuestas supone una medida onerosa en el contexto económico actual, tanto laboral como en relación con la carestía de vivienda en propiedad y arrendada, de difícil solución que obviamente afectará a los alimentos que deban prestarse a estos hijos al reducirse la capacidad económica de los progenitores[140] y de difícil modificación a posteriori.

En tal sentido, la SAP Madrid 3 febrero 2023[141] señala que:

"Ha de tenerse en consideración que la atribución del uso de la vivienda conyugal, viene basada en presupuestos de intereses necesitados de mayor protección, genéricos que no específicos, se efectúa al momento de la ruptura o crisis a fines de mero alojamiento, de asentamiento estructural del núcleo precisado de mayor protección, en evitación del peregrinaje del mismo y de su desarraigo, esto es, solo hay un momento de atribución del uso, el de la quiebra de la pareja, que no otros posteriores, y siempre con carácter temporal, sin conferir al beneficiario mayores derechos de los que deriven del título de ocupación.

138 *Vid*. Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., segunda parte, p. 871.

139 En tal sentido, Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución", cit., p. 64, para quien no siempre precisa el hijo de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades habitacionales a través de una vivienda alternativa idónea.

140 En el mismo sentido, Chaparro Matamoros, P.: "La relativización", cit., pp. 95.

141 SAP Madrid 3 febrero 2023 (Tol 9436192). *Vid*., asimismo, las SSAP Guadalajara 1 febrero 2023 (Tol 9437389), Barcelona 3 enero 2023 (Tol 9423249), Madrid 13 enero 2023 (Tol 9417636) o Burgos 23 diciembre 2022 (Tol 9419480), entre otras.

Ninguna razón justifica se asigne ahora el uso en beneficio de D. Fermín, cuya necesidad básica de vivienda viene perfectamente cubierta, sin alteración alguna de circunstancias contempladas al tiempo del divorcio en orden a sus posibilidades y capacidad para dar cobertura suficiente y digna a repetida necesidad propia de alojamiento que presenta y la de los hijos comunes en los tiempos en que con ellos permanezca, y en lo que afecta al interés precisado de mayor protección".

Lo que sí se ha previsto el legislador en el art. 96.1.4.CC son los supuestos de custodia dividida o repartida. En estos casos, en los que se reparte entre los dos cónyuges la guarda y custodia de los hijos menores, separando a los hermanos quedarán unos a cargo de un progenitor y otros del otro y cuya posibilidad contempla el precepto, la única previsión que establece el precepto, es que el juez decida sobre la atribución del uso de la vivienda familiar sin más indicaciones. El criterio del "interés más necesitado de protección" no se presume a priori en favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso[142]. En consecuencia, la doctrina señala algunos criterios a considerar para conceder el uso de la vivienda a uno de los dos grupos familiares en que ha quedado dividida la otrora unidad familiar. Así se apuntan algunos posibles factores decisorios como el número de hijos que integra cada uno de los dos grupos familiares; la situación económica de cada uno de los grupos familiares, las dificultades o las posibilidades para hacer frente a las nuevas necesidades de vivienda; las retribuciones salariales de uno u otro cónyuge; el estado de salud de los progenitores o de los hijos; la edad de los hijos, etc. En este contexto, señala Sifre que, si no queda acreditado un interés especial de protección en uno de los grupos familiares, resulta factible que si la vivienda familiar es privativa se atribuya al cónyuge titular. Por el contrario, en los casos más comunes, en los que la vivienda familiar es de titularidad conjunta, al ser el uso compartido, se puede optar bien por dividirla —si es posible su división material—, o bien por atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada uno de los dos grupos familiares[143].

VI. LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD.

La Ley 8/2021 pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 con el fin de promover en las personas con discapacidad, "el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (art. 249 CC).

142 Así Berrocal Lanzarot, A. I.: "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1082-1153, concretamente, p. 1093.

143 Sifre Puig, R. F.: "La atribución", cit., segunda parte, p. 870.

1. La atribución del uso a los hijos menores con discapacidad que alcanzan la mayoría de edad.

La reforma mencionada ha suprimido tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada, en aplicación de la Convención de 2006, adaptando un nuevo modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad que incide en el análisis del art. 96.1 CC que también se reforma.

En tal sentido, el precepto señala, al respecto, que:

"Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes".

Como consecuencia de la desaparición de la patria potestad prorrogada y, teniendo en cuenta que es muy posible que el menor con discapacidad continúe con ésta al alcanzar su mayoría de edad, necesitando cubrir sus necesidades de vivienda por más tiempo, el legislador protege a estos hijos manteniéndoles en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, como una medida de apoyo parental. En caso de que el hijo con discapacidad, goce de algunos recursos (empleo, rentas, etc.) será posible establecer un plazo temporal de duración con límite máximo de este derecho de uso[144].

Asimismo, el precepto establece que:

"A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparán a los hijos menores que se hallaren en similar situación".

Así pues, los hijos mayores de edad con discapacidad son equiparados por el legislador a los hijos menores en el uso de la vivienda familiar cuando fuera conveniente su continuación en el uso de la vivienda, por considerarse su interés también necesitado de protección[145]: A ello se debe señalar que el legislador no ha indicado la duración del derecho lo que conduce a una interpretación jurisprudencial que, protegiendo a estos hijos conjugue, asimismo, otros derechos en liza. Habrá que atender, eso sí, a su situación personal y sus circunstancias.

144 *Vid*., en el mismo sentido, De La Iglesia Monje, Mª. I.: "El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad. (Art. 96 CC y su relación con el art.149 CC)", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1065-1081, en concreto, p. 1066.

145 En esta línea, Berrocal Lanzarot, A. I.: "La atribución", cit., p. 1098.

En relación con ello la STS 7 julio 2014[146], aunque anterior a la reforma por la Ley 8/2021, ya recogía los postulados de la Convención de las personas con discapacidad y, en consecuencia, se pronuncia con el siguiente tenor:

"La Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico".

Por otro lado, la STS 19 enero 2017[147] señaló que el interés superior del menor, en el que se inspira el art. 96 CC, no es totalmente equiparable al caso del hijo mayor de edad con discapacidad, y que la protección del hijo con discapacidad debe procurar su integración mediante un sistema de apoyos, según su grado de discapacidad. En consecuencia, determina que la atribución de uso de la vivienda familiar es de carácter limitado y temporal porque entiende que:

"Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería

146 STS 7 julio 2014 (Tol 4426700).

147 STS 19 enero 2017 (Tol 5944342).

contrario al artículo 96 del Código Civil, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad o, al menos, lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad".

No cabe, en conclusión, la atribución del uso de la vivienda familiar de manera indefinida que se asiente en la discapacidad del hijo como única premisa, sino que deben tomarse en consideración, además, la necesidad habitacional, de apoyos parentales, etc. Todo ello determinará la fijación del plazo en el uso de la vivienda familiar, que es, de naturaleza temporal[148].

2. La atribución del uso a los hijos mayores con discapacidad en el momento de la crisis conyugal.

Por otra parte, en relación con los hijos mayores con discapacidad llegada la crisis que provoca la ruptura de la convivencia familiar, la doctrina requiere que la situación de discapacidad exista al tiempo de la separación, nulidad y divorcio. En estos casos, se debe probar la conveniencia de mantener al hijo discapacitado en la vivienda familiar (bien por estar adaptada a su situación, cercanía centro escolar u otros motivos suficientes en relación a su discapacidad) y debe constar la voluntad del hijo con discapacidad de permanecer en ésta y sin que sea necesario que existan medidas de apoyo acordadas[149]. En todo caso, el juez podrá fijar el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes, al igual que en los supuestos en que concurren hijos menores con discapacidad tras alcanzar su mayoría de edad. A su vez, de la referencia a la "continuación" del uso que hace el art. 96.1 en su segundo párrafo CC, cabe entender que se trata de hijos que se encuentren conviviendo en la vivienda familiar en el momento de producirse la nulidad, separación o divorcio de sus padres.

Se aprecia, en consecuencia, que la línea marcada por legislador va en paralelo a la de nuestros tribunales y no toma en consideración la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo que únicamente equiparó a los hijos mayores de edad con discapacidad a los hijos menores respecto de los alimentos, pero no con respecto a la atribución del uso de la vivienda en ningún caso[150] argumentando, entre otras la ya citada STS 19 enero 2017[151], que:

148 En el mismo sentido, De La Iglesia Monje, Mª. I.: "El uso", cit., p. 1075.

149 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La atribución", cit., p. 1098.

150 Idem.

151 STS 19 enero 2017 (Tol 5944342).

"no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad".

[…] el interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de sus estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume a su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija y no por su madre».

[…] una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra cosa distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art.142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurrido esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfechos, si no pudiera atenderlos por sí misma mediante la obligación de alimentos de los progenitores".

En consecuencia, la sentencia no atribuye el uso de la vivienda al hijo mayor de edad con discapacidad porque se considerada que su interés no es el más necesitado

de protección. No equipara hijos menores con mayores con discapacidad. Este enfoque tiene su lógica si se atiende a que la discapacidad es graduable y por ello, no es conveniente realizar una equiparación general de los hijos menores con aquellos mayores con alguna discapacidad más o menos limitativa[152]. En consecuencia, no es de extrañar que esta postura jurisprudencial se aparte de la que señaló la STS 30 mayo 2012[153] que consideró que los hijos con discapacidad (en el caso enjuiciado se había incapacitado al hijo mayor de edad) deben ser equiparados a los menores en esta cuestión porque su interés también resulta ser el más necesitado de protección y, es por ello, que también están incluidos en el art. 96.1 CC. Obviamente, parece que el tribunal no distinguió entre incapacidad y discapacidad pues la última no siempre comportaba la primera.

Así pues, superada la doctrina jurisprudencial que mantenía la STS 30 mayo 2012[154], en los casos en que se valore la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad que al tiempo de la nulidad separación o divorcio padezca una discapacidad, se deberá atender a cada caso concreto. La razón primordial que señala la doctrina es que el mayor de edad con discapacidad, a diferencia del hijo menor, puede satisfacer sus necesidades asistenciales a través del derecho de alimentos que le corresponda sin que sea necesario privar al progenitor titular de la vivienda del uso de la misma de manera permanente (SSTS 8 marzo 2017[155] y 4 abril 2018[156])[157]. Por ello, el cambio de doctrina jurisprudencial también se apoya en el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar basado en que el art. 96 CC no configura este derecho de uso con carácter indefinido ni expropiatorio de la propiedad de la vivienda de la que es titular uno de los cónyuges (si tenemos en cuenta que algunas discapacidades son permanentes)[158]. Sin embargo, en mi opinión, cuando los hijos mayores de edad padecen una discapacidad permanente que haga conveniente y necesaria su continuidad en la vivienda familiar sin que su necesidad habitacional en relación a sus concretas circunstancias (accesibilidad de la vivienda, etc.) pueda ser cubierta adecuadamente de otra manera, habrá que considerar su permanencia en la misma para tutelar el interés del más vulnerable y necesitado de protección. Sólo el análisis del caso

152 En el mismo sentido, Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10 bis, pp. 32-63, en pp. 55.

153 STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108).

154 STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108).

155 STS 8 marzo 2017 (Tol 5990775).

156 STS 4 abril 2018 (Tol 6566197).

157 *Vid*., García Mayo, M.: "El uso", cit., 2022, pp. 248-249.

158 Igualmente, García Mayo, M.: "El uso de", cit., 2022, p. 246. Para Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras", cit., p. 57, la atribución del uso de la vivienda familiar debe ser una medida de última ratio que exclusivamente debe adoptarse cuando sea posible afrontar de otra manera la necesidad de vivienda de quien presente el interés más necesitado de protección.

concreto llevará a alcanzar la solución más justa y óptima para todos los implicados porque no todas las discapacidades tienen los mismos grados y limitaciones.

VII. LA EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.

La reforma del art. 93 CC por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que introdujo el segundo apartado del precepto según el cual "si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código", no encuentra correlativo en el Código Civil en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de los hijos mayores de edad que continúan viviendo en el hogar familiar, aun cuando carezcan de independencia económica. Así las cosas, dos corrientes doctrinales y jurisprudenciales se contraponen en su intento de incluir[159] o bien excluir a los hijos mayores de edad del primer párrafo del art. 96 CC[160]. No obstante, el legislador no ha contemplado la aplicación de los criterios del art. 93.2 CC en sede de alimentos a la atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 CC y ello lo evidencia el dato de que no ha procedido a su inclusión pese a las numerosas reformas del Código Civil, por lo que no cabe una interpretación extensiva de la norma prevista para menores de edad en el art. 96.1 CC, si atendemos a que la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de propiedad[161]. Es más, en el propio precepto se indica que el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden "hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad". Luego el límite temporal -a falta de otro determinado en el convenio regulador o la sentencia- lo establece el precepto en la mayoría de edad del menor de los hijos comunes, en cuyo momento el derecho de uso se extingue.

159 Por todos, Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico*, cit., p. 429; Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", *Tratado de Derecho de Familia*, 2017, vol. III, 2ª ed., Aranzadi, p. 41; Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 3, edición digital, p. 3., para quienes resulta aplicable el art. 96. 1 CC a los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios y cuya situación no la hayan generado ellos mismos por apatía o pereza.

160 En esta línea, Cervilla Garzón, Mª. D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017, p. 28; De Verda y Beamonte, J.R. y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 752, p. 3407; Guilarte Martín-Calero, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013, núm. 93, p. 530; Tena Piazuelo, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 227; Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras", cit., p. 43; Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2016, núm. 41, p. 15.

161 Así, Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras", cit., p. 43.

Una vez alcanzada por todos ellos la mayoría de edad, la persistencia de necesidades habitacionales en estos hijos no es determinante para la atribución del uso de la vivienda familiar. Y así se pronuncia la jurisprudencia al desvincular al desvincular el uso de la vivienda familiar a la prestación de alimentos en relación con los hijos mayores de edad aun cuando convivan en el hogar familiar y carezcan de ingresos propios y, por ende, de independencia económica (STS 19 enero 2017[162]). Por tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar no tiene en nuestra legislación civil común el carácter de contribución en especie a los alimentos de los hijos[163].

En consecuencia, un importante sector doctrinal entiende que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existan hijos mayores de edad no puede vincularse en ningún caso con la prestación alimenticia prevista en el art. 93.2 CC, sino que habrá de realizarse a tenor del art. 96.3 CC (y no del art. 96.1 CC) y, por ende, a favor del cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección en función de las circunstancias concurrentes[164]. Y en esta línea se pronuncia la jurisprudencia.

Así la STS 23 enero 2017[165], ya señalaba que:

"Cuando existen hijos menores de edad el interés de éstos es el que determina la atribución del uso de la vivienda familiar, que corresponderá a ellos y al progenitor custodio (artículo 96.1 CC). Sólo existen dos factores que eliminan el rigor de la norma: (i) cuando la vivienda no tenga el carácter de familiar; (ii) cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. Así se recoge en la sentencia 284/2016, de 3 mayo, rec. 129/2015, que se hace eco de lo declarado en la sentencia de 5 de noviembre de 2012, reiterado en las de 15 de marzo de 2013 y 16 de enero de 2015. Por tanto, la sentencia de primera instancia fue correcta atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la menor y a la progenitora custodia.

Ahí pudo detenerse. Sin embargo, conocedora de la doctrina de esta Sala, limitó la aplicación rigorista del artículo 96.1 CC hasta la mayoría de edad de la menor para, alcanzada ésta, que se aplicase el artículo 96.3 CC y se decidiese

162 STS 19 enero 2017 (Tol 5944342).

163 *Vid.*, en este sentido, Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución", cit., p. 52. Tampoco para García Mayo, M.: "El uso", cit., 2021, pp. 187-221, en p. 190; Luque Jiménez, M.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2012, p. 56; Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 246; Páramo y De Santiago, C.: "Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2015, núm. 172, p. 133.

164 Asimismo, la situación de los cónyuges cuando todos los hijos son mayores de edad, se asimila a la de los cónyuges sin hijos del párrafo tercero del precepto analizado.

165 STS 23 enero 2017 (Tol 5944409).

prudencialmente a favor del cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable.

En efecto existe doctrina de sentencia de pleno, que recoge la sentencia 315/2015, de 29 de mayo, rec. 66/2014, del siguiente tenor: 'La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, dice la sentencia de 11 de noviembre 2013, deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignado inicialmente por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas'. En atención a lo expuesto la sentencia recurrida decidió prematuramente, como si la hija ya fuese mayor de edad, y teniendo en cuenta sólo las circunstancias de ella y no la del progenitor más necesitado de protección en atención a las circunstancias fácticas que la propia sentencia recoge.

Un supuesto similar fue el que decidió la sentencia 604/2016, de 6 de octubre, rec. 1986/14, con cita de la jurisprudencia antes citada, y declara lo siguiente: En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida valora que los hijos viven con su madre y que no tienen independencia económica encontrándose en periodo de formación por lo que, dice, sin citar jurisprudencia alguna, que solo cabe hacer el uso y atribución del domicilio 'a los hijos por ser estos el interés más necesitado de protección' y 'exclusivamente hasta la independencia económica''.

Continúa la sentencia argumentando que el uso se atribuye al progenitor custodio y que, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, la custodia desaparece y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo a esos hijos en su propia casa:

"Sin duda, el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación. El uso se atribuye al progenitor, como luego se dice en el fallo, y por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos sino a ella, aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores

en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada".

Así pues, el Tribunal Supremo clarifica que el art. 96.1 CC no atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores de edad hasta la independencia económica, sino que va más allá y atribuye el uso de la vivienda al progenitor custodio lo que se extiende a los hijos menores hasta alcanzar la mayoría de edad.

La propia sentencia puntualiza, tal y como apuntamos anteriormente, que si hubiese querido el legislador asumir la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad sin independencia económica que convivan con uno de los progenitores así debió haberlo previsto de forma explícita, al modo que se hace en el art. 93.2 CC respecto del derecho a percibir pensión alimenticia. Al no haberse establecido tal previsión legal no cabe interpretación extensiva alguna de la norma prevista para menores de edad en el art. 96.1 CC, máxime cuando es evidente que la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de dominio.

En esta línea ya se habían manifestado las STS 29 mayo 2015[166] al señalar que la mayoría de edad alcanzada por el hijo hace que los progenitores se encuentren ante una nueva circunstancia, estando en situación de igualdad ambos; o la STS 6 octubre 2016[167], que afirmó que, extinguiéndose la custodia cuando el hijo alcanza la mayoría de edad, si este precisara de alimentos, entre los que se incluye la habitación, no tiene porqué recibirlos en la vivienda familiar, sino que puede recibirlos en la residencia de cualquiera de los progenitores[168]. Tal es así que la reciente STC 12/2023, de 6 de marzo[169] señala que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor, tenga la edad que tenga, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional avala que no se vulnera la tutela judicial efectiva de los hijos que han alcanzado la mayoría de edad porque "ningún alimentista mayor de edad,

166 STS 29 mayo 2015 (Tol 5010151).

167 STS 6 octubre 2016 (Tol 5843481).

168 SSTS 30 marzo 2012 (Tol 2509172), 11 noviembre 2013 (Tol 4022595), 12 febrero 2014 (Tol 4184116), 28 octubre 2015 (Tol 5544522), 6 octubre 2016 (Tol 5843481), 25 octubre 2016 (Tol 5859683) o 21 de diciembre 2016 (Tol 5930854). En estas resoluciones, el argumento expuesto se utiliza para denegar la atribución del uso de la vivienda familiar en virtud del art. 96.1 cuando los hijos son ya mayores de edad. Pero esta doctrina es, asimismo, referida en otras muchas resoluciones en las que, pese a haberse atribuido el uso por ser los hijos menores de edad, consideran la mayoría de edad como límite temporal de la referida atribución: SSTS 22 abril 2004 (Tol 392352),10 febrero 2006 (Tol 827039), 3 abril 2014 (Tol 4218412), 25 abril 2016 (Tol 5708237), 25 octubre (Tol 5859683), 20 junio 2017 (Tol 6201425) o 27 septiembre 2017 (Tol 6369738).

169 STC 12/2023, de 6 de marzo (Tol 9466559).

cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores y, por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1 sino del párrafo 3 del artículo 96 CC (sentencia de 11 de noviembre de 2013)".

Así pues, siguiendo la doctrina jurisprudencial que descartó que los hijos mayores de edad fueran acreedores de la protección que brinda el art. 96.1 CC, y en coherencia con el art. 149 CC, el progenitor con el que el hijo no convive podría satisfacer la necesidad de habitación del ya hijo mayor de edad, mediante el pago de una pensión de alimentos o manteniéndolo en su propia casa.

Pero nada obsta para que en se pacte en convenio regulador por mutuo acuerdo, formulado ante el letrado de la Administración de Justicia o notario, prestando su consentimiento tanto los cónyuges como los hijos mayores de edad o los menores emancipados respecto de las medidas que les afecten (el uso de la vivienda, v. gr.) por carecer de ingresos propios y tener necesidad de convivir en el domicilio familiar.

VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS "DE LEGE FERENDA".

PRIMERA. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha modificado la redacción del art. 96 CC y ha introducido expresamente la referencia a los hijos con discapacidad a los que no se hacía alusión con anterioridad y que generaba numerosos problemas de interpretación al respecto.

SEGUNDA. La nueva redacción clarifica que la medida de atribución del uso de la vivienda está referida a los hijos comunes de ambos cónyuges y no de los habidos por cualquiera de ellos con una tercera persona aunque convivieran estos últimos en el hogar familiar.

TERCERA. El inmueble que reúna las condiciones de habitabilidad y constituya la residencia habitual de la unidad familiar, por tratarse del lugar en el que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia, ocupada por los cónyuges y por los hijos en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia, se considera vivienda familiar. En este sentido, se sigue considerando como vivienda familiar, en cuanto sirve a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Por ello, la entrada de

una tercera persona en el ámbito sentimental de uno de los ex cónyuges y, materialmente, en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente.

CUARTA. La determinación de quién va a continuar en el que fuera domicilio conyugal y familiar, estará en función de una serie de circunstancias que deben tenerse en cuenta para adjudicar el uso de la vivienda conyugal a uno u otro cónyuge. El criterio principal tenido en cuenta para el caso de que existan hijos comunes es que el derecho al uso de la vivienda se adjudica automática y cuasi imperativamente al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos, en atención al interés primordial de los hijos que es el criterio que se hace prevalecer en vez de poner el acento en el posible interés o conveniencia del cónyuge custodio. Tal es la regulación del art. 96.1 CC a falta de acuerdo de los excónyuges. No obstante, como hemos analizado, no siempre se preserva el interés superior del menor cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar (automáticamente) al cónyuge custodio. Y al mismo tiempo, no se atienden debidamente otros intereses de los afectados por esta crisis familiar. En el caso de que se determine la custodia compartida de los menores (supuesto bastante habitual actualmente), el domicilio familiar deja de ser único y se duplica pues ambos progenitores van a convivir con sus hijos menores en la antigua vivienda familiar (o no) y en otra u otras nuevas.

QUINTA. En el caso de la continuidad en el domicilio familiar del cónyuge custodio y los hijos que han quedado a su cuidado, surge el problema del uso real de la vivienda *versus* la titularidad jurídica de ésta (antes vivienda conyugal y ahora familiar), que puede haber sido arrendada por los cónyuges, o adquirida conjuntamente por ambos ostentando los dos cónyuges la propiedad de la misma; o bien que pertenezca a uno solo de los cónyuges que bien puede ser el que la habita en compañía de los hijos pero también del que abandona la vivienda familiar para constituir uno nuevo domicilio individual separado de su ex cónyuge e hijos.

SEXTA. En mi opinión, el derecho de uso sobre la vivienda familiar no es un derecho real ni personal sino familiar y sui generis, que atribuye la posesión exclusiva de la vivienda familiar a uno de los excónyuges, impidiendo el uso de la misma al otro, además de una limitación a la facultad de disponer del cónyuge titular de la vivienda familiar oponible erga omnes e inscribible en el Registro de la Propiedad. Para esta limitación de los derechos del cónyuge titular de la vivienda al que no se le ha atribuido el uso de su propiedad tanto para su disfrute como para su disposición, quizás se debiera tener en cuenta que no siempre la atribución del uso al cónyuge custodio preserva mejor los intereses de los hijos menores.

SÉPTIMA. Curiosamente este "derecho de ocupación familiar" que conlleva el derecho de uso de la vivienda familiar, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, por lo que la protección del cónyuge usuario no queda plenamente plasmada.

OCTAVA. La aplicación automática del art. 96.1 CC impide la atribución del uso de la vivienda familiar en perjuicio de aquel miembro de la disuelta familia cuyo interés sea el más necesitado de protección. Y ello, porque el legislador presume que este interés siempre es el del hijo menor (para permanecer en su entorno social y familiar y, por tanto, en la que fuera vivienda familiar) y ahora también, tras la reforma por la Ley 8/2021, del hijo con discapacidad. Lástima que el legislador no haya aprovechado la oportunidad de recoger la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, más sensibilizada con los otros intereses implicados en esta cuestión, como no disponer el progenitor no custodio de otra vivienda o contar con menores ingresos que el custodio o salud más precaria, etc., en vez de mantener una regulación que pretende la aplicación del principio favor filii o favor minoris y que identifica este interés del hijo con la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor con el que vaya a convivir para preservar al máximo las mismas condiciones familiares que disfrutaba el menor con anterioridad a la crisis familiar, confiriendo un marcado carácter asistencial y automático del precepto, que no siempre es la solución óptima.

NOVENA. La aplicación automática del art. 96.1 CC puede evitarse si hay acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, luego se trata de una norma dispositiva que permite efectuar la atribución del uso de la vivienda familiar tanto en favor del progenitor no custodio, como del custodio como de ninguno de ellos si así lo han acordados los ex cónyuges en los casos de crisis familiar y quedan cubiertas de otro modo las necesidades de vivienda de los hijos menores y mayores con discapacidad.

DÉCIMA. Si tenemos en cuenta que la custodia compartida fue otorgada en el 43,1% de los casos de divorcio y separación de parejas con hijos, según los últimos datos publicados por el INE en julio de 2022, frente al 30,2% de los casos de divorcio y separación, sobre el año 2017, ello que pone de relieve un incremento muy importante y una tendencia que se va aproximando con gran fuerza al 50% de los casos. Si además, ello se pone en relación con que la asignación del uso de la vivienda familiar se halla interconectada con el régimen de custodia establecido tras la ruptura conyugal, régimen de custodia que puede ser tanto monoparental como compartida, y que según las cifras indicadas tiende con gran fuerza hacia la modalidad de custodia compartida, no se comprende por qué el art. 96.1 CC presume que en los casos de crisis familiar, el régimen de custodia sobre los hijos comunes menores va a ser individual alejándose el legislador, una vez más, de la realidad social española. Debería, por el contrario, haber resuelto esta problemática en favor del cónyuge (que junto con los hijos menores o con discapacidad) ostente una mayor necesidad de protección atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en el caso.

UNDÉCIMA. En relación con los hijos con discapacidad, y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 96.1 CC ante la falta de indicación de plazo por el legislador para el disfrute del derecho que confiere el precepto, no cabe la atribución del uso de la vivienda familiar de manera indefinida que se asiente en la discapacidad del hijo como única premisa, sino que deben tomarse en consideración, además, la necesidad habitacional, de apoyos parentales, etc. Todo ello determinará la fijación del plazo en el uso de la vivienda familiar, que es, de naturaleza temporal. No obstante, hubiera sido deseable que el legislador, aprovechando la reforma, hubiera establecido algunos requisitos o condiciones para prolongar más o menos el uso de la vivienda familiar y/o hubiera establecido un plazo límite para no erosionar los derechos del progenitor titular de la vivienda.

DUODÉCIMA. En todo caso, cuando los hijos mayores de edad padecen una discapacidad permanente que haga conveniente y necesaria su continuidad en la vivienda familiar, sin que su necesidad habitacional en relación a sus concretas circunstancias (accesibilidad de la vivienda, etc.) pueda ser cubierta adecuadamente de otra manera, habrá que considerar su permanencia en la misma para tutelar el interés del más vulnerable y necesitado de protección. Sólo el análisis del caso concreto llevará a alcanzar la solución más adecuada para todos los intereses en liza porque no todas las discapacidades tienen los mismos grados y limitaciones.

DECIMOTERCERA. En relación con los hijos mayores de edad, la doctrina jurisprudencial descartó que fueran acreedores de la protección que brinda el art. 96 CC, y en coherencia con el art. 149 CC, el progenitor con el que el hijo no convive podría satisfacer la necesidad de habitación del ya hijo mayor de edad, mediante el pago de una pensión de alimentos o manteniéndolo en su propia casa. La razón estriba en que si hubiese querido el legislador asumir la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores de edad sin independencia económica que convivan con uno de los progenitores así debió haberlo previsto de forma explícita, al modo que se hace en el art. 93.2 CC respecto del derecho a percibir pensión alimenticia. Al no haberse establecido tal previsión legal resulta forzada la interpretación extensiva de esta norma prevista para los hijos menores de edad en el art. 96.1 CC, máxime cuando es evidente que la atribución del uso de la vivienda no deja de comportar un gravamen al derecho de dominio.

DECIMOCUARTA. Asimismo, en el caso de los hijos mayores de edad, la vía consensual es la más conveniente para todos los implicados y aconsejable porque la norma del art. 96.1 CC es dispositiva por lo que nada obsta para que se pacte un régimen distinto, por mutuo acuerdo en convenio regulador, formulado ante el letrado de la Administración de Justicia o notario, prestando su consentimiento tanto los cónyuges como los hijos mayores de edad o los menores emancipados

respecto de las medidas que les afecten (el uso de la vivienda, v. gr.) por carecer de ingresos propios y tener necesidad de convivir en el domicilio familiar.

DECIMOQUINTA. La atribución del uso de la vivienda familiar que regula el art. 96.1 CC tiene la finalidad de paliar no sólo un problema de entorno social que, según hemos analizado no siempre es tal, sino más bien un problema económico relacionado con la dificultad de los españoles en el acceso a la vivienda y que se vuelve más acuciante en situaciones de crisis de pareja en los que la convivencia en el mismo hogar deviene imposible. Ello genera el problema de atribuir el uso de la vivienda familiar a quien ostente el interés más necesitado de protección en ese momento, a costa de colocar en situación de vulnerabilidad al cónyuge no favorecido con esta medida. La situación (por demás injusta) se podía haber paliado con el establecimiento de un derecho de arrendamiento forzoso, incluso con una renta baja, que aliviara la situación económica del cónyuge no usuario, en vez de la atribución gratuita ex lege que impone -en ausencia de pacto aprobado por el juez- el art. 96.1 CC.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Álvarez, H.: *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

Anguita Ríos, R. M.: "El acceso a la vivienda: algunas situaciones problemáticas en torno a la pareja", *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2011, núm. 14, pp. 116-117.

Aviñó Belenguer, D.: "Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 12, pp. 215-216.

Bañón González, A. M.: "La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar: aspectos registrales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 bis, pp. 113-144.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1347 y ss.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 774, pp. 2002-2042.

Berrocal Lanzarot, A.I.: "La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1082-1153.

Blandino Garrido, Mª A.: "La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables*, (dirs. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 51-79.

Cabezuelo Arenas, A. 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 (AC 2007, 505)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2008, núm. 21, p. 311.

Calmarza Cuencas, E.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial", *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, 2018, núm. 37, 24-25.

Camy Sánchez-Cañete, B.: "Protección legal de la vivienda familiar". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1988, núm. 588, p. 1609.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012-1, n. 28, p. 585 ss.

Cervilla Garzón, Mª D.: "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2009, núm. 44, p. 45 ss.

Cervilla Garzón, Mª D.: "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2017, núm. 4, pp. 1-27.

Cervilla Garzón, Mª D.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina", en AA.VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Reus, Madrid, 2017.

Cervilla Garzón, Mª D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Chaparro Matamoros, P.: "La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores", en AA.VV.: *Vivienda y Colectivos Vulnerables* (dirs. por Mª. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 81-128.

Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, núm. 2, abril-junio, pp. 9 y ss.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda habitual", *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017.

De La Iglesia Monje, Mª. I.: "Atribución temporal del uso de la vivienda familiar", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2011, núm. 728, p. 3451 ss.

De La Iglesia Monje, Mª. I.: "El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad. (Art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)", *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 2022, núm. 790, pp. 1065-1081.

De Verda y Beamonte, J. R.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, núm. 3 bis, pp. 9-43.

De Verda y Beamonte, J. R.: "Prólogo", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiare*s, (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Colección Tratados, Valencia, 2022, p. 25.

De Verda y Beamonte, J.R., y Carapezza Figlia, G.: "El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2015, núm. 752.

Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992.

Estellés Peralta, P. Mª.: *El régimen de separación de bienes y su liquidación. Problemáticas y soluciones en la praxis de los tribunale*s, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Estellés Peralta, P. Mª.: "Concepto de vulnerabilidad: análisis legal y constitucional", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerable*s, (dirs. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 163-190.

Estellés Peralta, P. Mª.: "Presente y futuro en la búsqueda del interés del niño valenciano en situaciones de crisis familiar". *Revista Boliviana de Derecho*, 2017, núm. 24, pp. 76-97

García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerable*s, (dirs. por M. D. Cervilla e I. Zurita), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 220-265.

García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, 2021, núm. 3, pp. 187-221.

García Cantero, G. y Castán Vázquez, J.M.ª: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, Derecho de familia, vol. I, Reus, Madrid, 1987.

García-Valdecasas y Alex, F.J.: "Uso familiar: un nuevo derecho". *Lunes cuatro treinta*, 1996, núm. 191, pp. 20-22.

Gil Membrado, C.: *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

Gómez Gálligo, F.J.: "Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar". *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, 1996, núm. 68, pp. 146 y ss.

González del Pozo, J. P.: "A vueltas con la atribución del uso de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes", *ElDerecho.com*, junio 2010

Goñi Rodríguez De Almeida, M.ª: "La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 737, pp. 1893-1912.

Guilarte Martín-Calero, C.: "Atribución de vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2013, núm. 93, pp. 523-536.

Hernández Ibáñez, C.: "Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 738, pp. 2203-2252.

Isac Aguilar, A.: "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1986, núm. 577, pp. 1730 y ss.

López Frías, A.: "El derecho de uso ex artículo 96 del Código civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 729, pp. 111-136.

López Liz, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998.

Luque Jiménez, M.: *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2012.

Luna Serrano, A.: "Invalidez, relajación y disolución del matrimonio", en AA. VV.: *Derecho de familia*, vol. I (dir. por J.L. Lacruz Berdejo), Bosch, Barcelona, 1990, pp. 245-246.

Manzano Fernández, M.: "Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial", *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science*, 2011, núm. 5, p. 13.

Manzano Fernández, M.: "Titularidad y atribución del uso de la vivienda familiar (problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, núm. 774, p. 1785.

Martínez Calvo, J.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, núm. 3, julio-septiembre, pp. 166 y ss.

Méndez Pérez, J.: "La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio", *Revista General de Derecho*, 1987, núm. 519, p. 6304.

Moreno Navarrete, M. Á.: "Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* 2012, núm. 89.

Moro Bonillo, E.: "La convivencia con terceros en la vivienda familiar", *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 2014, núm. 63, p. 43.

Ordás Alonso, M.: "La atribución del uso de la vivienda familiar en la nueva redacción del art. 96 CC fruto de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", en AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiar*es (dir. por P. Chaparro Matamoros), Tirant lo Blanch, Colección Tratados, Valencia, 2022, pp. 284 y ss.

Ordás Alonso, M.: "Luces y sombras de la propuesta de modificación del art. 96 CC prevista en el Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm. 10 bis, pp. 32-63.

Ordás Alonso, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Paniza Fullana, A.: "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014)", *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, núm. 10, pp. 89-90.

Páramo y De Santiago, C.: "Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria", *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2015, núm. 172, pp. 129-134.

Pinto Andrade, C.: "La atribución judicial de la vivienda familiar cuando existen hijos menores de edad", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, núm. 30.

Pretel Serrano, J. J.: "Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional", en AA. VV.: *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, (dir. por G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2017.

Puig Brutau, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. IV, Bosch, Barcelona, 1985.

Rubio Torrano, E.: "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2011, núm. 8, pp. 11y ss.

Salazar Bort, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Aranzadi, Navarra, 2001.

Salazar Bort, S.: *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, 2016, núm. 3, edición digital.

Serrano Gómez, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.

Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Primera parte", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 783, pp. 135-221.

Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales. Segunda parte". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, núm. 784, pp. 865-910.

Tena Piazuelo, I.: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2015.

Ureña Martínez, M.: "Comentario a la STS de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590). Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y al progenitor titular de la guarda A única en defecto de acuerdo de los cónyuges", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2011, núm. 87, pp. 1815-1828.

Utrera Gutiérrez, J. L.: "1981-2011: treinta años divorciándonos", *Diario La Ley*, Año XXXIII núm. 7771, Sección Tribuna, 9 de enero de 2012.

Verdera Izquierdo, B.: "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La 'necesidad de vivienda", *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2016, núm. 1.

Zumaquero Gil, L.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuestas de reforma", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2016, núm. 41.

ÍNDICE DE SENTENCIAS COMENTADAS

STC 12/2023, de 6 de marzo (Tol 9466559)

STC 192/2016, de 16 de noviembre (Tol 5922198)

STC 185/2012, de 17 de octubre (Tol 2675044)

STC 4/2001, de 15 de enero (Tol 81387)

STS 1 marzo 2023 (Tol 9437650)

STS 21 diciembre 2022 (Tol 93566559)

STS 25 noviembre 2022 (Tol 9318718)

STS 7 noviembre 2022 (Tol 9294450)

STS 29 septiembre 2022 (Tol 9253220)

STS 16 septiembre 2022 (Tol 9332223)

STS 20 abril 2022 (Tol 8917144)

STS 29 marzo 2022 (Tol 8900789)

STS 3 enero 2022 (Tol 8764983)

STS 20 diciembre 2021 (Tol 8745964)

STS 13 diciembre 2021 (Tol 8704870)

STS 19 octubre 2021 (Tol 8630944)

STS 24 mayo 2021, (Tol 8454612)

STS 23 septiembre 2020 (Tol 8111765)

STS 29 octubre 2019 (Tol 7571565)

STS 20 noviembre 2018 (Tol 6921906)

STS 4 abril 2018 (Tol 6566197)

STS 17 octubre 2017 (Tol 6401637)

STS 27 septiembre 2017 (Tol 6369738)

STS 22 septiembre 2017 (Tol 6355976)

STS 13 septiembre 2017 (Tol 6347623)

STS 20 junio 2017 (Tol 6201425)

STS 8 marzo 2017 (Tol 5990775)

STS 23 enero 2017 (Tol 5944409)

STS 19 enero 2017 (Tol 5944342)

STS 21 de diciembre 2016 (Tol 5930854)

STS 25 octubre 2016 (Tol 5859683)

STS 6 octubre 2016 (Tol 5843481)

STS 21 julio 2016 (Tol 5789066)

STS 25 abril 2016 (Tol 5708237)

STS 4 marzo 2016 (Tol 5669215)

STS 11 febrero 2016 (Tol 5645202)

STS 30 octubre 2015 (Tol 5550283)

STS 28 octubre 2015 (Tol 5544522)

STS 14 octubre 2015 (Tol 5512847)

STS 29 mayo 2015 (Tol 5010151)

STS 18 mayo 2015 (Tol 5000600)

STS 18 noviembre 2014 (Tol 4556709)

STS 7 julio 2014 (Tol 4426700)

STS 3 abril 2014 (Tol 4218412)

STS 12 febrero 2014 (Tol 4184116)

STS 11 noviembre 2013 (Tol 4022595)

STS 17 octubre 2013 (Tol 3986249)

STS 17 junio 2013 (Tol 3795745)

STS 21 mayo 2013 (Tol 3878093)

STS 29 abril 2013 (Tol 3711046)

STS 5 febrero 2013 (Tol 3011876)

STS 22 enero 2013 (Tol 3006992)

STS 5 noviembre 2012 (Tol 2675572)

STS 13 julio 2012 (Tol 2635455)

STS 31 mayo 2012 (Tol 2538081)

STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108)

STS 9 de mayo 2012 (Tol 2538556)

STS 30 marzo 2012 (Tol 2509172)

STS 27 febrero 2012 (Tol 2468857)

STS 30 septiembre 2011 (Tol 2259065)

STS 27 septiembre 2011 (Tol 2248671)

STS 22 julio 2011 (Tol 2196632)

STS 14 abril 2011 (Tol 2124703)

STS 18 marzo 2011 (Tol 2089131)

STS 22 noviembre 2010 (Tol 2003527)

STS 8 octubre 2010 (Tol 1972276)

STS 18 enero 2010 (Tol 1793037)

STS 14 enero 2010 (Pleno) (Tol 1840476)

STS 10 febrero 2006 (Tol 827039)

STS 14 diciembre 2004 (Tol 526529)

STS 22 abril 2004 (Tol 392352)

STS 11 diciembre 2002 (Tol 4920193)

STS 4 abril 1997 (Tol 2114321)

STS 16 diciembre 1996 (Tol 217322)

STS 16 diciembre 1995 (Tol 1668184)

STS 31 diciembre 1994 (Tol 1666524)

STS 31 diciembre 1994 (Tol 1666524)

STS 18 octubre 1994 (Tol 1665543)

STS 14 julio 1994 (Tol 1657336)

STS 29 abril 1994 (Tol 1656640)

STS 20 mayo 1993 (Tol 1663807)

STS 11 diciembre 1992 (Tol 1661990)

STS 13 diciembre 1991 (Tol 1728403)

STS 22 septiembre 1988 (Tol 1735993)

SAP Madrid 3 febrero 2023 (Tol 9436192)

SAP Guadalajara 1 febrero 2023 (Tol 9437389)

SAP Madrid 13 enero 2023 (Tol 9417636)

SAP Barcelona 3 enero 2023 (Tol 9423249)

SAP Burgos 23 diciembre 2022 (Tol 9419480)

EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y ORDINARIA DE LA VIVIENDA HABITUAL COMO SUBESPECIE DEL PROCESO DE EJECUCIÓN INMOBILIARIA GENERAL

MORTGAGE AND ORDINARY FORECLOSURE OF THE USUAL HOME AS A SUBSPECIES OF THE GENERAL REAL ESTATE FORECLOSURE PROCESS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 260-283

María Luisa
FERNÁNDEZ
NÚÑEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Este trabajo contiene un análisis de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, que ha experimentado un considerable aumento en los últimos años, como consecuencia de la crisis económica y financiera, estudiando las diversas modificaciones legales y reglamentarias que tratan de aliviar la situación de los deudores hipotecarios.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar/habitual; ejecución hipotecaria; crisis económica; préstamo hipotecario; subasta.

ABSTRACT: *This work contains an analysis of the foreclosure on the habitual residence, which has experienced a considerable increase in recent years, as a consequence of the economic and financial crisis, studying the various legal and regulatory changes that try to alleviate the situation of debtor's mortgage.*

KEY WORDS: *Family/habitual home; mortgage foreclosure; economic crisis; mortgage loan; auction.*

SUMARIO.- I. LA ACCIÓN REAL Y LA ACCIÓN PERSONAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.- II. PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO HIPOTECARIO.- III. REGLAS ESPECIALES CUANDO EL OBJETO DE LA HIPOTECA ES LA VIVIENDA HABITUAL.- IV. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPECIAL EN LA LEY 1/2013.- V. SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS. VI. NECESIDAD DE DETREMINAR EL CARÁCTER HABITUAL O NO DE LA VIVIENDA.- VII. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES DE DEMORA.- VIII. FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIENES HIPOTECADOS.- IX. MEJORAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA.- X. APRECIACIÓN DE CLAÚSULAS ABUSIVAS.- XI. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE UNA VIVIENDA CON USO ATRIBUIDO CONFORME AL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL.- XII. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE UNA VIVIENDA ARRENDADA.

I. LA ACCIÓN REAL Y LA ACCIÓN PERSONAL EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

La compleja estructura de la relación hipotecaria, integrada por dos tipos de relaciones, real y personal, da lugar a dos tipos de responsabilidades:

- Responsabilidad real que deriva del derecho de hipoteca y afecta al sujeto pasivo de la misma sea o no sujeto pasivo de la obligación. Así, el derecho real de hipoteca sujeta directa e inmediatamente un bien inmueble, cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación en cuya seguridad fue constituida conforme al art. 104 LH. Consecuentemente, si la obligación es incumplida el acreedor puede dirigirse directamente contra el bien hipotecado y realizar su valor a fin de resarcirse con su importe.

- Responsabilidad personal que deriva del crédito garantizado y afecta al sujeto pasivo de la obligación sea o no sujeto pasivo de la hipoteca. Se trata de la responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el art. 1911 CC, según el cual del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros. Y según el art. 105 LH, la hipoteca no altera la responsabilidad personal e ilimitada del deudor que establece el art. 1911 CC salvo que se pacte la limitación de responsabilidad a los bienes hipotecados conforme al art. 140 LH.

En base a esta distinción el acreedor hipotecario cuenta con dos acciones:

- La acción real que se dirige exclusivamente contra los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor y que procesalmente se concreta en una resolución judicial que ordena la ejecución forzosa del bien gravado para satisfacer el crédito garantizado.

• María Luisa Fernández Núñez
Registradora de la Propiedad de Almería núm. 4. Correo electrónico: mlfernandez@registradores.org

- La acción personal derivada del crédito incumplido que se dirige contra todo el patrimonio del deudor y procesalmente se concreta en una sentencia condenatoria.

La doctrina discute cuál de las dos acciones debe ejercitarse primero.

Tradicionalmente y según la mayoría de la doctrina y la Dirección General, el acreedor podía optar por cualquiera de ellas en base al antiguo art. 129 LH, según el cual la acción hipotecaria podrá actuarse directamente contra los bienes hipotecados.

Sin embargo, un importante sector doctrinal puso de relieve que era más correcto sostener que el acreedor debía dirigirse primero contra los bienes hipotecados mediante acción real y sólo si resultasen insuficientes podría acudir a una acción personal.

Como especialidad, tras la Ley 1/2013 y según el art. 579 LEC, si ejercitada la acción real su producto fuera insuficiente se podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte conforme a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

Pero esto no quiere decir que se deba ejercitar primero la acción real, sino que si se ejercita la acción real y si resulta insuficiente, se podrá pedir el despacho de ejecución por la cantidad restante e incluso el art. 685 LEC, exige que la acción real se dirija contra el deudor y el dueño de los bienes hipotecados o hipotecante no deudor, lo que implica ejercitar simultáneamente la acción personal. El único supuesto que impone un orden es el art. 168 de la Ley General Tributaria aplicable siempre que el acreedor sea Administración Tributaria y que exige que la acción real se ejercite primero salvo que la garantía no sea proporcional a la deuda garantizada o que el obligado lo solicite señalando bienes suficientes al efecto.

II. PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO HIPOTECARIO.

El acreedor hipotecario podrá elegir en principio cualquiera de los siguientes:

- El juicio declarativo que se regula en los arts. 248 y siguientes LEC. En él existe una fase contenciosa que si acaba en sentencia condenatoria lleva a una fase de ejecución. No obstante, no es habitual en materia de hipotecas ya que la escritura pública es título hábil para despachar ejecución y tiene carácter ejecutivo.

- El juicio ejecutivo ordinario (procedimiento de apremio) que se regula en los arts. 538 y siguientes LEC y en él existe una fase de contienda abreviada con reglas especiales para el caso de que exista un tercer poseedor. Tampoco es habitual,

pero puede ser inevitable cuando no se cumplan los requisitos para acudir al juicio ejecutivo especial o a la venta extrajudicial y conveniente cuando se reclame una cantidad superior a la asegurada con la hipoteca o se pretenda perseguir bienes del deudor distintos a los hipotecados.

- Juicio ejecutivo especial sobre bienes hipotecados, que se regula en los arts. 681 y siguientes LEC y que para su utilización se requiere tasación de la finca para subasta y fijación del domicilio del deudor y del hipotecante no deudor para notificaciones.

- Venta extrajudicial que se regula en los arts. 129 y 129 bis LH y en los arts. 234 a 236 del Reglamento Hipotecario y que es un procedimiento que se tramita ante Notario y que sólo se aplica a las hipotecas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora con las limitaciones del art. 114 LH y que exige que en la constitución de hipoteca conste pacto expreso de sujeción a ella, carácter habitual o no de la vivienda hipotecada, tasación de la finca para subasta que debe coincidir con el fijado para el procedimiento de ejecución directa y fijación de domicilio para notificaciones que también debe coincidir con el fijado para el procedimiento de ejecución directa y designación de mandatario para el otorgamiento de la escritura pública de venta en defecto del titular del bien hipotecado.

- Procedimiento administrativo de apremio aplicable cuando se trate de ejecución de hipotecas a favor de la Hacienda Pública o de la Tesorería General de la Seguridad Social.

III. REGLAS ESPECIALES CUANDO EL OBJETO DE LA HIPOTECA ES LA VIVIENDA HABITUAL.

Según el art. 1874 CC, "sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre bienes de aquella clase". Y según el art. 106 LH, podrán ser hipotecados, los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre los mismos bienes. Se refieren exclusivamente estos preceptos a la hipoteca inmobiliaria caracterizada por el no desplazamiento de la posesión y por recaer sobre bienes inmuebles. Quedan fuera los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria y los buques, embarcaciones y artefactos navales que son susceptibles de hipoteca naval.

Ahora bien, cuando el inmueble objeto de la hipoteca es la vivienda habitual, la Ley establece una serie de especialidades.

Tradicionalmente, la vivienda habitual sólo se protegía por el art. 1320 CC y el art. 91 del Reglamento Hipotecario que exigen el consentimiento de ambos cónyuges para hipotecarla cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y el carácter ganancial o privativo de la vivienda. Se trata de proteger a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos como la hipoteca que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir, concluido por otro, por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión. Pero no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge, sino que es preciso que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual.

Así pues, ante los embargos y ejecuciones ordinarias de vivienda familiar se resuelve del mismo modo: los consentimientos exigidos por los arts. 1320 CC y 91 del Reglamento Hipotecario se salvan disponiendo las oportunas notificaciones al cónyuge no titular del inmueble.

El régimen se completa con el art. 144.5 RH en materia de embargos al establecer que aunque la finca embargada sea privativa del cónyuge embargado, si constituye su vivienda habitual familiar, el cónyuge de dicho demandado debe ser al menos notificado de la traba. Y cuando del Registro no resulta que la vivienda es la habitual de la familia habrá de considerarse que es el órgano jurisdiccional el que debe decidir en función de las circunstancias puestas de manifiesto en el procedimiento, si procede acceder al embargo de dicha vivienda y si ha de hacerse con o sin notificación al cónyuge del deudor titular, de modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación de aquel, no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial sino que deberá estar y pasar por ella. A este respecto, la DGRN ha manifestado en Resolución de 19 de septiembre de 2013 que para que conforme al art. 144.5 RH el registrador pueda exigir para anotar un embargo sobre vivienda privativa del deudor que por ser vivienda familiar sea notificado el cónyuge, es preciso que dicho carácter de vivienda habitual conste de manera clara indubitada en el Registro(por manifestación expresa del deudor, por previa inscripción de algún acto, etc.). Pero el único efecto de esta notificación es que el cónyuge no titular tendrá conocimiento de la ejecución sin poder oponerse aunque sea su vivienda

habitual. A lo sumo, si el bien es ganancial podrá invocar la aplicación del art. 541 LEC o señalar otros bienes para el embargo (ex art. 592 LEC)

Y este régimen del embargo tiene conexión con la ejecución hipotecaria, en el caso de que el acreedor ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo o incluso al procedimiento ordinario de la propia Ley procedimental. Si el acreedor opta por el procedimiento de ejecución ordinaria para hacer efectivo el crédito garantizado con la hipoteca, existirán tres momentos distintos de contacto y conexión del proceso judicial con el Registro, y el primero de ellos es la práctica de la anotación de embargo en la que se haga constar que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es de ese modo objeto de realización (los otros dos momentos son la expedición de la certificación de cargas a que alude el art. 659 LEC y la inscripción del decreto de adjudicación y cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada siempre dentro de los límites de la responsabilidad hipotecaria).Y la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, la presupone el art. 127 LH.

Estos preceptos aplican la protección a la vivienda habitual de la familia que puede no coincidir con la vivienda habitual del cónyuge disponente. La finalidad de todos estos artículos es la protección no de la vivienda habitual que uno de los cónyuges pueda circunstancialmente tener distinta de la que se considera como vivienda del núcleo familiar, sino la protección de esa concreta vivienda familiar, que trasciende a aquella que pueda figurar como domicilio de uno de los cónyuges a efectos comerciales, fiscales o de otro tipo.

Ahora bien, respecto de la hipoteca constituida sobre la vivienda habitual del hipotecante aunque no sea la vivienda familiar antes referida, desde el año 2012 se han adoptado diversas medidas legislativas para dar respuesta a una situación económica singular de la que se derivaron consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que desembocaron o pueden desembocar en la pérdida de dicha vivienda.

Las reformas operadas en materia hipotecaria y procesal, consecuencia de los devastadores efectos de la crisis inmobiliaria en muchas ocasiones sobre vivienda habitual, llevaron al legislador a iniciar un iter de protección de estas situaciones a través de la modificación de determinados preceptos. Este camino con la ley 1/2013 y ha continuado con las leyes 19/2015 y 43/2015, culminando con la Ley de Crédito Inmobiliario de 2019.

Por lo que hace a la actual legislación vigente, es lo cierto, que el régimen jurídico de un préstamo hipotecario sobre vivienda habitual difiere sobremanera al de un préstamo sobre una finca que no tenga tal calificación, e igualmente el desenvolvimiento de la ejecución hipotecaria se regirá por parámetros o límites también más rigurosos tratándose de ejecutar una vivienda habitual que para el caso de no constituir la finca hipotecada la vivienda habitual.

El sistema español de ejecución hipotecaria ha sido objeto de una profunda revisión legislativa materializada a través de la ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. La referida ley procede a modificar la Ley Hipotecaria así como la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de potenciar los derechos y garantías de los deudores hipotecarios.

Como expresamente se proclama en el Preámbulo de dicha Ley, las circunstancias excepcionales de crisis económica y financiera exigieron la adopción de medidas para aliviar la situación de los deudores hipotecarios. La ejecución hipotecaria u ordinaria de la vivienda habitual viene a constituir una subespecie del proceso de ejecución inmobiliaria general dadas las peculiaridades y derechos específicos para el ejecutado que entraña.

La finalidad de la reforma es la adopción de medidas que en diferentes formas contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios habida cuenta que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones. Y ello, dado el drama social que supone para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de llegar a perder su vivienda habitual.

El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual del hipotecante tiene como precedente el párrafo segundo del art. 693.3 LEC que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor que si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aún sin el consentimiento del acreedor. Y también fue un concepto utilizado por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, al introducir la disposición adicional sexta a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero, ¿qué entendemos por vivienda habitual a efectos de aplicar las peculiaridades en materia de ejecución?

Partiendo del presupuesto de que la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual viene a constituir una subespecie del proceso general, dadas las múltiples implicaciones y peculiaridades y derechos específicos para el ejecutado que

entraña, debe tenderse a la determinación del carácter de vivienda habitual del inmueble ejecutado desde el mismo momento del despacho de ejecución.

Hay que distinguir entre los conceptos de vivienda, vivienda habitual, vivienda habitual personal o familiar, vivienda habitual familiar del matrimonio, vivienda habitual familiar en los supuestos de crisis matrimonial…

Vivienda es todo espacio construido cerrado y cubierto destinado a habitación.

Vivienda habitual personal o familiar es la destinada a ser ocupada por una persona o por una familia en sus distintas modalidades y es a la que se refiere el art. 40 CC cuando establece que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual.

Vivienda habitual familiar del matrimonio es aquella en la que la comunidad de vida que supone el matrimonio se traduce en comunidad de vivienda. Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal según el art. 70 CC, entendiéndose por tal aquel en que de forma habitual resida la unidad familiar y donde se desarrolle la convivencia de sus miembros.

Vivienda habitual familiar en los supuestos de crisis matrimonial es la ocupada como consecuencia de dicha crisis en virtud de documento autorizado por el Juez o Notario.

A efectos de la aplicación de ciertos beneficios fiscales, sí hay en el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas una definición reglamentaria de lo que ha de entenderse por vivienda habitual que lo refiere a aquella edificación que cumpla dos requisitos:

- que se habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente en el plazo de 12 meses contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

- que constituya su residencia durante un plazo continuado de al menos tres años.

Pero no existe tal definición de vivienda habitual particularizada a los efectos de la normativa de ejecución hipotecaria.

Por ello, atendiendo a la interpretación gramatical y finalista, se puede entender que habitual se contrapone a ocasional y que la vivienda habitual es la vivienda principal y no la vivienda secundaria.

En el Código Civil la expresión vivienda habitual se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia. Pero la falta en nuestra legislación civil de un concepto de vivienda habitual de la familia tiene como consecuencia práctica que la cuestión suscite contiendas. En la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones uno de los miembros de la pareja o ambos pasan largas temporadas fuera del hogar familiar frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por motivos de salud o tampoco es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia con domicilios que se mantienen separados.

Por tanto, a la hora de decidir si se pretende atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial como son los arts. 1320 CC y 91 del Reglamento Hipotecario, pues puede darse el caso de no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia. De ahí que pueda entenderse que el nuevo apartado 3 del art. 21 LH (introducido por la Ley 1/2013) tiene por finalidad establecer una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas en la nueva ley, sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan (la vivienda habitual del deudor) y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución y de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas.

A pesar de no proteger exclusivamente la vivienda habitual, cabe destacar también la Ley de crédito inmobiliario de 15 de marzo de 2019 que se aplica a los préstamos concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad con carácter profesional cuando el prestatario, fiador o garante sea persona física y el contrato tenga por objeto préstamos garantizados con hipoteca u otro derecho real sobre bienes inmuebles de uso residencial o bien préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir siempre que en este último caso el prestatario, fiador o garante sea un consumidor.

Con ello pasamos a exponer las principales modificaciones introducidas a efectos de ejecución hipotecaria cuando el objeto de la hipoteca es la vivienda habitual.

IV. PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN ESPECIAL EN LA LEY 1/2013.

Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 de 14 de mayo la desgraciada situación de crisis económica se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas:

- Por un lado, medidas de carácter temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de los lanzamientos (por un plazo de once meses según la modificación realizada por el Real Decreto-ley 6/2020 de 10 de marzo) de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias que acrediten su situación de especial riesgo de exclusión y el adjudicatario sea el acreedor.

- Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley 1/2013 de 14 de mayo introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Por tanto, la ley 1/2013 despliega un sistema de protección de los deudores hipotecarios de carácter gradual, estableciendo distintos grados de protección a través de diversas medidas (de diferente intensidad) para diferentes supuestos:

- En un primer nivel de protección, la norma protectora es de carácter universal (con independencia de que la finca gravada sea o no una vivienda). En este grupo cabe incluir la nueva regulación del vencimiento anticipado por impago o la imposición del límite mínimo del 75% de la tasación para el tipo de subasta conforme al art. 682.2.1 LEC.

- En un segundo nivel de protección, la norma sólo se aplica si la finca hipotecada es la vivienda habitual con independencia de la finalidad del préstamo. En este grupo se incluyen los supuestos de los arts. 21.3 LH sobre necesidad de establecer el carácter habitual o no de la vivienda, y 575 y 671 LEC según el cual no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor si se trata de la vivienda habitual del deudor por valor inferior al 70% del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje por el 60%.

- En un tercer nivel de protección, la norma exige no sólo que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, sino que además el préstamo o crédito garantizado debe tener como destino o finalidad financiar la adquisición de la misma vivienda habitual hipotecada. Es el caso del art. 114.3 LH que establece un límite en los intereses de demora.

V. SUSPENSIÓN DE LANZAMIENTOS.

El primer capítulo de la Ley prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Esta medida, con carácter excepcional y temporal, afectará a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a determinados colectivos. En estos casos, la Ley sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

La suspensión de los lanzamientos afectará a las personas que se encuentren dentro de una situación de especial vulnerabilidad. En efecto, para que un deudor hipotecario se encuentre en este ámbito de aplicación será necesario el cumplimiento de dos tipos de requisitos:

- de un lado, los colectivos sociales que van a poder acogerse son las familias numerosas, las familias monoparentales con dos hijos a cargo, las que tienen un menor de tres años o algún miembro con discapacidad o dependiente, o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales, o finalmente las víctimas de violencia de género.

- en las familias que se acojan a esta suspensión, los ingresos no podrán superar el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Este límite se eleva respecto de unidades familiares en las que algún miembro sea persona con discapacidad o dependiente o que conviva con personas con discapacidad o dependientes. Además, es necesario que en los cuatro años anteriores a la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. La alteración significativa se mide en función de la variación de la carga hipotecaria sobre la renta sufrida en los últimos cuatro años. Y finalmente la inclusión en el ámbito de aplicación de esta medida pasa por el cumplimiento de otros requisitos entre los que se pueden destacar que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar o que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La transcendencia de esta previsión normativa es indudable y garantiza que durante ese período de tiempo los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas con la confianza de que a la finalización del período habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar.

VI. NECESIDAD DE DETREMINAR EL CARÁCTER HABITUAL O NO DE LA VIVIENDA.

El capítulo segundo reforma la Ley Hipotecaria en tres de sus artículos, en concreto en el 21,114 y 129. El art. 21 LH dispone ahora en su nuevo apartado 3 que "En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá salvo prueba en contrario que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución". El texto es reiterado en términos casi idénticos en la nueva redacción del art. 129 LH.

El mandato legal se extiende, por tanto, a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que se exige una declaración formal sobre la atribución o no del carácter habitual a dicha vivienda. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda, en caso de liquidación de régimen económico matrimonial o en caso de embargo y ejecución subsiguiente.

Y conforme al sentido teleológico de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada ya lo sea del deudor o del hipotecante no deudor puesto que en ambos casos puede tener transcendencia dicha manifestación.

Así, para todas las hipotecas que se hayan inscrito y por tanto constituido a partir de la reforma de la Ley 1/2013, constará en la inscripción si la vivienda es o no habitual del deudor.

Para estas hipotecas, el registrador calificará los requisitos del decreto de adjudicación teniendo en cuenta el carácter habitual o no que resulte del propio Registro. Si en el Registro consta que la vivienda es habitual del ejecutado, se calificará el cumplimiento de todas las limitaciones que resulten de tal carácter y si no se cumplen los requisitos calificables relativos a la misma, el registrador extenderá la correspondiente calificación negativa a los efectos de solicitar aclaración en el sentido de si ha cambiado el carácter de la vivienda y ya no es la habitual del deudor.

También puede ocurrir que no conste en el Registro el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada por ser la inscripción de hipoteca anterior a la reforma

operada por la Ley 1/2013 y en cuyo caso habrá de pasarse por el pronunciamiento del Letrado de la Administración de Justicia acerca de dicha cuestión.

En el Decreto deberá señalarse si la vivienda es o no la habitual del deudor, teniendo en cuenta que prevalecerá la manifestación del Letrado de la Administración de Justicia en este sentido, incluso frente a lo que aparezca inscrito, pues el carácter habitual de la vivienda no es inmutable sino que puede variar a lo largo de la vida de la hipoteca.

El momento procesal para determinar el carácter habitual de la vivienda la ley no lo establece, aunque en todo caso deberá hacerse antes de aprobar el remate o la adjudicación, en atención a las circunstancias que resulten del procedimiento.

La circunstancia de si la finca hipotecada constituye o no vivienda habitual no será exigible en caso de ejecución sobre local comercial, garaje, trastero, solar o finca rústica sin edificar.

VII. LIMITACIÓN DE LOS INTERESES DE DEMORA.

Se introduce un párrafo final al art. 114 LH sobre la limitación en el interés de demora. Este artículo en la redacción dada por la ley de contratos de crédito inmobiliario establece: En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2 a) LEC. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario.

Por la citada Ley se introduce un art. 129 bis en la Ley Hipotecaria según el cual tratándose de un préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial perderá el deudor el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

- que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga al 3 o al 7 por ciento de la cuantía del capital concedido según la mora se produjera dentro de la primera o segunda mitad de la duración del préstamo.

- que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que de no ser atendido reclamará el reembolso total del préstamo.

Especialmente relevante es el hecho de que para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero. Además se prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses y se establece que en caso de que el resultado de la ejecución fuese insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora ,de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés.

La añadidura de un párrafo final en el art. 114 LH introduce una importante limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acotó con precisión a los préstamos y créditos para la adquisición de vivienda habitual con garantía hipotecaria, y que después de la reforma del precepto por la Disposición Adicional Primera apartado 2 de la Ley 5/2019,se refiere a los préstamos o créditos concluidos por una persona física que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial. Y como tal limitación, no puede ser extrapolada a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que esté formulada.

VIII. FORTALECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIENES HIPOTECADOS.

En la venta extrajudicial se introduce la posibilidad de que el Notario pueda suspender la misma cuando las partes acrediten que se ha solicitado al órgano judicial competente en la forma prevista por el art. 129 LH que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta por existir cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario o su continuación sin la aplicación de las cláusulas abusivas. Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

Por su parte la Ley de contratos de créditos inmobiliarios da nueva redacción al apartado 2.a) del art. 129 LH estableciendo que el valor en que los interesados

tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que en su caso se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que en su caso se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario.

IX. MEJORAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA

Se introducen determinadas mejoras en el procedimiento de subasta estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la misma no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Anteriormente no existía ningún límite para el tipo de subasta. Pero dado que conforme a la LCCI para la venta extrajudicial el tipo de subasta tiene que coincidir con el fijado para el procedimiento de ejecución directa y no puede ser inferior al valor de la tasación, también para el procedimiento de ejecución directa aplicamos un tipo del 100%.

Según Resolución de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 23 de diciembre de 2020, reiterada por otra de 11 de febrero de 2021, señala, que el valor para subasta en el procedimiento judicial de ejecución directa, en ningún caso puede ser inferior al valor de tasación aún cuando se haya pactado sólo este procedimiento de ejecución y no también el extrajudicial.

A la vista de la evolución legislativa iniciada con la Ley 1/2013 de 15 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios y culminado con la ley 5/2019 de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, concluye la Dirección General que si bien esta última norma modificó el art. 129 LH(para exigir que el valor de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial no pueda ser inferior al valor de tasación y que dicho valor y el pactado para la ejecución judicial directa son iguales)pero no el art. 682 LEC (conforme al cual, el valor para subasta en el procedimiento judicial directo no puede ser inferior al 75% del de la tasación),la disparidad entre ambos preceptos ha de resolverse en el sentido de admitir que el criterio marcado por el primero(valor para subasta igual al de la tasación)es aplicable no sólo al procedimiento extrajudicial sino también al judicial.

Admitir lo contrario, razona el Centro Directivo, supondría aceptar una interpretación extraña, en la que dependiendo que junto al procedimiento de ejecución judicial directa se haya pactado o no igualmente el extrajudicial, el valor para subasta de la finca sería distinto.

Además, en el caso de que la subasta concluyera sin postor alguno, se incrementan los porcentajes de adjudicación del bien elevándose del 60 al 70 por cien siempre para los supuestos de vivienda habitual.

En el segundo grupo de normas protectoras de la vivienda habitual introducidas por la Ley 1/2013,con independencia de que la obligación garantizada esté o no destinada a su adquisición es de destacar aquella medida por la cual no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor, si se tratara de vivienda habitual del deudor, por valor inferior al 70% del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje, por el 60%,según dispone el art. 671 LEC.

Según reiteradas resoluciones de la Dirección General, si la deuda es inferior al 70% y superior al 60% la adjudicación se hará por el total de la deuda reclamada. Es decir, en el caso de subasta sin postores (art. 671 LEC), el acreedor puede adjudicárselo por el 70% del valor de tasación si la suma que se le adeuda por todos los conceptos es superior a ese porcentaje. Pero si la suma que se le adeuda por todos los conceptos (incluidos intereses y costas)es inferior al 70% del valor de tasación pero superior al 60% puede adjudicárselo entonces por el importe de la deuda por todos los conceptos.

Hay que significar que esta solución, especialmente tuitiva con el deudor cuando el bien inmueble es vivienda habitual responde al espíritu y finalidad de la ley 1/2013 de 14 de mayo que fue la que introdujo este precepto, cuya "ratio legis" era precisamente el aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual. Y el art. 3 CC lo permite cuando señala que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

Con ello se evita un resultado distorsionador y contrario al espíritu y finalidad de la reforma y el contexto social de la última reforma legislativa operada, pues, hay una desigualdad de trato en supuestos sustancialmente similares (misma deuda en subasta con postores y en subasta sin postores) que perjudica al deudor consumidor cuando no concurren postores a la subasta, viendo en este caso aminorado el valor de su vivienda, a los efectos de compensar la deuda reclamado con el valor de la misma.

X. APRECIACIÓN DE CLAÚSULAS ABUSIVAS.

Otra de las modificaciones introducidas consiste en que de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente puede apreciar la existencia de cláusulas

abusivas en el título ejecutivo y como consecuencia decretar la improcedencia de la ejecución o en su caso su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

El art. 579 LEC se modifica en su apartado 2) con el fin de garantizar que el procedimiento de ejecución hipotecaria se realice de manera que los intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada. Una de las medidas estrella es la posibilidad de que si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar durante el procedimiento de ejecución dineraria posterior se pueda condonar parte de la deuda remanente siempre que se cumpla con determinados presupuestos. Asimismo se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda que ha sido ejecutada. Podemos decir que el supuesto de hecho para la aplicación de la reforma del art. 579 LEC, consiste en la adjudicación por parte del deudor hipotecario de la vivienda habitual hipotecada siempre que el remate aprobado fuera insuficiente para lograr el completo pago del crédito del ejecutante. En este caso la ejecución no se suspenderá por la cantidad que reste, pero habrá de ajustarse a una serie de especialidades:

- Liberación del deudor. El acreedor tiene posibilidad de presentar demanda si no hubiese cobrado deuda en su integridad, pero si el deudor satisface una parte como prevé el precepto, durante los cinco o los diez años siguientes a la adjudicación de la vivienda, dicho acreedor tendrá que soportar una quita del 35% o del 20% de la cantidad total que aún quede pendiente.

- Cobro del remanente. Se prevé también que si antes de transcurrir los cinco o diez años se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor pudiera quedar liberado se pondrá a su disposición ese remanente obtenido.

- Participación en las plusvalías. En caso de adjudicación a favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiese cedido su derecho, si en el plazo de diez años ellos o cualquier sociedad de su grupo procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda que aún le quede por pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50% de la plusvalía obtenida en dicha venta.

Siendo la finca hipotecada la vivienda habitual del ejecutado ha de tenerse presente la limitación del importe de las costas repercutible al demandado conforme a lo dispuesto en el art. 575.1 bis LEC. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia del cumplimiento forzoso de una resolución judicial, sólo puede llevarse a cabo por los trámites del procedimiento de apremio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento sólo

será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está, en los casos de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor, la de que las costas exigibles al mismo no superen el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva, pues si dichos límites no se respeten no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado debiendo el Registrador rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

XI. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE UNA VIVIENDA CON USO ATRIBUIDO CONFORME AL ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL.

El art. 96 CC relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis, ha sido objeto de nueva redacción por la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, incorporando novedades sobre los criterios de atribución, respecto de los cuales, consiste la reforma básicamente, en la introducción de una limitación temporal en la atribución de dicho uso que antes no constaba expresamente: la mayoría de edad de los hijos comunes(aunque entre ellos haya discapacitados)y un tiempo prudencial, cuando en ausencia de hijos menores comunes se asigne al cónyuge no titular.

Esta limitación temporal que consagra la duración limitada del uso atribuido conforme al art. 96 nos lleva a un examen de cuál es la protección para el atribuario del uso ante la eventualidad muy habitual de que la vivienda esté hipotecada o sea embargada por deudas del titular no usuario.

El legislador ha dado también nueva redacción al último de los párrafos del art. 96 que precisa que "para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o en su defecto autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Ese derecho de uso atribuido judicialmente concreta su contenido como limitación de disponer a semejanza de la limitación de disponer que establece el art. 1320 CC para matrimonios no en crisis sobre el domicilio familiar. Pero a diferencia de esta última limitación que no lo necesita, para que la derivada del art. 96 CC sea oponible a terceros ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La consecuencia de configurar la atribución del uso como una limitación temporal de disponer conlleva que cuando se hipoteca una vivienda cuyo uso está

atribuido llevará consigo el inevitable lanzamiento del titular del uso si se produce la ejecución hipotecaria con independencia de la fecha anterior o posterior a la atribución del uso respecto de la constitución de la hipoteca que se ejecuta salvo mala fe del adjudicatario y en aplicación de los principios hipotecarios, porque si la hipoteca es anterior, por tracto sucesivo, llevará consigo la purga del derecho de uso; y si la hipoteca fuese posterior, porque el consentimiento a la constitución de la misma por el titular del derecho de uso supone consentir las consecuencias de pérdida de dicho derecho que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo garantizado con la hipoteca pueda llevar consigo. Y es que dicho derecho de uso tiene que desparecer cuando se enfrenta a los derechos del acreedor hipotecario y de los adquirentes en una ejecución ordinaria o hipotecaria, pues estos no pueden quedar comprometidos por el hecho de que una familia, con menores o no, entre en crisis, exactamente igual que no lo están si la familia no está en crisis y atraviesa dificultades económicas. Incluso en el caso en que la ejecución hipotecaria sea provocada por el titular de la vivienda y deudor hipotecario con el impago intencionado de las cuotas hipotecarias, el derecho real de hipoteca debe permanecer ajeno en su dinámica, como derecho real de garantía, sin que el acreedor hipotecario o los adjudicatarios de la vivienda puedan verse afectados por un "derecho de familia".

En realidad, el atribuario solo evitaría el lanzamiento, si el uso de la vivienda se le atribuyera en forma de arrendamiento protegido, pues cuando se trata de arrendamientos sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos, la suerte del arrendamiento tras la subasta depende de la fecha en la que se haya realizado el contrato y de su duración como pasamos a examinar.

XII. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE UNA VIVIENDA ARRENDADA.

El art. 25 LAU establece para el caso de venta de vivienda arrendada que el arrendatario tendrá derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en el mismo precepto legal. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender. En el caso a que se refiere el apartado anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto con sujeción a lo dispuesto en el art. 1518 CC. El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa…Y el aspecto registral se contempla en el apartado 5 del mismo art. 25 que establece que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas

arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar en sus respectivos casos las notificaciones prevenidas…con los requisitos exigidos.

En los supuestos de transmisión judicial de una finca se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley. Para poder inscribir el decreto de adjudicación, por tratarse de una transmisión por ejecución forzosa es preciso que conste la declaración relativa a la existencia o no de arrendamientos sobre la finca adjudicada a los efectos de la posible existencia de los derechos de tanteo y retracto, y si estuviera arrendada deberá acreditarse que se han efectuado las notificaciones exigidas. Por tanto, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o en otro caso la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada pues la ejecución forzosa de finca está comprendida en el concepto amplio de compraventa. De ahí, que el Código Civil al referirse a ellas las llame venta pública (art. 464 CC) o venta en subasta Pública o judicial (arts. 1459, 1489 y 1493 CC). Por tanto, para la inscripción del decreto de adjudicación en una ejecución forzosa es necesario, como tesis de principio, que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio, o en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada.

La manifestación se entiende necesaria en todo caso en que la finca objeto de ejecución entre dentro del ámbito de aplicación de leyes especiales (no es aplicable a solares o garajes salvo que se configuren como anejos de viviendas)

Las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública de 10 de agosto de 2022 y 21 de septiembre de 2022 señalan que es doctrina reiterada que dadas las particularidades de la adquisición en virtud de ejecución forzosa no debe exigirse estrictamente que sea el transmitente el que haga esta declaración. En este sentido, la Resolución de 8 de febrero de 2022 establece que dicha manifestación puede y debe hacerla el adquirente en las propias actuaciones judiciales ante Notario o mediante instancia firmada o ratificada ante el Registrador no bastando una mera alegación de que del procedimiento no resulta la existencia de arrendatarios y sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico.

La adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles es por tanto un supuesto equiparable a la compraventa voluntaria por lo que es de plena aplicación la previsión del art. 25 de la Ley 29/94 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos y así lo señala la Dirección General en Resolución de 10 de octubre de 2019.

De este modo debe rechazarse la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente, bien que se han llevado a cabo las notificaciones previstas,

bien que se ha rechazado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de arrendatarios.

Sin embargo, deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto, si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca.

La doctrina que se estableció tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley 4/2013 que entendía que ya no era preceptiva esta declaración de arrendamientos, puesto que al extinguirse el arrendamiento por la ejecución forzosa no podían existir tampoco derechos de tanteo ni de retracto a favor del arrendatario que pudiera justificar la existencia de tal declaración, está desfasada ya que el Real Decreto ley 7/2019 volvió a modificar el art. 14 LAU obligando al adquirente adjudicatario a pasar por el arrendamiento durante el plazo mínimo legal aunque el mismo no estuviera inscrito.

La modificación operada en la Ley de Arrendamientos Urbanos ha alcanzado también al art. 13 relativo a la resolución del derecho del arrendador que dispone: "Si durante la duración del contrato (los 5 primeros años de duración del contrato o 7 años si el arrendador fuese persona jurídica) el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan 5 años o 7 años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de renovación prevista en el art. 9.1. En contratos de duración pactada superior a 5 años, o 7 años si el arrendador fuese persona jurídica, si transcurridos los 5 primeros años del mismo, o los primeros 7 años si el arrendador fuese persona jurídica, si el derecho del arrendador quedará resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas anteriormente quedará extinguido el arrendamiento". Y se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Durarán 5 años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación salvo que el propietario sea persona jurídica en cuyo caso durarán 7 años.

De una interpretación conjunta, resulta la extinción del contrato de arrendamiento una vez transcurrido el plazo de 5 o 7 años salvo que se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca que se ejecuta. Por tanto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo acceso o no al Registro de la Propiedad y si lo hizo con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, esto es, con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta. En este caso, la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda, provocará que el arrendatario pueda en su caso ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el art. 25. En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá "ipso iure" conforme a lo dispuesto en el art. 13 LAU, no habrá lugar a retracto sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas, el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado. Y si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno.

Para el arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta ninguna notificación ha de exigirse cancelándose tal arrendamiento conforme a la legislación hipotecaria.

PAREJAS DE HECHO Y ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA SUJETOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1994

UNMARRIED COUPLES AND HOUSING LEASES SUBJECT TO THE 1994 URBAN LEASING LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 284-333

Ignacio
GALLEGO
DOMÍNGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Las uniones de hecho constituyen una opción de convivencia en pareja, diferente de la matrimonial, que conforman una familia protegida por la Constitución española (art. 39.1). Estas diferencias han llevado al Tribunal Constitucional español a entender que no es inconstitucional dar un tratamiento jurídico diferenciado a ambas realidades, si bien no ha admitido sea constitucionalmente admisible ignorar a las sobrevivientes de parejas de hecho como beneficiarios del derecho de subrogación a la muerte del arrendatario. El TS ha negado, en general, la aplicación por analogía ("analogía legis") a las parejas de hecho de las soluciones legales dictadas para los matrimonios. La convivencia de una unión de hecho se desarrolla en una vivienda familiar. La ocupación de la misma podrá basarse en un título, sea la propiedad, arrendamiento, usufructo, habitación, o realizarse en precario. En el presente estudio estudiamos el complejo tema de los arrendamientos de vivienda y las parejas de hecho conforme a la Ley de Arrendamientos de 1994. Es base para un adecuado tratamiento de la cuestión distinguir entre aquellos supuestos en que solo uno de los comuneros es titular del arrendamiento, de aquéllos en que los son ambos. La LAU de 1994, contempla en ocasiones la aplicación de ciertas de sus normas al supuesto de arrendamientos concertados por alguno de los miembros de la pareja de hecho: art. 12, que contempla los supuestos de renuncia, no renovación o abandono por parte del arrendatario-, el art. 16, que se ocupa del supuesto de subrogación "mortis causa", el art. 24, en materia de obras para adaptar la vivienda arrendada a la especial situación de discapacidad o edad del arrendatario o de su unido de hecho y la Disposición Transitoria 2, en materia de subrogación "mortis causa" de contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Todas estos estas cuestiones, junto con la posible aplicación del art. 15 de la LAU a las parejas de hecho, que regula la atribuciones de uso de la vivienda familiar en los casos de crisis conyugales, o el pago de la renta.

PALABRAS CLAVE: Uniones no matrimoniales, vivienda familiar; arrendamiento de vivienda; arrendatario; coarrendatario; desistimiento; no renovación o abandono por el arrendatario; subrogación "mortis causa", pago de la renta.

ABSTRACT: *De facto unions constitute an option of cohabitation as a couple, different from marriage, which form a family protected by the Spanish Constitution (art. 39.1). These differences have led the Spanish Constitutional Court to understand that it is not unconstitutional to give a differentiated legal treatment to both realities, although it has not admitted that it is constitutionally admissible to ignore the survivors of common-law couples as beneficiaries of the right of subrogation upon the death of the tenant. The Spanish Supreme Court has denied, in general, the application by analogy ("analogy legis") to unmarried couples of the legal solutions dictated for married couples. The cohabitation of a domestic partnership takes place in a family dwelling. The occupation of the same one will be able to be based on a title, be the property, lease, usufruct, habitation, or to be realized in precariousness. In the present study we study the complex issue of housing leases and domestic partnerships under the 1994 Lease Law. The basis for an adequate treatment of the issue is to distinguish between those cases in which only one of the members of the couple is the only tenant, and those in which both are. The LAU of 1994 sometimes contemplates the application of certain of its rules to the case of leases entered into by one of the members of the non-married couple: art. 12, which contemplates the cases of waiver, non-renewal or abandonment by the lessee, art. 16, which deals with the case of subrogation "mortis causa", art. 24, regarding works to adapt the rented dwelling to the special situation of disability or age of the tenant or his common-law spouse, and Transitional Provision 2, regarding subrogation "mortis causa" of contracts entered into before the entry into force of the LAU of 1994. All these issues, together with the possible application of art. 15 of the LAU to unmarried couples, which regulates the attribution of the use of the family dwelling in cases of marital crisis, or the payment of rent.*

KEY WORDS: *Non-married couples; family dwelling; housing lease; tenant; cotenant; waiver; non-renewal or abandonment by the lessee; subrogation "mortis causa"; payment of rent.*

SUMARIO.- I. LAS PAREJAS DE HECHO Y LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Introducción a las parejas de hecho.- 2. La vivienda familiar. Título de ocupación.- II. VIVIENDA EN ARRENDAMIENTO.- 1. Introducción.- 2. Arrendamientos titularidad de uno solo de los convivientes y arrendamientos conjuntos.- III. ARRENDAMIENTOS TITULARIDAD DE UNO DE LOS CONVIVIENTESDE LA PAREJA DE HECHO.- 1. El arrendamiento durante la vida de la pareja.- A) El pago de la renta y de las cantidades asimiladas.- B) Adaptación de la vivienda arrendada a la especial situación de discapacidad del unido de hecho (art. 24 de la LAU).- C) Cesión "inter vivos" del contrato (art. 8 de la LAU de 1994, art. 58 del TRLAU 1964).- 2. El arrendamiento a la ruptura de la pareja-. A) Renuncia o abandono de la vivienda arrendada por el unido de hecho arrendatario. El art. 12 LAU 1994.- B) La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales. El art. 15 de la LAU.- C) Subrogación mortis causa: art. 16 LAU de 1994. IV. ARRENDAMIENTO CONJUNTOS.- 1. Arrendamientos conjuntos durante la vida de la unión.- A) El pago de la renta.- B) Arrendamientos conjuntos y art. 24 de la LAU de 1994. -2. Arrendamientos conjuntos a la ruptura de la unión.- A) La ruptura de la unión. El abandono de la vivienda por uno de los coarrendatarios. La muerte de uno de los coarrendatarios. -B) La ruptura de la unión. El juego del art. 15 de la LAU en el caso de arrendamientos conjuntos.

I. LAS PAREJAS DE HECHO Y LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. Introducción a las parejas de hecho.

Como un modo de relación familiar, como un modo compartir la vida en pareja que recuerda al matrimonio, encontramos en nuestra sociedad las denominadas parejas de hecho, uniones de hecho, convivencia "more uxorio", que hacen referencia a la situación de dos personas que conviven de forma estable, de modo similar a como lo harían dos casados.

Se trata de una opción de convivencia plenamente admitida en nuestro sistema jurídico, si bien como una realidad diferenciada del matrimonio, lo que ha permitido al legislador ordinario darle a tratamiento diferente al de este último, sin que tal diferencia pueda considerarse atentatoria, en principio, al art. 14 de la Constitución española de 1978 (STC 184/1990, 15 noviembre[1]). El TC reconoce que las uniones de hecho se encuentran protegidas por el art. 39.1 de la CE, como un modo de familia. Así, señala la STC 222/1992, 11 diciembre[2], que "[n]uestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio".

Las uniones de hecho constituyen por sí por una realidad plural y compleja. Desde un punto de vista jurídico el acercamiento se complica, por la falta de

1 STC 184/1990, 15 noviembre (RTC 1990, 184).

2 STC 222/1992, 11 diciembre (RTC 1992, 222).

• Ignacio Gallego Domínguez
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. Correo electrónico: igallego@uco.es

unidad legislativa existente. Encontramos una normativa dispar en la materia, tanto a nivel nacional como a nivel autonómico:

a) A nivel nacional el legislador no regula las uniones de hecho de modo global, por lo que no puede hablarse de un estatuto de las mismas, sino que solamente se ocupa de ellas de modo fragmentario. Destaquemos, al margen de otras diversas normas, el Código Civil (arts. 47, 101, 244.1 y 756, 1 CC) y el Código Penal (arts.23, 57, 83, 84, 173, 197 CP…).

b) A nivel autonómico la generalidad de las CC.AA. han dictado normas reguladoras de las parejas no casadas, y lo han hecho de forma diversa, como diferente es el nivel competencial de las mismas. En particular, debemos distinguir entre las CC.AA. con competencia en materia civil y las que no tienen la misma (art. 149.1.8.ª CE). En alguna de las leyes autonómicas de CC.AA. sin competencia en materia civil, se han cometido excesos competenciales, que han llevado al TC, cuando ha conocido del tema, a la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos autonómicos por este motivo[3]. En otras ocasiones el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre claros excesos competenciales[4]. Incluso tratándose leyes de CC.AA. con competencia civil el TC ha declarado la inconstitucionalidad de la regulación en aquellos casos en los que se imponía un régimen jurídico imperativo a los unidos de hecho, por tanto, sin contar con su voluntad[5].

Señalemos que han proliferado en nuestra normativa registros administrativos de parejas de hecho, que, en principio, fueron municipales, apareciendo, más tarde, registros de carácter autonómico. En ocasiones para recocer determinados efectos a las uniones de hecho se exige la inscripción en el registro administrativo correspondiente, mientras que otras no se exige dicha inscripción, sirviendo, no obstante, la inscripción en el registro como medio de prueba de la existencia de la unión.

Nuestros tribunales han debido de enfrentarse a diversas peticiones relativas a parejas de hecho, fundamentalmente al tiempo de extinción. Así demandas relativas a hijos menores comunes -guarda y custodia, alimentos-, peticiones de atribución de uso de la vivienda familiar, de participación en las ganancias y adquisiciones

3 *Vid.* la STC, Pleno, 81/2013, 11 abril (RTC 2013, 81), con relación a la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid y la STC, Pleno, 110/2016, 9 junio (RTC 2016, 110), con relación a la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana. *Vid.* sobre esta cuestión Gallego Domínguez, I.: "Las parejas de hecho en el Derecho español. Cuestiones actuales sobre su regulación", en *La famiglia nella società contemporanea,* a cura di G. Castellani e A. Cordiano, Aracne, Ariccia (Roma), 2016, pp. 37 a 63.

4 *Vid.* Gallego Domínguez, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en AA.VV.: *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez), Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547 a 557.

5 *Vid.* la STC, Pleno, 93/2013, 23 abril (RTC 2013, 93) con relación a la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

obtenidas o realizadas por el otro conviviente durante la unión, de liquidación de patrimonios, de reconocimiento de cotitularidades, de indemnizaciones compensatorias, de indemnizaciones por ruptura...

Las soluciones dadas por los tribunales parten, por la general, de la no aplicación analógica de las normas dictadas para el matrimonio, rechazando de modo especial la aplicación analógica de las normas de régimen económico matrimonial.[6]

Ciertamente una unión de hecho no es un matrimonio. Del matrimonio surge un entramado de derechos y obligaciones recíprocos que no se encuentran presentes en la unión de hecho. El matrimonio tiene su base en el consentimiento matrimonial (art. 45.1 del CC), que por definición falta en la unión de hecho, y resulta un tanto incoherente reclamar a la aplicación de las normas que regulan y delimitan una institución de la que consciente y voluntariamente se ha huido.

El TC ha considerado, en general, que no dar al matrimonio y a la unión de hecho el mismo tratamiento jurídico no es atentatorio del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE). No obstante, y con poca claridad, ha señalado en algún caso (subrogación arrendaticia "mortis causa") que esa diversidad de tratamiento sí debe ser considerado contrario a la Constitución.

El TC ha tenido oportunidad, principalmente[7], de dictar resoluciones con relación a las parejas de hecho en dos grandes ámbitos, con un resultado diferente y un criterio base en el segundo caso no muy claro:

En primer lugar, conoció de las pensiones de viudedad de la Seguridad Social. Ya en 1987 el TC inadmitió sendos recursos de amparo en la materia (ATC 156/1987, 11 febrero y ATC 788/1987, 24 junio[8]).En la STC 184/1990, 15 noviembre[9] el TC resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 160 de la Ley General de Seguridad Social TR de 1974 y contra la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 julio, por oposición a los arts. 10, 14 y 39 de la CE, desestimando la misma[10]. El criterio de esta sentencia se mantuvo en diversas Sentencias dictadas en recursos de amparo dictadas en 1991 y 1992[11]. Lo cierto es que tras la STC 222/1992, 11 diciembre[12], en materia de subrogación "mortis

6 *Vid.* entre otras muchas, la STS 21 octubre 1992(RJ 1992, 8589), STS 20 octubre 1994 (RJ 1994, 7492), 30 diciembre 1994 (RJ 1994, 10391), STS 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404)…

7 Ha conocido igualmente de alguna otra materia: STC 180/2001, 17 septiembre (RTC 2001/180).

8 *Vid.* ATC 156/1987, 11 febrero (RTC 1987/156 AUTO), ATC 788/1987, 24 junio (RTC 1987/788 AUTO).

9 STC 184/1990, 15 noviembre (RTC 1990/184).

10 Contiene dos votos particulares de los Magistrados V. Gimeno Sendra y L. López Guerra.

11 *Vid.* STC 29/1991, 14 febrero (RTC 1991, 29), STC 30/1991, 14 febrero (RTC 1991, 30), STC 31/1991, 14 febrero (RTC 1991, 31), STC 35/1991, 14 febrero (RTC 1991, 35), STC 38/1991, 14 febrero (RTC 1991, 38), STC 77/1991, 11 abril (RTC 1991, 77) y STC 29/1992, 9 marzo (RTC 1992, 29).

12 STC 222/1992, 11 diciembre (RTC 1992, 222).

causa" en los arrendamientos urbanos, a la que más tarde haremos referencia, surgió la duda de si el TC mantendría el criterio manifestado con relación a las parejas de hecho y las pensiones de viudedad, lo que se ha reiterado en diversos recursos de amparo posteriores a la STC 222/1992[13].

El segundo gran tema en materia de uniones de hecho que ha tenido oportunidad de considerar el TC ha sido la subrogación "mortis causa" en los arrendamientos urbanos. Si bien inicialmente entendió que no existía discriminación por el hecho de que el art. 58 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbano aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre (TRLAU 1964) no incluyese a las uniones de hecho, terminó, adoptando, otra solución, dicho sea, sin que lleguemos a ver una argumentación clara justificativa de las diferencias de solución, considerando que tal precepto era inconstitucional en cuanto no incluía a los sobrevivientes de parejas de hecho.

2. La vivienda familiar. Título de ocupación.

Es vivienda familiar de la pareja de hecho aquel inmueble en el que los unidos residen con vocación de permanencia. El CC al hilo de la regulación del matrimonio se ocupa de la vivienda familiar, a la que se refiere con varias expresiones –"vivienda familiar", "vivienda habitual de la familia", "domicilio familiar", "domicilio conyugal"(arts. 70, 90.c, 91, 93.2, 96, 103.2.º, 105, 1320, 1357, 1406CC), pero no la define. Ha debido enfrentarse a esta tarea el TS. Señala la STS 16 diciembre 1996[14] -en un caso de una ruptura de una pareja de hecho- que "la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad [sic][15]), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que, sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer[16] como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso". Ello justifica que ante las crisis conyugales o de parejas de hecho las atribuciones del uso pedidas sólo pueden referirse a los inmuebles que han constituido la vivienda familiar, no a otros (STS 9 mayo 2012, con relación a crisis conyugales y STS 31 mayo 2012 con relación a la ruptura de parejas de hecho)[17], sin en caso de

13 *Vid.* STC 66/1994, 28 febrero (RTC 1994, 66), ATC 222/1994,11 julio (RTC 1994, 222 AUTO), ATC, Pleno, 77/2004, 9 marzo (RTC 2004, 77 AUTO), ATC, Pleno, 174/2004, 11 mayo (RTC 2004, 174 AUTO).

14 STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020).

15 El TS quiere decir "privacidad".

16 Hoy hay que entender se trate de una pareja formada por dos personas del mismo o diferente sexo.

17 *Vid.* STS 9 mayo 2012 (RJ 2012, 5137) y STS 31 mayo 2012 (RJ 2012, 6550).

ruptura contenciosa pueda atribuirse a los hijos y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no haya tenido esta condición, sea durante el matrimonio, sea durante la convivencia extramatrimonial.

Los unidos de hecho pueden habitar en una vivienda propiedad de uno de ellos o de ambos, en una vivienda arrendada, sea por uno o por ambos, en una vivienda sobre la que uno o ambos tengan un derecho de usufructo o de habitación, en una vivienda dada en comodato por un tercero -normalmente un familiar de alguno de ellos- u ocuparla en precario.

En estas líneas nos vamos a ocupar de algunas cuestiones que presenta el arrendamiento de vivienda en caso de parejas de hecho.

II. VIVIENDA EN ARRENDAMIENTO.

1. Introducción.

Uno de los títulos jurídicos que puede amparar la ocupación y uso de una vivienda familiar es el arrendamiento del inmueble que constituye base de la misma, sujeto a la legislación especial arrendaticia urbana[18].

La normativa especial arrendaticia urbana está en la actualidad constituida por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU de 1994), norma que ha sufrido diversas reformas a lo largo de su ya larga vida[19]. Igualmente debe atenderse, a la normativa dictada en los últimos años para intentar dar solución a los problemas sociales surgidos a consecuencia del COVID-19 y de la actual situación de inflación creciente.

La normativa arrendaticia urbana ha venido tradicionalmente a regular de modo diferente los arrendamientos de vivienda -inquilinato- y los de uso distinto del de vivienda -local de negocio. La LAU de 1994 regula el arrendamiento de fincas urbanas, ya se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda (art. 1). Define el art. 2 de la LAU qué debe entender por arrendamiento de vivienda, considerando por tal "aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario", añadiendo que las normas de este tipo de arrendamiento serán, igualmente, de aplicación "al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y

18 No pretendemos tratar ni los arrendamientos de viviendas excluidos de la LAU, ni los supuestos de arrendamientos sujetos a la normativa de arrendamientos rústicos en los que exista una edificación destinada a vivienda. *Vid.*, en particular, con relación a las uniones de hecho la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, art. 21.2.

19 La última de las mismas con la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador".

Los arrendamientos de vivienda sujetos a la LAU de 1994, conforme al art. 4.1 de dicha Ley "se someterán de forma imperativa" a lo dispuesto en el título I -"Ámbito de la Ley", arts. 1 a 6-[20] y a lo dispuesto en los apartados siguientes de dicho artículo. El art. 4.2 añade que respetando lo establecido en el art. 4.1 "los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II [«De los arrendamientos de vivienda»] de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil"[21].

La LAU de 1994 vino a sustituir al Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (TRLAU 1964),extremadamente protector de los arrendatarios, que había experimentado una gran reforma con el art. 9 del Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (el conocido como Decreto Boyer), que vino a suprimir la prórroga forzosa en los contratos de vivienda celebrados a partir de dicha fecha.

La entrada en vigor de la LAU de 1994 habría de provocar la posible existencia de tres regímenes distintos de arrendamientos de vivienda -prescindimos de los de uso distinto del de vivienda-, por lo que, para regular y ordenar el cambio de normativa recoge unas complejas normas transitorias aplicables a las relaciones arrendaticias surgidas bajo el imperio de normas anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994, que aún siguen teniendo interés práctico, por subsistir aún arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Algunas de las sentencias que citaremos en el presente estudio se refieren a estos arrendamientos, por lo que resulta de interés acercarnos brevemente a las Disposiciones Transitorias. Centrándonos en las que afectan a los contratos de vivienda, debemos distinguir entre los contratos de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985y los celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 -a estos últimos afecta el art. 9 del RDLey 2/1985 citado

Señalamos que fue criterio de la LAU 1994 poner límite a la duración de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, y para ello optó por la supresión total de la subrogación "inter vivos" a favor de ciertos familiares sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador (art. 24.1 del TRLAU

20 El art. 2.1. de la LAU también se refiere a la aplicación del título IV, sobre procesos arrendaticios, comprensivo de los arts. 38 a 40. No obstante, estos preceptos se encuentran hoy sin contenido al haber sido derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

21 Se exceptúan de este régimen el arrendamiento de las conocidas como "viviendas suntuarias" (art. 4.2.2 LAU de 1994).

1964), así como por la supresión gradual de los derechos de subrogación "mortis causa" que el TRLAU 1964 reconocía en su art. 58.

1) La Disposición Transitoria Segunda se ocupa del régimen de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Nos interesa destacar de la misma las siguientes ideas:

- En el apartado A.1 se señala que tales arrendamientos continuarán rigiéndose por el TRLAU 1964, con las modificaciones recogidas en la Disposición Transitoria que nos ocupa.

-Indica el apartado A.2 que les serán de aplicación los artículos 12, 15 y 24 de la LAU de 1994. Estos tres preceptos serán objeto de consideración en este estudio.

- El apartado A.3 añade que dejará de ser aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 24 del TRLAU 1964, en materia de cesión del contrato, de subrogación "inter vivos" en el mismo. Dicta igualmente una norma específica en materia de tanteo y retracto.

- En los apartados B.4 y ss. la Disposición Transitoria que tratamos se ocupa de la subrogación "mortis causa" en estos contratos de vivienda, modificando parcialmente la regulación del TRLAU 1964. Si bien se refiere expresamente a la convivencia "more uxorio" -lo que no era sino una imposición de la doctrina de la STC 222/1992- limita los beneficiarios descendientes a los hijos, aumenta el período de convivencia de los ascendientes -de 2 a 3 años-, no incluye a los hermanos, limita los supuestos de segundas subrogaciones, no admite terceras subrogaciones (apartados B.4, 5 y 6), limita la duración de las subrogaciones producidas a favor de los hijos, amén de otras cuestiones. En lo que nos interesa, el apartado B.7 viene a contemplar a los unidos de hecho, señalando: "Los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de esta disposición al cónyuge del arrendatario, serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común[22], en cuyo caso bastará la mera convivencia"[23] -delimitación de parejas hecho que coincide con la recogida en los arts. 12 y 16 de la propia LAU de 1994-, correspondiendo la prueba de la convivencia con el arrendatario al que

22 Entendemos, que la descendencia en común puede ser por naturaleza o por adopción (ex art. 108.2 CC). No es suficiente tener menores conjuntamente en acogimiento. *Vid.* igualmente González Porras, J. M.: "Comentario al artículo 16 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, (coord. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, p. 488, al comentar este requisito de la descendencia en común igualmente recogido en el art. 16 de la LAU de 1994.

23 *Vid.* Gallego Domínguez, I.: "Comentario a la Disposición Transitoria 2.ª.(B).7", en el libro AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (coord. por C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 1265 a 1287.

pretenda la subrogación "mortis causa", convivencia que "deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada". Se señalan aplicables las normas de procedimiento y prelación recogidas en el art. 16 de la LAU de 1994 (apartado B.9).

- Finalmente contiene la Disp. Transitoria segunda otras normas que no nos interesan en este estudio: "otros derechos del arrendador" y un complejo sistema de actualización de la renta.

2) Por su parte, la Disp. Transitoria Primera se ocupa de los contratos celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, dedicando el apartado primero a los contratos de arrendamiento de vivienda:

- Estos arrendamientos de vivienda continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto Ley 2/1985 antes citado, y por lo dispuesto para el contrato de inquilinato en el TRLAU 1964.

- Será aplicable a estos contratos de arrendamiento lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la Disposición Transitoria Segunda, por lo que regirá para ellos lo dispuesto en los arts. 12, 15 y 24 de la LAU de 1994, dejándoles de ser aplicable el art. 24.1 del TRLAU 1964.

En las líneas que siguen pasamos a desarrollar ciertas cuestiones de los arrendamientos y las uniones de hecho, agrupándolas según que afecten a contratos de arrendamiento titularidad de uno de los convivientes o de ambos.

Es identificable alguna otra cuestión que podemos calificar como residual como es la unión de hecho en relación con la denegación de prórroga forzosa en los contratos históricos que aún la tengan[24]. Pueden tenerse en cuenta, sobre esta cuestión las siguientes SSAAPP:

- La SAP Tarragona, S. 1.ª, de 21 noviembre 2007[25] entiende que no existe desocupación de la vivienda que justifique la resolución del contrato de arrendamiento por concurrencia de causa de denegación de la prórroga por desocupación, pues quedó acreditado que la conviviente de hecho del arrendatario vivía en la vivienda.

24 Cabe identificar algún otro tema como es la denegación de prórroga obligatoria en los contratos subsistentes sometidos al TRLAU 1964 que la tengan (ya sea legalmente -contratos anteriores a 9 mayo 1985- o contractualmente -en contratos posteriores al 9 mayo 1985) por causa de necesidad y la relación con las parejas de hecho. *Vid.* sobre este tema, Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 364 a 368; Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Colegio de Registradores*, Madrid, 1995, pp. 409 a 416; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho,* cit., pp. 227 y 228.

25 SAP Tarragona, S. 1.ª, 21 noviembre 2007 (JUR 2008, 75937).

- La SAP Islas Baleares, S. 4.ª, 13 mayo 2008[26] conoce de la petición de un arrendador de denegación de prórroga forzosa -era el nudo propietario de la vivienda, haciendo la petición con el consentimiento de su madre, la usufructuaria-arrendador que vivía en casa de su madre, manifestando en el requerimiento previo de desalojo su deseo de vivir de modo independiente, con su hija. En la demanda, inicialmente interpuesta por el hijo, a la que se unió como codemandante su madre, señala el actor que el mismo convive con su pareja -con la que lleva unido más de 10 años- en casa de su madre, a la que marcharon para cuidarla, y pide la denegación de la prórroga forzosa de una vivienda arrendada que se encuentra junto a la de la madre enferma en la que actualmente conviven, para vivir de modo independiente con su pareja y con su hija -que, si bien estudia en el extranjero, los períodos vacacionales vive con el padre en la casa de su abuela-recordando en la demanda que "la verdadera causa de necesidad era la que tiene para sí mismo el arrendador". El JPI deniega la demanda, sin entrar en el fondo del asunto, por entender que se ha cambiado la causa de necesidad manifestada en el requerimiento previo y la recogida en la demanda. La AP, en vía de recurso estima la demanda inicial, considerando que es causa suficiente para la denegación de la prórroga "pues no hay norma legal alguna que pueda obligar a una persona a continuar conviviendo con terceras personas, aunque sean familiares, si no lo desea; y ello prescindiendo de que el necesitado sea casado o soltero, con pareja o sin ella, con hijos o sin ellos".

- La SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 diciembre 2009[27] considera que vivir en pareja de hecho en la vivienda arrendada hace que estemos ante un hogar familiar a efectos de posposición del art. 64.1 del TRLAU 1964 con relación a otro arrendamiento de vivienda que la arrendador tiene en lo bajo del mismo inmueble, en el que solo vive el arrendatario, siendo este criterio preferente al de la antigüedad de los contratos.

- La SAP Guipúzcoa, S. 2.ª, 30 octubre 2020[28] (JUR 2021\65381) conoce en vía de apelación de un asunto en el que se ejercita una acción de resolución de contrato de arrendamiento por denegación de prórroga legal por causa de necesidad del artículo 62.1º del TRLAU 1964 con base en el hecho de que la actora, actual propietaria de la vivienda arrendada, vive con su madre y desea independizarse junto con su pareja y formar una pareja de hecho. La AP señala que la petición es causa de denegación de prórroga, equiparando matrimonio y unión de hecho, pero lo rechaza en el caso concreto por falta de prueba de la probabilidad y verosimilitud de una auténtica futura convivencia de hecho,

26 SAP Islas Baleares, S. 4.ª, 13 mayo 2008 (JUR 2008, 339401).

27 SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 diciembre 2009 (JUR 2010, 108575).

28 SAP Guipúzcoa, S. 2.ª, 30 octubre 2020 (JUR 2021, 65381).

confirmando la S. del JPI. Esta sentencia merece nuestra crítica por el simple deseo de la hija de independencia ya justificaría la denegación de la prórroga.

2. Arrendamientos titularidad de uno solo de los convivientes y arrendamientos conjuntos.

Los arrendamientos de inmuebles en los que tienen su vivienda parejas de hecho o la han tenido, pueden ser de titularidad individual -de uno de los unidos- o de titularidad común -de ambos convivientes- del mismo modo que ocurre en caso de matrimonios.

Es importante concretar esta cuestión, pues, en caso de ser común el arriendo, no podrá entenderse que existen cesiones inconsentidas a favor del otro cotitular que abran la vía de la resolución del contrato a favor del arrendador, en caso de fallecimiento de uno de los cotitulares el otro no se subroga "mortis causa" en el contrato, por lo que no habrá que seguir los requisitos y procedimientos correspondientes, de modo que no procede el desahucio del exconviviente que permanezca en el arriendo sin haber seguido los dictados del art. 16 de la LAU de 1964.

Distingamos uno y otro supuesto:

1.- Serán arrendamientos titularidad de uno de los convivientes aquellos que se celebren por uno de ellos, sea con anterioridad al inicio de la convivencia de hecho, sea durante la misma. En estos casos nos encontramos con un único arrendatario, que será el principio, el único titular de los derechos -salvo los derechos que la ley pueda reconocer al unido de hecho[29]- y de las obligaciones dimanantes del contrato –así el obligado al pago de la renta y cantidades asimiladas y demás obligaciones contractuales-.

Se ha discutido si en los casos de contratos de arrendamiento concertados durante la convivencia solo por uno de los convivientes formalizándose el contrato para servir de vivienda a la unión de hecho debía entenderse que ambos unidos eran materialmente cotitulares -existiendo una disociación entre titularidad formal y material-. Esta tesis no ha sido admitida por la jurisprudencia. Así podemos citar la SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022[30], que al rechazar que exista una cotitularidad de la que fue pareja de hecho del arrendatario que abandonó la vivienda que exima a la actual ocupante del inmueble de hacer las comunicaciones oportunas para poder mantenerse en el arrendamiento, accede en vía de recurso

29 Si bien en materia contractual rige el principio de relatividad de los contratos (art. 1257.1 CC), sin embargo, es posible que un contrato pueda producir ciertos efectos con relación a terceros, sea por disposición del propio contrato (art. 1057.2 CC) o de la ley.

30 SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022 (JUR 2022, 270224).

a la petición de la parte actora, la arrendadora de resolución del contrato de vivienda concertado en el año 1983 sobre la base del art. 114.5.ª del TRLAU 1964, por cesión inconsentida.

Siendo el contrato individual al arrendatario corresponde el ejercicio de acciones relativas al mismo, sin que su conviviente de hecho tenga legitimación activa para hacerlo. Así la SAP Las Palmas, S. 4.ª, 20 marzo 2009[31] en un caso en que se ejercitó por la conviviente la acción del art. 107 del TRLAU 1964, solicitando la realización de las reparaciones necesarias para mantener la vivienda en un estado adecuado para servir el uso convenido, siendo desestimada la misma por falta de legitimación activa de la actora, tanto por el JPI -que la apreció de oficio- como por la AP.

Del mismo modo siendo el contrato individual la conviviente no tiene legitimación pasiva para soportar demandas relativas al contrato, como denegación de prórroga, actualización de renta, pago de rentas[32]. La SAP Asturias, S.1.ª, 27 noviembre 2007[33] conoce de un contrato en el que, si bien figuran como arrendatarios los dos unidos de una pareja de hecho, sin embargo el contrato estaba firmado por uno solo de ellos. Entiende la AP que la no firmante del contrato "ni puede ser admitida como parte en el contrato ni por ello serle exigibles las obligaciones que de él se derivan", por lo que no es deudora de las rentas no atendidas por el arrendatario.

Esta misma cuestión de la cotitularidad de los arrendamientos celebrados por uno de los integrantes de la pareja, se ha planteado en el caso de arrendamientos concertados por uno solo de los cónyuges constante el matrimonio. Se ha planteado ante los tribunales, si a pesar de la existencia de un único arrendatario, el arriendo debe considerarse común, cotitularidad material de ambos cónyuges, y en particular ganancial si en el matrimonio regía este régimen económico matrimonial.

- El CC y la LAU guardan silencio, a diferencia de lo que hacen el Derecho Aragonés[34] y el Navarro[35] que consideran bienes comunes -bienes consorciales, bienes de conquista, respectivamente- "[l]os derechos del arrendatario por

31 SAP Las Palmas, S. 4.ª, 20 marzo 2009 (JUR 2009, 248726).

32 *Vid.* SAP Tarragona, S. 1.ª, 21 noviembre 2007 (JUR 2008, 75937).

33 SAP Asturias, S.1.ª, 27 noviembre 2007 (JUR 2008, 74469).

34 *Vid.* con relación al Derecho de Aragón, el art. 210.2.i del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, con el precedente del artículo 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

35 Por lo que se refiere al Derecho Navarro, *vid.* la Ley 88.6 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, con antecedentes en el art. 82.6 redacción Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, en el art. 83.3 de la Compilación original.

contratos celebrados durante" el régimen de comunidad. Si bien estos preceptos ofrecen base para defender la cotitularidad de los arrendamientos, con las consecuencias que ello conlleva de no tener que seguirse los dictados de los arts. 12, 15 y 16 de la LAU, preceptos pensados para casos de titularidad individual del arrendamiento, no obstante, se ha discutido que esta atribución de comunidad, opere fuera de las relaciones entre los cónyuges, de modo que frente al arrendador puede existir un arrendatario único del contrato, lo que impondría la preceptiva comunicación al arrendador para el cambio de arrendatario en los casos de los arts. 12, 15 y 16 de la LAU [36][37].

- En Francia, el Code civil considera cotitularidad de ambos cónyuges -o convivientes unidos por un Pacto Civil de Solidaridad- los arrendamientos de vivienda, incluso concertados antes del matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, en caso de que sirva de residencia al matrimonio. De este modo señala el art. 1751 del Code civil lo siguiente: "Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité".

- Entendemos que del art. 15 de la LAU se deduce el criterio de la celebración como determinante para la determinación de la titularidad del arrendamiento, de

36 Con relación al Derecho Aragonés sigue esta tesis la STSJ, Aragón, de 14 mayo 2010 (RJ 2010, 5004). Esta Sentencia conoce un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado en 1973, apareciendo como única arrendataria una mujer de estado civil casada. A la muerte de la arrendataria no consta que su marido comunicara ex art. 16 LAU al arrendador su voluntad de subrogarse en la vivienda. El arrendador ejercitó una acción de resolución del contrato entendiendo que había una cesión inconsentida. El JPI desestimó la demanda de resolución sobre la base del art. 28.2.i de la Ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que entendió aplicable al asunto, por lo que siendo común el arrendamiento considera no resulta aplicable el procedimiento de subrogación del art. 16 LAU. La AP estimó en vía de apelación la demanda, considerando que "para que el cónyuge no contratante, en un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes y ganancias, sea considerado arrendatario ha de atenerse a los mecanismos que para ello arbitra la ley especial arrendaticia, pues no lo es por el hecho de disfrutar de ese régimen de comunidad", citando sentencias de varias Audiencias Provinciales y, en especial, la STS de 3 abril 2009 (RJ 2009, 2806), que trata de unificar la doctrina sobre el asunto. La STSJ confirma la sentencia recurrida, señalando que "este carácter consorcial produce efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges". La STSJ cuenta con un voto particular del Magistrado I. Martínez Lasierra.
Crítica con la STSJ que nos ocupa se manifiesta Bayod López, M.ª del C.: *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 20.

37 Con relación al Derecho Navarro, Fernández Urzainqui, F.J.: "La sociedad conyugal de conquistas", en AA.VV.: *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, (coord. F. Lledó Yagüe, M.ª P. Ferrer Vanrell y O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 789 a 835 señala que "[c]onfrontada esta norma con los artículos 12, 15 y 16 de la vigente LAU -con sus sucesivas reformas- y con la disposición contenida en la ley 587 del FN, no es seguro que la ganancialidad de la locación transforme a todos los efectos la relación arrendaticia constituida en un coarrendamiento", añadiendo, [e]n sentido contrario se pronunciaron en relación a la primitiva ley 83.3 Lacruz Berdejo y Rams Albesa, para quienes, por virtud de esta disposición, el derecho del arrendatario pertenece a ambos cónyuges, de suerte que, fallecido uno, el sobreviviente no es -en su caso- un sucesor en el arrendamiento, sino un coarrendatario cuyo derecho se expande en la porción que ha quedado vacante".

modo que será individual el suscrito por uno de los cónyuges y común el suscrito por ambos.

- La jurisprudencia ha tenido oportunidad de enfrentarse a esta cuestión del carácter del arrendamiento celebrado por uno solo de los cónyuges. Mientras que algunas sentencias de AA.PP. optaron por el carácter común del arriendo[38], otras lo hicieron por el carácter privativo[39]. El entendimiento de la cotitularidad del arrendamiento de vivienda en caso de esposos aparece en la STC 135/1986, 31 octubre[40]. El TS pronto optó por el carácter privativo del arrendamiento, así la STS 11 diciembre 2001[41]califica de privativos los derechos a una subrogación "mortis causa", así como lo obtenido por la renuncia de los mismos hecha por una persona casada. La STS 2 mayo 2008[42]confirmó la sentencia de instancia que estimó la extinción del contrato de arrendamiento transcurrido el plazo legal de 2 años tras la segunda ocupación, rechazando el argumento de que la esposa del cónyuge que concertó el arrendamiento no se había subrogado, pues el arrendamiento era común: La STS 3 abril 2009 sienta como doctrina jurisprudencial: "que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento", seguida por otras tantas: STS 10 marzo 2010, STS 9 julio 2010, STS 24 marzo 2011, STS Pleno, 22 abril 2013 …[43] que en casos de muerte del arrendatario ampararon el desahucio de la viuda que no comunicó al arrendador la muerte del primero y su voluntad de subrogación, rechazando que el arrendamiento sea común y que ello exonere de la notificación pertinente. No parece que ésta sea la solución más adecuada y protectora del hogar familiar. Estamos de acuerdo con Guilarte Gutiérrez[44] cuando entiende: "mi planteamiento parte de considerar que todo arriendo que sirve de base a la vivienda familiar, realizado constante el matrimonio, es un arriendo consorcial -si estamos en sede de gananciales- o común si estamos en régimen de separación. Y ello salvo pacto en contrario consentido por el otro cónyuge". La base para

38 En pro del carácter común del arrendamiento de vivienda de los consortes aun celebrado por uno solo de ellos, *vid.* por ejemplo, SAP Granada 19 octubre 1994 (AC 1994, 1721), SAP Madrid 21 julio 1997 (AC 1997, 2601), SAP Santa Cruz de Tenerife, S. 1.ª, 3 diciembre 1999 (AC 1999, 2537), SAP Santa Cruz de Tenerife, S. 1.ª, 5 febrero 2001 (JUR 2001, 130163), SAP Madrid 9 marzo 1993 (AC 1993, 782), SAP Barcelona, S. 4.ª, 29 octubre 2003 (JUR 2003, 260066), SAP de Barcelona, S. 13.ª, 19 enero 2005 (JUR 2005, 82247) …

39 En pro del carácter privativo del arriendo, *vid.* SAP Asturias, S. 1.ª, 22 septiembre 1999 (AC 1999, 6336), SAP Asturias, S. 6.ª, 17 febrero 2003 (JUR 2003, 135393), SAP de Baleares, S. 3.ª, 19 enero 2010 (AC 2010, 335).

40 *Vid.* STC 135/1986, 31 octubre (RTC 1986, 135).

41 STS 11 diciembre 2001 (RJ 2002, 2201).

42 STS 2 mayo 2008 (RJ 2008, 2823).

43 STS 3 abril 2009 (RJ 2009, 2806), STS 10 marzo 2010 (RJ 2010, 2335), STS 9 julio 2010 (RJ 2010, 6031), STS 24 marzo 2011 (RJ 2011, 3007), STS, Pleno, 22 abril 2013 (RJ 2013, 3495).

44 Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 12 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova – Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 294.

entender la ganancialidad se encuentra en el art. 1347.3 CC y la base para entender el arrendamiento común en el régimen de separación se encuentra en el art. 1319 CC. Pero esta no es la tesis que mantiene el TS.

- Por otra parte, tratándose de matrimonios casados en régimen de gananciales, aun cuando el titular del arrendamiento fuese uno de los cónyuges es claro que el pago de la renta es carga de la sociedad de gananciales (art. 1362.1.º CC), respondiendo solidariamente los bienes privativos del arrendatario y los bienes gananciales y, subsidiariamente, los bienes privativos del otro cónyuge en los términos del art. 1319 CC (art. 1365.2.º CC).

2.- Serán arrendamientos conjuntos aquellos cotitularidad de ambos.

Se trata, conforme a lo que hemos señalado en las líneas anteriores, de contratos celebrados como arrendatarios por los dos unidos de hecho, ya comparezcan ambos convivientes o uno solo de ellos que a actúe en nombre y en nombre del otro -pudiendo igualmente estar representados ambos convivientes.

Es posible que un contrato inicialmente de titularidad individual de ambos convivientes sea novado subjetivamente con consentimiento del arrendador para dar entrada como coarrendatario a ambos convivientes.

III. ARRENDAMIENTOS TITULARIDAD DE UNO DE LOS CONVIVIENTESDE LA PAREJA DE HECHO.

Surgen una serie de cuestiones relacionadas con los arrendamientos que sean titularidad de uno de los convivientes, que podemos agrupar según se presenten durante la convivencia de la unión extramatrimonial o a su extinción.

1. El arrendamiento durante la vida de la pareja.

A) El pago de la renta y de las cantidades asimiladas.

La primera cuestión que surge con relación a un contrato de arrendamiento de vivienda en la que convive una pareja de hecho siendo arrendatario solo uno de los integrantes de la misma, es la de quién es el obligado a cumplir las obligaciones del arrendamiento, en particular, el pago de renta -y de las cantidades asimiladas-, en particular, si puede entenderse que ambos convivientes son responsables, en algún modo, del pago de la misma.

En aquellos supuestos en los que sea arrendatario uno solo de los convivientes, él será el deudor y obligado al pago, en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 del CC), sin que quepa que el arrendador pueda exigir el

pago al otro conviviente. No juega el precepto relativo a la potestad doméstica ordinaria ex art. 1319 del CC, pues al tratarse de una norma de régimen económico matrimonial primario, no juega analógicamente para las uniones de hecho.

En los procedimientos en que se pida la resolución del contrato de arrendamiento concertado por unos de los convivientes por falta de pago, debe ser demandado el arrendatario, sin que quepa apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no demandar al conviviente[45].

B) Adaptación de la vivienda arrendada a la especial situación de discapacidad del unido de hecho (art. 24 de la LAU).

El régimen ordinario de las obras que desee realizar el arrendatario en la vivienda arrendada se recoge en el art. 23 de la LAU de 1994, precepto conforme al cual, como norma general, el arrendatario no podrá realizar obras en la vivienda arrendada sin el previo consentimiento por escrito del arrendador. El art. 23 ha sufrido una modificación con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, pero el principio señalado sigue siendo el mismo.

No obstante, de conformidad con el art. 24 de la LAU de 1994, de este régimen escapaban, ya desde la redacción originaria de esta Ley, las obras para adaptar la vivienda a las especiales necesidades derivadas de la discapacidad o de la edad -para mayores de 70 años-, sea del arrendatario, sea de algunos familiares que con él convivan, entre ellos el unido de hecho.

El art. 24 de la LAU de 1994 resulta aplicable no sólo a los arrendamientos de vivienda celebrados tras la entrada en vigor de dicha Ley, sino también a los celebrados con anterioridad, por el juego de la Disposición Transitoria Primera 1 y de la Disposición Transitoria Segunda A.2.

Tanto en el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 1992 (art. 23[46]) como el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbano de 1994 (art. 25[47]) si bien se recogía una norma especial para la realización de obras de adaptación de la vivienda a las especiales condiciones de discapacidad o de edad del arrendatario, su cónyuge o ciertos familiares que convivan con el arrendatario, no se contemplaba, en ninguno de ellos a las parejas de hecho. En la tramitación parlamentaria del Proyecto de 1994, mediante la enmienda n.º 267 del Grupo Socialista en el Senado, se añadió en el art. 24 la frase "o de la persona con quien conviva, de forma permanente, en análoga relación de afectividad, con independencia de su

45 SAP Granada, S. 4.ª, 18 marzo 2011 (JUR 2012, 349163).

46 *BOCG, Congreso de los Diputados*, IV legislatura, Serie A, 30 diciembre 1992, núm. 123-1

47 *BOCG, Congreso de los Diputados*, V legislatura, Serie A, 21 febrero 1994, núm. 54-1.

orientación sexual", justificándose del siguiente modo: "Por coherencia con el texto del Proyecto y para acomodar la terminología a la ya utilizada en otros textos legales"[48].

La redacción originaria del art. 24 de la LAU de 1994, era la siguiente:

Artículo 24: "Arrendatarios con minusvalía.

1. El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan.

2. El arrendatario estará obligado, al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior, si así lo exige el arrendador".

La Ley 4/2013 además de modificar el art. 23 de la LAU de 1994 ha dado nueva redacción al complementario art. 24 teniendo en la actualidad la siguiente redacción:

Artículo 24: "Arrendatarios con discapacidad.

1. El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en el interior de la vivienda aquellas obras o actuaciones necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta años, tanto del propio arrendatario como de su cónyuge, de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o de sus familiares que con alguno de ellos convivan de forma permanente, siempre que no afecten a elementos o servicios comunes del edificio ni provoquen una disminución en su estabilidad o seguridad.

2. El arrendatario estará obligado, al término del contrato, a reponer la vivienda al estado anterior, si así lo exige el arrendador".

De esta forma el arrendatario va a poder realizar obras y actuaciones en la vivienda arrendada para adaptarla a la especial situación de discapacidad, sea de él mismo, sea de su cónyuge, de su pareja de hecho o de otros familiares que con él convivan, con arreglo al siguiente régimen jurídico en lo que nos interesa destacar:

- No es necesario el previo consentimiento por escrito del arrendador, pero sí la previa notificación por escrito al mismo de la realización de las obras o actuaciones.

48 *BOCG, Senado*, V legislatura, Serie II, 23septiembre 1994, núm. 44 (e), p. 106.

- Se trata de facilitar de este modo la realización de obras o actuaciones necesarias para que pueda ser utilizada de forma adecuada y acorde a la discapacidad o a la edad superior a setenta años, por lo que este precepto entronca con el art. 49, e indirectamente, con el art. 50 de la CE.

- La Ley 4/2003 sustituye la denominación de "minusvalía", "minusválido" por la de "discapacidad" siguiendo el cambió terminológico asumido por la OMS al revisar la CIF-2001, por la "connotación peyorativa" de la palabra "minusvalía"[49]. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 asume la nueva terminología. En el Derecho español la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia impone el cambio terminológico[50].

- Las obras amparadas por este precepto no pueden afectar a elementos o servicios comunes del edificio -de modo que sólo se contemplan obras y actuaciones en el interior de la vivienda-, ni provocar una disminución en su estabilidad o seguridad. Estas últimas limitaciones han sido añadidas expresamente al precepto con la reforma operada por la Ley 4/2013, si bien, es claro que esos límites existían con anterioridad. Para los edificios en propiedad horizontal resultaban del art. 7.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal y para los edificios que no se encontraran en propiedad horizontal del art. 7 del CC. Las actuaciones y obras que afecten a elementos comunes del edificio deberán realizarse conforme a los dictados de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad o de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, en su caso.

- La delimitación que este caso se hace de las parejas de hecho es diferente de la que se encuentra en los arts. 12.4, 16.1.b, Disposición Transitoria Segunda B.7. En el art. 24 de la LAU se habla de "persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual". No se exige un período mínimo de convivencia o, en su defecto, la existencia de descendencia común. Es totalmente adecuado a la finalidad del precepto no contemplar una duración mínima de convivencia de la pareja de hecho. Al no exigirse un período mínimo anterior, basta que se trate de una pareja de hecho, con vocación de estabilidad. La prueba corresponde al arrendatario, para lo que, sin duda, será útil una inscripción en el registro administrativo de parejas de hecho, pero no indispensable.

49 Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

50 *Vid.* Disposición Final Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

C) Cesión "inter vivos" del contrato (art. 8 de la LAU de 1994, art. 58 del TRLAU 1964).

Nos interesa tratar en este punto dos ideas:

a) La cesión del contrato por parte del arrendatario a su unido de hecho, con cambio por tanto de titular del arrendamiento, puede producirse con la LAU de 1994 previo consentimiento escrito del arrendador.

La LAU de 1994 contempla expresamente la cesión de la posición contractual del arrendatario -la modificación subjetiva de esta parte contractual- en un arrendamiento de vivienda, exigiendo, con arreglo a la teoría general de la cesión del contrato, el consentimiento del arrendador, añadiendo que tal consentimiento debe ser por escrito (art. 8.1). La falta del consentimiento escrito del arrendador dará lugar a una cesión inconsentida, que autoriza al arrendador para instar la resolución del contrato a su voluntad por tal causa (art. 27.2.c de la LAU de 1994).

La LAU de 1994 no recoge especialidad alguna con relación a la cesión del contrato y la familia, a diferencia de lo que acontecía en el art. 24.1 del TRLAU 1964, que contemplaba de modo particular la posible cesión "inter vivos" al cónyuge y a otros familiares, sin necesidad de consentimiento del arrendador -pero debiendo ponerse en su conocimiento-, lo que había planteado, en su momento, la posible aplicación de la norma a los unidos de hecho ignorados por la misma.

En cualquier caso, se trata de una cuestión puramente histórica, pues el art. 24.1 del TRLAU 1964 dejó de formar parte del régimen jurídico de los contratos sujetos a dicho TR, en virtud de la específica supresión realizada para los arrendamientos celebrados con anterioridad a la LAU de 1994 (Disposición Transitoria Primera 1 y Disposición Transitoria Segunda A.3).

b) El hecho de que la pareja de un arrendatario pase a vivir en la vivienda arrendada no puede considerarse como un supuesto de cesión inconsentida de contrato, del mismo modo que tampoco lo es el que el cónyuge o familiares pasen a vivir en la vivienda arrendada.

Así señala la SAP Barcelona, S. 13.ª, 26 marzo 2008[51]: "la regla general es la presunción a favor de la existencia de la cesión cuando un tercero aparece ocupando la vivienda, sin embargo tal regla generalizada, de un lado, admite excepciones cuando se trata de terceros extraños al inquilino pero integrados en la unidad familiar, sometidos a su dirección y autoridad y dependientes de él económicamente (sirvientes, empleados, etc.) o en unidad de convivencia marital afectiva y estable no consagrada oficialmente, y de otro, no es de aplicación

51 SAP Barcelona, S. 13.ª, 26 marzo 2008 (JUR 2008, 181789).

cuando de la presencia de parientes se trata, en cuyo caso es criterio usualmente seguido, el de que aquella presencia obedece a relaciones de afectividad guiadas por la gratuidad, que impiden la presunción de la existencia de acto jurídico de subarriendo o cesión cuya prueba pasa a ser de cargo del arrendador, lo que de lograrse, a su vez, revertiría en el arrendatario y subarrendatario o cesionario la carga de probar haberse efectuado conforme a derecho".

2. El arrendamiento a la ruptura de la pareja.

A) Renuncia o abandono de la vivienda arrendada por el unido de hecho arrendatario. El art. 12 LAU 1994.

En los casos en que se rompa una pareja de hecho que reside en una vivienda arrendada por uno solo de los convivientes y abandone la vivienda el conviviente no arrendatario, ningún problema se presentará. El arrendatario sigue ocupando la vivienda, a él le corresponden las obligaciones y derechos que derivan de la relación arrendaticia de la que era único titular.

Por el contrario, surgirán problemas en los casos en los que sea el conviviente arrendatario el que salga de la vivienda, poniendo fin al contrato -desistiendo de él o no renovándolo- sin consentimiento de conviviente no arrendatario o directamente abandone dicho arrendatario la vivienda arrendada sin decir nada al arrendador, quedando en todos estos casos residiendo en la vivienda objeto del arrendamiento el exconviviente no arrendatario.

Para estos supuestos recoge la LAU de 1994 un precepto, el art. 12, que viene a ser una norma protectora del hogar familiar, tanto matrimonial como no matrimonial, en el caso de que el arrendatario único ponga fin al contrato -desista del mismo o no quiera renovarlo, sin el consentimiento de cónyuge o pareja de hecho- o directamente abandone la vivienda, actos que objetivamente perjudican al conviviente (o al cónyuge) y a los hijos que convivan en el hogar familiar, señalando la LAU que podrá continuar el arrendamiento en beneficio de la persona que con él formó una pareja de hecho (o en favor de su cónyuge) cumpliendo una serie de requisitos. Cumpliendo los mismos se producirá un cambio en la titularidad del arrendamiento, pasando a ser nuevo arrendatario la pareja de hecho (o el cónyuge) del primitivo arrendatario, quien dejará de serlo. En este caso, las necesidades de vivienda del unido de hecho (o cónyuge) no arrendatario se hacen valer no frente a su exconviviente (o cónyuge) sino con relación a un tercero, el arrendador, a quien la ley, cumpliendo los requisitos que marca el precepto, le impone una sustitución de arrendatario, que puede no convenirle por ser distinta la solvencia del nuevo arrendatario y a la que no puede oponerse.

El art. 12 de la LAU de 1994 resulta aplicable no sólo a los arrendamientos de vivienda celebrados tras la entrada en vigor de esta Ley, sino también a los celebrados con anterioridad, por el juego de la Disposición Transitoria Primera 1 y de la Disposición Transitoria Segunda A.2.

Señala el art. 12 de la LAU de 1994 lo siguiente:

Artículo 12. "Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario.

1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge.

2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto.

Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada.

3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario.

Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia."

Si bien en el Proyecto de LAU de 1992 no se contemplaban a las uniones de hecho en el precepto equivalente al que ahora nos ocupa (art. 11), sí aparecen en el Proyecto de LAU de 1994 (art. 13.4).

Las uniones de hecho protegidas no son todas las parejas de hecho, sino exclusivamente las delimitadas en el art. 12.4 de la LAU que lo hace del mismo

modo que el art. 16.1.b) y la Disposición Transitoria Segunda B.7 a efectos de subrogación "mortis causa" al fallecimiento del arrendatario. Así pues, los unidos de hecho que resultan protegidos, no importa si se trata de una pareja hecho homosexual o heterosexual, son los que hayan convivido con el arrendatario al menos los dos años anteriores a la renuncia -desistimiento o no renovación-o abandono, salvo que tengan descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia sin plazo exigible de duración anterior. La prueba de la convivencia corresponde a quien la alega, siendo válido cualquier medio admitido en Derecho, teniendo especial interés la inscripción en el registro administrativo competente de parejas de hecho, pero sin que tal inscripción impida el juego de la norma.

Surge la duda de si los dos años de convivencia a los que se refiere el precepto, en el supuesto de no existir descendencia común, han de haberse desarrollado en la propia vivienda arrendada o no. Realmente el art. 12.4 de la LAU no dice nada, por lo que entendemos no resulta exigible la misma.

El art. 12 es complementario del art. 15 de la LAU. Como veremos se discute si el art. 15 es aplicable a las parejas de hecho. Con relación a los matrimonios es claro que el precepto que tendrá más importancia es el art. 15 de la LAU. El ámbito del art. 12 se centrará en las separaciones de hecho y en aquellos supuestos en los que los cónyuges están en vías de acceder a la nulidad, separación o divorcio y no se han adoptado medidas provisionales (art. 103.2.º CC) o provisionalísimas (art. 104 CC) en materia de vivienda familiar arrendada[52].

El art. 12 de la LAU contempla dos actuaciones unilaterales del arrendatario, que llevarían a la extinción del contrato con claro perjuicio para el unido de hecho (o el cónyuge) que desea permanecer en la vivienda, de no existir este precepto: el desistimiento y la no renovación: a) El desistimiento se refiere a la extinción del contrato durante su vigencia por la simple voluntad del arrendatario, que desea poner fin al mismo, refiriéndose el precepto, obviamente, a los casos en que el desistimiento del contrato sea admisible, pues en otro caso la vía al fraude para poner fin anticipadamente un arrendamiento estaría abierta -bastando notificar al arrendador el desistimiento sin consentimiento del cónyuge o unido de hecho y limitándose éste al recibir la comunicación del arrendador a no manifestar su voluntad de continuar con el mismo. El desistimiento es admisible en los casos en que se haya pactado. La Ley lo admite en los términos del art. 11 de la LAU, precepto que ha recibido nueva redacción con la Ley 4/2013. b) La no renovación– "rectius" prórroga- del contrato se refiere a los supuestos del art. 9.1 de la LAU y a las prórrogas del art. 10 de la LAU[53].

52 *Vid.* Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 12", cit., pp. 288 y 289.

53 El art. 10 de la LAU ha sido recientemente modificado por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Distingue la LAU dos supuestos, según que el arrendatario haya manifestado expresamente al arrendador su voluntad de poner fin al contrato mediante el desistimiento o la no renovación (lo que entra en la dinámica contractual) o no lo haya hecho, abandonando la vivienda (lo que supone un incumplimiento contractual).

a) En caso de que el arrendatario manifieste su voluntad de desistir del contrato o de no renovarlo sin el consentimiento de su conviviente de hecho (o cónyuge), podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho conviviente(o cónyuge) (art. 12.1). Para ello, "podrá el arrendador requerir" al unido de hecho (o cónyuge) del arrendatario "para que manifieste su voluntad al respecto". Una vez realizado dicho requerimiento, "el arrendamiento se extinguirá" si el unido de hecho (o el cónyuge) "no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél", añadiendo el precepto que "[e]l cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada" (art. 12.2 de la LAU). Este precepto plantea algunas cuestiones:

- Se ha señalado que el artículo supone una excepción al régimen del art. 1320 del CC, precepto que impide al titular de la vivienda familiar disponer de su derecho sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial[54]. El art. 1320 del CC no resulta aplicable a las parejas de hecho[55][56]. El Derecho catalán sí recoge para las parejas de hecho un precepto equivalente al art. 1320 del CC (art. 234-3,2de Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regulador del régimen de las parejas de hecho durante la convivencia, se remite al art. 231-9 CC[57]) y los recogió el Derecho valenciano (art. 10 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana, precepto declarado inconstitucional y nulo por la STC, Pleno, 110/2016, 9 junio[58]).

- El art. 12.1 y 2 es aplicable a los supuestos en los que el arrendatario, sin el consentimiento de su unido de hecho (o cónyuge),ponga fin al contrato de arrendamiento, manifestando expresamente su voluntad de no continuar con el contrato, ya se trate de un desistimiento o de una no renovación contractual, en los casos en los que proceda. No se requiere especial forma para la declaración de voluntad del arrendatario.

54 En este sentido la SAP Barcelona, S. 13.ª, 1 febrero 2008 (JUR 2008/131637).

55 En este sentido *vid.* Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas*, cit., pp. 286 y 287; Gavidia Sánchez, J.V.: "Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?, *RJN.*, oct.-dic. 1999, pp. 323 y 324.

56 A favor de una modificación del precepto para extenderlos a las uniones de hecho,De Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 245.

57 Y anteriormente *vid.* la derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (arts. 11 y 28).

58 STC, Pleno, 110/2016, 9 junio (RTC 2016, 110).

- La notificación de la voluntad del arrendatario de desistir o de no renovar el contrato hay que hacerla con cierta anticipación (al menos con 30 días, para el desistimiento, en el caso del art. 11, el mismo plazo para la no renovación en el supuesto del art. 10.1), por lo que realmente habría considerar que el antiguo arrendatario continúa siéndolo hasta la finalización del contrato, salvo que en ese período de preaviso mínimo de 30 días, el arrendador haya hecho la notificación pertinente y el unido de hecho (o cónyuge) inicialmente no arrendatario acepte continuar con el contrato. Entendemos que partiendo de estas ideas es como debe entenderse el art. 12.2, segundo párrafo: "Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél[59]. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada"[60].

- La carga de la prueba de que el primitivo arrendatario ha realizado la comunicación del desistimiento o de la no renovación, a él le corresponde. En otro caso entrará en juego el art. 12.3 de la LAU.

- Recibida la notificación por el arrendador del desistimiento o no renovación, el mismo, como hemos visto, podrá dirigirse contra el unido de hecho (o cónyuge) para que manifieste en el plazo de quince días si desea seguir o no con el arrendamiento. Se impone al arrendador la carga de realizar tal requerimiento

Si el arrendador no se dirige contra quien convivió con el arrendatario (o contra el cónyuge del arrendatario), "no puede actuar contra éste"[61].

Si el arrendador se dirige contra el unido de hecho (o el cónyuge) del arrendatario ocupante de la vivienda podemos encontrar las siguientes posibilidades: a) el conviviente (o el cónyuge) ocupante contesta en el plazo legal manifestando al arrendador su voluntad de continuar como arrendatario, deviene titular arrendaticio, siendo impuesta esta novación subjetiva al arrendador. Se produce por tanto un cambio de arrendatario en el contrato, pasará a ser el arrendatario, el único arrendatario, y, por tanto, solo a él corresponde el pago del arriendo a partir de este momento. Se produce una subrogación "inter vivos"; b) si el unido de hecho (o el cónyuge) contesta al requerimiento del arrendador en el sentido de no querer seguir con el arrendamiento, no se produce la subrogación en el contrato, quedando extinguido el mismo de conformidad con lo pactado o lo dispuesto en los arts. 9 ó 10 de la LAU, por lo que si sigue ocupando la vivienda una vez extinguido el arrendamiento cabrá ejercitar una acción de desahucio y el mismo "deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si

59 Trata la cuestión la SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011 (JUR 2015, 4772).

60 *Vid.* la SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 noviembre 2015 (JUR 2016, 10189).

61 Así señala la SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011 (JUR 2015, 4772).

la misma no estuviera ya abonada"; c) si el conviviente (o el cónyuge) ocupante no contesta en el plazo legal, habrá que extender que el contrato se ha extinguido de conformidad con lo pactado o las arts. 11, 9 ó 10 de la LAU, y si sigue en posesión de la finca cabe desahucio[62].

b) En aquellos casos en los que el arrendatario abandonara de hecho la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, "el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge o del unido de hecho que conviviera con aquél" (art. 12.3 LAU), pero, para ello, se le impone la carga de hacerle saber al arrendador su voluntad de ser arrendatario, mediante comunicación escrita que ha de ser recibida por el arrendador en el plazo de un mes a contar desde el abandono (art. 12.3 LAU).

- Si el cónyuge del arrendatario permanece en la vivienda y no notifica por escrito al arrendador en el plazo de un mes el abandono por parte del arrendatario y su voluntad de continuación, no se produce la modificación subjetiva por cambio de arrendatario[63].

- El abandono del arrendatario, la salida del arrendatario, no supone la liberación del del mismo, sino directamente un incumplimiento contractual. Si permanece el conviviente (o el cónyuge) en la vivienda sin que éste notifique al arrendador su voluntad de permanecer en el arriendo, estaríamos ante un supuesto de cesión inconsentida que facultaría al arrendador para resolver el contrato (art. 27.2.c LAU 1994; art. 114.5 TRLAU 1964)[64].

- La LAU 1994 impone una exigencia formal en el modo de hacer la comunicación por parte del ocupante al arrendador, que, de no cumplirse, impide poder imponerle al mismo la subrogación "inter vivos". No basta el conocimiento por parte del arrendador para deducir un consentimiento tácito del mismo al cambio de arrendatario. En el supuesto resuelto por la SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011[65]la exconviviente ocupante de la vivienda se defendió de la demanda de resolución y de recuperación de la posesión interpuesta frente al arrendatario y frente a ella, alegando el conocimiento por parte del administrador del arrendador de que ella seguía en la vivienda arrendada una vez que se había producido el abandono por parte del arrendatario. La AP al estudiar el art. 12.3

62 La SAP Barcelona, S. 13.ª, 1 febrero 2008 (JUR 2008, 131637) señala "obiter dictum" con relación al art. 12.1 y 2 lo siguiente: "Transcurrido el mentado plazo sin contestación se producirá la extinción del arrendamiento, efecto jurídico anudable, también, a una respuesta tempestiva del cónyuge o conviviente de signo negativo".

63 *Vid.* SAP Málaga, S. 5.ª, 27 mayo 2020 (JUR 2020, 365378), en un supuesto de una unión de hecho.

64 *Vid.* en este sentido, en casos de uniones de hecho la SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011 (JUR 2015, 4772) con relación a un arrendamiento concertado el 1 septiembre 1983 y la SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022 (JUR 2022, 270224).

65 SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011 (JUR 2015, 4772).

señala que la notificación que impone el precepto es formal. Además, añade "pero tampoco de la prueba deriva un conocimiento (y menos que éste suponga un «consentimiento» a la subrogación) del abandono".

- Añade el art. 12 LAU 1994 que "si el contrato se extinguiera por falta de notificación", el cónyuge o el unido de hecho, "quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes"[66].

B) La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales. El art. 15 de la LAU.

Si el matrimonio tiene su domicilio en una vivienda propiedad de alguno de los cónyuges o de ambos, el problema dela atribución del uso de la misma en caso de crisis conyugal -nulidad, separación o divorcio- se ciñe a los cónyuges o excónyuges.

En aquellos casos en los que el matrimonio habita en una vivienda arrendada, aparece en escena un tercero, el arrendador, que se podrá ver afectado por una atribución de uso de la vivienda realizada en el procedimiento correspondiente. A dar solución a este problema atiende el art. 15 de la LAU de 1994, que, sin antecedentes en el TRLAU 1964, ha venido contemplando, desde su redacción primitiva, la posibilidad de que en casos de nulidad matrimonial, separación legal del matrimonio o ruptura del mismo por divorcio, pueda, el cónyuge no arrendatario, continuar con el uso de la vivienda cuando se le atribuya de conformidad con la normativa correspondiente, debiendo ser comunicada la atribución al arrendador en plazo legal.

Los antecedentes del art. 15 de la LAU se encuentran en el art. 13 del Proyecto de LAU de 1992 y en el art. 15 del Proyecto de 1994 -con importantes diferencias con relación al texto finalmente aprobado.

El art. 15 de la LAU de 1994 resulta aplicable no sólo a los arrendamientos de vivienda celebrados tras la entrada en vigor de la misma, sino también a los celebrados con anterioridad, por el juego de la Disposición Transitoria Primera 1 y de la Disposición Transitoria SegundaA.2.

La redacción primitiva del art. 15 de la LAU de 1994 señalaba:

Artículo 15: "Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario.

66 *Vid.* en un caso de una pareja de hecho la SAP Asturias, S.I.ª, 27 noviembre 2007 (JUR 2008, 74469) que revoca parcialmente la sentencia de instancia que había condenado al pago de las rentas no pagadas tanto al arrendatario como a quien fue su pareja que permaneció en la vivienda, entendiendo que conforme al art. 12.3 LAU este último solo puede ser condenado al pago correspondiente a un mes.

1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda".

El precepto ha recibido una nueva redacción con la Ley 4/2013, de 4 de junio, antes citada, resolviendo, algún problema interpretativo que había planteado el anterior precepto, teniendo en la actualidad el siguiente contenido:

Artículo 15: "Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario.

1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación. El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato.

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda".

Como vemos este precepto permite que en la resolución judicial que ponga fin a un procedimiento de nulidad, separación o divorcio pueda asignarse el uso de la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario, ya sea sobre la base de un convenio regulador aprobado judicialmente (art. 90 CC o normativa civil territorial que resulte aplicable), ya en base a la atribución judicial en un procedimiento contencioso (art. 96 CC o normativa civil territorial que resulte aplicable).

Hoy día tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, caben separaciones y divorcios consensuales cuando no existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, pudiendo producirse la separación o el divorcio previa formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia -que dictará Decreto- o en escritura

pública ante Notario (art. 82 y 87 del CC, reformados por la LJV de 2015[67]), convenio en el que se ha podido pactar la atribución del bien arrendado al no arrendatario, por lo que entendemos la problemática debe ser resuelta aplicando el art. 15 de la LAU, aunque no exista una resolución de un juez, a la que se sigue refiriendo el art. 15.2 de la LAU, que no ha sido modificado tras la LJV de 2015.

El precepto generó y genera diversas interrogantes.

a) Se ha discutido la eficacia y funcionamiento del precepto, si el mismo producía una cesión "ope legis" del contrato de arrendamiento -de modo que aparecía un nuevo arrendatario en escena, a quien correspondían los beneficios y cargas- o tan solo una cesión de uso manteniéndose el arrendatario anterior.

El art. 15 en su primera redacción, al decir, "el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada" planteó la cuestión señalada, que fue resuelta de forma dispar por la doctrina y jurisprudencia menor, hasta que el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en 2015, a favor de la subrogación: 1.- Una primera tesis entendía que se producía una cesión "ope legis" del contrato a favor del cónyuge o excónyuge adjudicatario del uso de la vivienda, que pasaba, de este modo, a ser el arrendatario, quedando sustituido el anterior arrendatario, correspondiendo al subrogado las cargas y ventajas de la relación jurídica[68]. El precepto vendría, de este modo, a ser una excepción al 7 de la LAU 1994[69]; 2.- La segunda tesis sostenía que la atribución al cónyuge no arrendatario de la vivienda arrendada era simplemente una atribución de uso, de la posesión material de la finca, sin conllevar un cambio de arrendatario, de modo que no se producía una cesión del contrato, de modo que el arrendatario primitivo seguía siéndolo, obligado por tanto al pago de la renta, aunque estuviera privado del uso de la vivienda. Como argumentos base de esta tesis encontramos la literalidad del precepto y del preámbulo de la LAU, el proceso de formación de la norma[70] y la consideración de que la atribución del uso no es una medida inmodificable, de modo que, concurriendo las condiciones adecuadas, en el

67 La LJV modifica igualmente en este sentido la LEC y la Legislación notarial.

68 A favor de la cesión "ope legis" en el contrato de arrendamiento ex art. 15 LAU, *vid*., en la doctrina, León-Castro, J. y De Cossío, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, p. 163; Fuentes Lojo, J.V.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1995, p. 72; Serrano Alonso, E.: "Comentario al art. 15 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a las Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. X. O´Callaghan), Edersa, Madrid, 1995, pp. 158 y 159.; Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 15 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (dir. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova – Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 361.
En la jurisprudencia, en casos de crisis conyugales, por ejemplo, la SAP Asturias, S. 5.ª 28 junio 1996 (AC 1996, 1167), SAP Asturias, S. 4.ª 4 septiembre 2000 (AC 2000/2112) …

69 Así lo dice la SAP Barcelona, S. 13.ª, 1 febrero 2008 (JUR 2008, 131637).

70 En el Proyecto de LAU de 1992 se decía que "el cónyuge no arrendatario adquirirá también dicha condición por ministerio de la ley" (art. 13.1). En el Proyecto de LAU de 1994, en la misma línea leemos: "el cónyuge no arrendatario adquirirá también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de la ley". Todo esto ha desaparecido del texto finalmente aprobado.

correspondiente procedimiento de modificación de medidas, podría recuperar el arrendatario el uso de la vivienda arrendada[71]. La STS 26 octubre 2015[72] opta por la subrogación del cónyuge ex art. 15 LAU, pero siempre que respeten los requisitos de notificación del art. 15.2 LAU.

La nueva redacción del precepto (Ley 4/2013) soluciona el problema debatido, en pro de la tesis de la cesión, pues el cónyuge a que se atribuye el uso "pasará a ser titular del contrato". No obstante, este efecto no está claro si se predica en todos los supuestos o solo en los casos en los que "se haya atribuido la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento" (art. 15.1 tras la reforma operada por la Ley 4/2013). El precepto presenta problemas interpretativos. Está claro que la duración del contrato de arrendamiento es la que legal o contractualmente proceda, sin que la atribución del uso pueda modificarla. Sentada esta idea, parece claro que, siguiendo la literalidad de la norma, se produce la cesión del contrato a favor del adjudicatario del uso, de modo definitivo, por el tiempo de duración del contrato, en los casos en los que la atribución se haga por tiempo indefinido o por un plazo mayor que el que reste por cumplir del contrato, ampliación de plazo que no puede imponerse judicialmente al arrendador. ¿ Y si la atribución del contrato se hace por el plazo de duración del contrato o por plazo inferior ?: No tiene sentido entender que en los casos que recoge el CC se produce la cesión del contrato y en los otros no.

b) Esta norma hay venido exigiendo la comunicación al arrendador de la voluntad de permanencia del cónyuge adjudicatario de uso del inmueble, sin concretar, ni en la nueva redacción, ni en la antigua, los efectos de la falta de comunicación, por lo que son discutibles los mismos.

No se exige forma especial para la comunicación, pudiendo ser verbal o escrita -que será lo normal-. Lo normal es que sea escrita por dos motivos: por dejar constancia de la misma y porque el precepto señala que debe hacerse llegar la

71 Entendían que no se producía la cesión del contrato, manteniéndose el anterior arrendatario, sin perjuicio de verse privado del uso de la vivienda, en la doctrina, Carrasco Perera, A.: "Comentario al art. 15", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 334; Ossorio Serrano, J.M.: "Comentario al artículo 15", cit., p.434. En la jurisprudencia mantienen esta tesis las siguientes sentencias, dictadas en casos de crisis conyugales: SAP Lleida, S.2.ª, 13 octubre 1998 (AC 1998, 1991), SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 febrero 2002 (AC 2002, 978), SAP Barcelona, S. 4.ª, 17 septiembre 2008 (JUR 2009, 242484), SAP Granada, S. 3.ª, 30 noviembre 2009 (JUR 2010, 86627), SAP Barcelona, S. 13.ª, 16 noviembre 2011 (JUR 2015, 4772) (en caso de unión de hecho, "obiter dictum", pues señala que no resulta aplicable al caso el art. 15 de la LAU sino el 12 de la LAU), SAP Madrid, S. 21.ª,13 diciembre 2011 (JUR 2012, 23243) …

72 La STS 26 octubre 2015 (RJ 2015, 5608) señala: "la Sala considera que el artículo 15LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo", añadiendo "En el caso presente la propia sociedad actora reconoce en su demanda que la demandada no le hizo la comunicación que como requisito establece el párrafo segundo, así como que nunca pagó ninguna renta; con lo que no existió subrogación ni expresa ni tácitamente, y por ende, no viene obligada al pago de las rentas que se adeuden a la arrendadora, sin perjuicio de las relaciones internas entre aquella y su exmarido sobre lo pactado o resuelto judicialmente a tal fin".

resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda -esto último parece lo razonable, pues en nada importa ni afecta al arrendador el resto de medidas reguladoras de la nulidad, separación o divorcio.

En alguna ocasión muy concreta se ha defendido que la falta de comunicación de la atribución de uso debe considerarse causa de resolución contractual, en general en supuestos en los que se entendía que el art. 15 LAU contemplaba una sustitución del arrendatario[73]. Consideramos que la sanción señalada es ciertamente excesivamente grave y va en contra de la protección de los intereses que busca proteger el legislador con el art. 15 de la LAU.

La tesis mayoritaria con la redacción primitiva del art. 15 de la LAU había venido entendiendo que la falta de comunicación mantiene la situación arrendaticia como hasta entonces, el contrato se mantiene con el antiguo arrendatario, sin que haya causa de resolución por cesión inconsentida[74][75]. Ésta es la tesis que debe mantenerse igualmente tras la redacción del art. 15 dada por la Ley 4/2013[76].

Hecha esta aproximación al art. 15 de la LAU, debemos plantearnos la cuestión de si el mismo resulta o no aplicable a las parejas de hecho. El art. 15 de la LAU en su literalidad se ocupa de las crisis matrimoniales, pues se refiere a la nulidad, separación y divorcio, guardando silencio sobre si resulta o no aplicable a las crisis de parejas de hecho. Lo cierto es que se trata de tema abierto, que encuentra tanto argumentos positivos -al menos en los casos en los que existen hijos menores comunes-, como negativos y que ha recibido una respuesta dispar por parte de la jurisprudencia menor, sin que el tema haya llegado al TS.

73 *Vid.* SAP Barcelona, S. 4.ª, 16 mayo 2019 (AC 2019, 664) que, en un caso de ruptura de pareja de hecho, si bien considera que no procede la aplicación del art. 15 de la LAU, señala que no cabría entender producida una subrogación contractual "ope legis" en favor del adjudicatario pues falta toda comunicación al arrendador, sin que el conocimiento "de facto" que pudiera tener el arrendador sea suficiente; la SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022 (JUR 2022, 270224) en un caso de ruptura de pareja de hecho entiende que en el caso procede la aplicación del art. 12.3 de la LAU y no del art. 15 de la LAU 1994 como había hecho la sentencia de instancia, señalando que aunque fuera aplicable dicho precepto, al no haberse producido la notificación al arrendador del cambio del arrendatario, estamos ante un caso de cesión inconsentida que permite al arrendador instar la resolución del contrato (art. 114.5.ª TRLAU 1964; art. 27.2.c LAU 1994).

74 *Vid.* Serrano Alonso, E.: "Comentario al art. 15", cit., p. 158.

75 Expresamente, la SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 febrero 2002 (AC 2002, 978), que, partiendo del entendimiento de que el art. 15 LAU 1994 sólo contempla una atribución de uso sin cambio de arrendatario "y con independencia de que la cesión fuera o no conocida o consentida por la anterior propietaria o actual, lo cierto es que no podía accionarse por la causa de resolución inconsentida que regulaba el art. 114 del anterior Texto Refundido"; la SAP Barcelona, S. 13.ª, 1 febrero 2008 (JUR 2008, 131637) "obiter dictum"; la SAP Barcelona, S. 4.ª,17 septiembre 2008 (JUR 2009, 242484).

76 *Vid.* SAP Granada, S. 4.ª, 26 enero 2018 (JUR 2018, 279238); SAP Barcelona, S. 4.ª, 16 mayo 2019 (AC 2019, 664); SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022 (JUR 2022, 270224).

a) La primera tesis que consideraremos es la tesis favorable a la extensión del art. 15 de la LAU a las parejas de hecho, al menos cuando existan hijos menores de edad, tesis que consideramos la más adecuada[77].

Como argumentos favorables podemos reseñar:

1.- La crisis de una pareja de hecho presenta cuestiones similares a la crisis de un matrimonio, una de ellas el destino de la vivienda familiar, particularmente cuando existen hijos menores comunes a los que hay que proteger.

2.- Es cierto que el art. 15 de la LAU parte de adjudicaciones de uso en resoluciones sobre la base de convenios -homologados judicialmente, y hoy igualmente aprobados por el LAJ o recogidos en escritura pública notarial- o de resoluciones judiciales en procesos contenciosos. Estos procedimientos no son aplicables a las parejas de hecho. No obstante, las parejas de hecho pueden acudir a los Tribunales de Justicia reclamando la fijación de las consecuencias o efectos jurídicos derivados de la ruptura y liquidación de la unión de hecho, en particular, solicitando la adjudicación de la vivienda familiar al exconviviente no titular de la misma, o no titular en exclusiva de la misma. En concreto en los casos de existencia de hijos comunes pueden acudir a un juicio verbal de guarda y custodia y solicitar la aplicación del art. 96 y, por tanto, atribuir el uso de la vivienda familiar al conviviente bajo cuya guarda queden los hijos menores de edad. Igualmente pueden las parejas de hecho pactar las consecuencias de la ruptura de la unión en escritura pública notarial.

En particular existiendo hijos menores comunes, en materia de guarda, custodia, régimen de visitas y comunicación de hijos de parejas de hecho, la LEC contempla un procedimiento de medidas paterno-filiales (arts. 748 y ss. LEC 1/2000), que podrá instarse de mutuo acuerdo -presentando en este caso una propuesta de medidas o convenio regulador- o de forma contenciosa. Se trata de un procedimiento análogo al de separación y divorcio para caso de matrimonio[78].

El CC en el art. 96 viene a contemplar el uso de la vivienda conyugal en las situaciones de crisis conyugales, distinguiendo según existan o no hijos menores comunes –"a los que se equiparan los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda

77 Se han manifestado a favor de la aplicación del art. 15 de la LAU a las parejas de hecho cuando existan hijos comunes menores de la unión de hecho: Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas*, cit., p. 408; Cantero Núñez, F. y Legerén-Molina, A.: *Las parejas de hecho y de derecho (Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 340.

78 *Vid.* Ayllón García, J.D.: *Las parejas de hecho. Nuevas tendencias*, Ubijus - Reus, Ciudad de México-Madrid, 2021, p. 173, que califica a los convenios reguladores privados ante notario, que contemplen a los menores de edad, "de dudosa eficacia jurídica para el caso de que se impugne".

familiar"-. El art. 96.1 señala: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes. - A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación", añadiendo el precepto: "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente".

Como apuntamos a continuación se ha aceptado la aplicación analógica del art. 96.1 del CC a las parejas de hecho cuando existen hijos comunes menores de edad, pues prima la protección de los hijos menores -principio del interés del menor-, por lo que no se ve obstáculo, igualmente para la aplicación del art. 15 de la LAU en los casos en los que la pareja de hecho convivía en una vivienda arrendada de la que no era arrendatario el unido de hecho a cuya guarda y custodia quedan los hijos comunes menores.

Si existen hijos menores comunes cuya custodia corresponda en exclusiva a uno de los exconvivientes, el TS ha terminado admitiendo la aplicación analógica del art. 96.1 CC a las parejas de hecho con hijos menores comunes con relación a viviendas familiares comunes o propiedad del otro conviviente, de modo que procede la adjudicación de la vivienda a los menores y al exconviviente a cuya guarda y custodia queden. Pueden verse las siguientes SSTS: STS 27 marzo 2001, STS 7 julio 2004, STS 30 octubre 2008, STS 1 abril 2011, STS 31 mayo 2012, STS 16 enero 2015[79]. En aquellos casos en los que existiendo hijos comunes se fije una guarda y custodia compartida, la asignación del uso de la vivienda se podrá hacer directamente a los menores, en el caso de que sean ellos los que permanezcan en la vivienda y los padres los que cambien de casa y en el caso en que no se siga este sistema de vivienda nido, se ha propuesto asignar el uso de la vivienda

79 Vid STS 27 marzo 2001 (RJ 2001, 4770), STS 7 julio 2004 (RJ 2004, 5108), STS 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404), STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139) -TS fija como doctrina jurisprudencial: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC", sin que quepa limitarla "hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes"-, STS 31 mayo 2012 (RJ 2012, 6550) -admitiéndolo en general, no en el caso concreto porque se pidió la atribución del uso de un inmueble vivienda que no había sido la vivienda habitual-, STS 16 enero 2015 (RJ 2015, 355).

al progenitor exconviviente más necesitado de protección[80] lo cual es altamente discutible, pues falta el fundamento del juego del art. 96.

Si no existen menores comunes no procede la aplicación del art. 96 CC a las rupturas de uniones de hecho. El actual art. 96.2 que señala: "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección". El TS comenzó entendiéndolo así en la STS 30 diciembre 1994[81], rechazando la aplicación analógica del precepto. Más adelante, sin embargo, en alguna ocasión el TS optó por la aplicación del art. 96 del CC en caso de ruptura de uniones de hecho sin hijos comunes: así en el caso singular de la STS 16 diciembre 1996[82] -aplicó el art. 96 en relación con el art. 4.1 CC- y en la STS 10 marzo 1998[83]- que casó la sentencia de instancia por no aplicar el art. 96 CC y la doctrina jurisprudencial aplicable, "pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas [se refiere al art. 10 CE, 14 CE, 39 CE, 96 CC, 12 y 16 LAU)] principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado" por la situación de hecho-. Con posterioridad el TS ha rechazado la aplicación del art. 96 CC: la STS 30 diciembre 1994, la STS, Pleno, 12 septiembre 2005, STS 30 octubre 2008, STS 6 octubre 2011[84].

A favor de la aplicación del art. 15 de la LAU a las parejas de hecho se ha pronunciado la SAP Burgos, S. 3.ª, 25 junio 1999[85], en un procedimiento de menor cuantía entablado por uno de los que habían integrado una pareja de hecho que había durado 11 años existiendo hijos comunes, procedimiento encaminado a regular los efectos de la extinción de la unión de hecho, en particular sobre la guarda y custodia de los menores, alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar. El JPI había concedido la guarda y custodia a la madre de los menores, fijado visitas al padre de los menores, concretado la obligación de pago de alimentos al

80 *Vid.* en este último sentido, *Guía Práctica de Parejas de Hecho. Una visión consolidada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 122.

81 STS 30 diciembre 1994 (RJ 1994, 10391).

82 La STS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) después de negar la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales a las parejas de hecho, sin embargo, intentando hacer justicia material en el caso concreto, aplica por analogía el art. 96 CC a un caso en el que los hijos no eran comunes, sino de la mujer que había formado la pareja de hecho, nacidos de un anterior matrimonio, a la que adjudica por dos años el uso de la vivienda familiar propiedad del que había sido su unido de hecho, señalando: "Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso".

83 STS 19 marzo 1998 (RJ 1998, 1272).

84 *Vid.* STS 30 diciembre 1994 (RJ 1994, 10391), STS, Pleno, 12 septiembre 2005 (RJ 2005, 7148), STS 30 octubre 2008 (RJ 2009, 404), STS 6 octubre 2011 (RJ 2011, 6708).

85 SAP Burgos, S. 3.ª, de 25 junio 1999 (AC 1999, 1571).

padre y la atribución del uso de la vivienda familiar (vivienda propiedad del padre) a la madre. El padre impugna en apelación la sentencia de primera instancia, que resulta confirmada por la AP, señalando con relación al punto que nos afecta, lo siguiente: "La atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre conlleva necesariamente la asignación a esta última de la vivienda familiar sita en la calle … conforme a la aplicación analógica que del artículo 96 del Código Civil ha hecho la jurisprudencia[86]. En este punto, la demandante solicita que se le atribuyan los derechos de arrendamiento sobre la mencionada vivienda, lo que el artículo 15 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, en relación con las Disposiciones Transitorias Primera.1 y Segunda .2, sólo contempla para los casos de separación, nulidad y divorcio del matrimonio del arrendatario, sin que se haga referencia a la ruptura de las uniones de hecho. Ahora bien, en uso de la interpretación analógica antes mencionada, y siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 diciembre 1992[87], que declaró inconstitucional el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 en cuanto que no contemplaba el beneficio de la subrogación «mortis causa» para quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, que ahora sí recoge el artículo 16 de la nueva Ley, procede declarar que la misma subrogación expresamente prevista para los casos de ruptura de la convivencia matrimonial en el artículo 15 es igualmente posible en los casos de uniones y parejas de hecho. Además, dicha subrogación es más beneficiosa para el demandado arrendatario que si éste hubiera de abandonar la vivienda familiar y siguiera figurando como titular del contrato de arrendamiento y obligado por el mismo, lo cual deberá ser notificado al arrendador en el plazo de dos meses, tal y como establece el artículo 15.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

b) Frente a la tesis arriba defendida, debemos señalar que la mayoría de la doctrina se muestra contraria a la extensión del art. 15 de la LAU a las parejas de hecho[88].

Como argumentos que fundamentan esta posición podemos señalar:

- El TC y el TS entienden que las uniones de hecho y los matrimonios son realidades jurídicas diferentes, por lo que la existencia de un trato diferente en este punto, como en tanto otros, no supone un trato discriminatorio.

86 Se refiere la SAP a las SSTS 16 diciembre 1996 (RJ 1996, 9020) y STS 10 marzo 1998 (RJ 1998. 1272).

87 STC 222/1992, 11 diciembre 1992 (RTC 1992, 222).

88 Así, en contra de la aplicación del art. 15 LAU a las parejas de hecho, puede verse: Carrasco Perera, A.: "Comentario al art. 15", cit. p. 239; León-Castro, J. y De Cossío, M.: *Arrendamientos urbanos*, cit., p. 165; Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 227 y 228; Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 15", cit., p. 347 a 369.

- La literalidad de la norma, que se ciñe a las crisis matrimoniales. La LAU cuando ha querido extender la aplicación de una norma prevista para los matrimonios a las parejas de hecho lo ha hecho expresamente -así arts. 12, 16, 24 y Disp. Transitoria segundaB.7-. La omisión de cualquier referencia a las parejas de hecho subsiste tras la Ley 4/2013, que ha retocado el precepto para solucionar alguna cuestión que planteaba y, sin embargo, ha vuelto a omitir a las uniones de hecho, por lo que bien podría entenderse que la diferenciación de trato es voluntaria.

Han entendido que no procede la aplicación del art. 15 de la LAU las siguientes sentencias de AA.PP:

- La SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 noviembre 2015[89], señala que es cuestionable que resulte aplicable a las parejas de hecho el art. 15 de la LAU. Conoce de un caso de ruptura de una pareja de hecho, sin que hubiese aún recaído ninguna resolución judicial sobre la liquidación de la unión conyugal y atribución de uso, entiende aplicable al caso el art. 12 de la LAU, no el art. 15 LAU, señalando: "… es preciso, en primer término establecer el régimen jurídico aplicable. Partiendo de esta premisa, el tribunal no comparte los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia de primera instancia. Así es, por efecto de la litispendencia (art. 410 a 413 LEC), el pleito ha de ser resuelto atendiendo a la situación fáctica y jurídica existente al tiempo de plantearse la demanda. Por ello, no resulta aplicable al caso el art. 15 LAU 29/94, ya que (al margen de que es cuestionable que quepa su aplicación en este caso, pues el precepto se refiere a situaciones de crisis matrimonial, no haciéndose expresamente extensivo a los supuestos de parejas de hecho, lo que, por contra, sí se recoge en el apartado 4 del art. 12LAU) al tiempo de presentarse la demanda no había recaído resolución judicial alguna (ni auto de medidas provisionales ni sentencia en un procedimiento declarativo, en el caso que nos ocupa, demanda de guarda y custodia y alimentos de hijos menores) que atribuyera a la codemandada el uso de la vivienda arrendada, que había constituido el domicilio familiar. Por otra parte, y en el negado caso que resultara de aplicación, debería estarse a lo establecido en la redacción inicial del precepto (y a la interpretación que del mismo hacía la jurisprudencia), sin que pueda acudirse, por razones de vigencia temporal, a la redacción modificada por Ley 4/13 de 5 de junio -DT 1 ª-".

- La SAP Barcelona, S. 4.ª, 16 mayo 2019[90], con relación a un arrendamiento de vivienda concertado en 1984, al que por tanto resulta aplicable la Disposición Transitoria SegundaA.2,entiende que no procede la aplicación del art. 15 de la LAU de 1994 a la ruptura de una pareja de hecho, en un caso en que había un convenio regulador que fue aprobado judicialmente en un procedimiento de

89 SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 noviembre 2015 (JUR 2016, 10189).

90 SAP Barcelona, S. 4.ª, 16 mayo 2019 (AC 2019, 664).

menor cuantía seguido para regular la extinción de la unión de hecho. Fundamenta su decisión en la jurisprudencia del TS que rechaza la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas dictadas para el matrimonio:"… este Tribunal considera que no cabe la equiparación en cuanto a la aplicación del art.15 LAU 1994 a las uniones estables de pareja. De hecho, a diferencia de otros preceptos de la LAU 1994 (arts.12.4, 16.1.b, 24.1, Disposición Transitoria Segunda B.7, el art.15 LAU 1994, que permanece incólume en este aspecto pese a las diversas reformas del referido texto legal, regula, únicamente, la situación surgida a raíz de la «Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario»".

- La SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022[91] con relación a un arrendamiento de vivienda concertado en el año 1983, al que por tanto resulta aplicable la Disposición Transitoria SegundaA.2, entiende la SAP que no es aplicable el art. 15 a las rupturas de parejas de hecho. Entiende aplicable al caso el art. 12, cuyo apartado 3 exige la notificación al arrendador del desistimiento del contrato, lo que no se ha producido, por lo que la permanencia en la vivienda de la conviviente debe considerarse un supuesto de cesión inconsentida que da lugar a resolución contractual.

C) Subrogación mortis causa: art. 16 LAU de 1994.

Tradicionalmente, nuestra normativa, fiel a la ignorancia, cuando no a la condena de las uniones de hecho, no contemplaba dentro de las personas con derecho a subrogarse en el arrendamiento a la muerte -o declaración de fallecimiento- del arrendatario, a los sobrevivientes de parejas de hecho que hubiesen convivido con el arrendatario, a diferencia de lo que ocurría con el cónyuge del arrendatario.

El art. 58 del TRLAU 1964 contemplaba la subrogación del cónyuge sobreviviente que conviva con su consorte "inquilino titular del contrato de arrendamiento" a su fallecimiento. Igaulmente recogía la subrogación "mortis causa" a favor de otros familiares convivientes.La subrogación sólo podía producirse a favor de una persona de entre las señaladasy, a falta de acuerdo, que debía entenderse unánime, se seguiría el orden de prelación del art. 58.1 TRLAU 1964, en el que el cónyuge se encontraba en primer lugar.

Tras la CE de 1978 comenzaron a llegar a los tribunales demandas en las que se planteaba la cuestión de si debía entenderse que a la muerte del arrendatario la persona con la que había venido conviviendo "more uxorio" tenía derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento de vivienda. La jurisprudencia menor

91 SAP Barcelona, S. 4.ª, 27 junio 2022 (JUR 2022, 270224).

fue dando solución al caso concreto, en ocasiones amparando al conviviente de hecho, en ocasiones señalando que no tenía derecho a la subrogación solicitada[92].

El Auto del TC 671/1985, 9 octubre[93], inadmitió un recurso de amparo interpuesto por la sobreviviente de una pareja de hecho contra una sentencia de la AP de Barcelona que no le había reconocido el derecho a subrogarse "mortis causa" en el arrendamiento titularidad del que había sido su conviviente de hecho que había fallecido, entendiendo el TC que la sentencia recurrida no había atentado contra el derecho fundamental a la igualdad ante la ley (art. 14 de la CE) al aplicar la legalidad ordinaria.

Así pues, el criterio del TC parecía que estaba claro, máxime cuando, como hemos visto con anterioridad, el TC en el año 1990 tuvo oportunidad de tratar el tema de las pensiones de viudedad, considerando constitucional que el art. 160 del TRLGSS de 1974 no contemplara a las parejas de hecho.

No obstante, y de modo un tanto sorpresivo, la STC 222/1992, 11 diciembre[94] al resolver sobre una cuestión de inconstitucionalidad con relación al art. 58 TRLAU 1964 declaró inconstitucional ese precepto "en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido".

Decimos de un modo sorpresivo por dos motivos: a) si atendemos a la postura que había manifestado el TC al inadmitir un recurso de amparo en la materia, y b) por la postura manifestada por el TC en 1990 con relación a las pensiones de viudedad, reiterada al resolver recursos de amparo en 1991 y 1992 sobre esta materia.

Sigue el TC español la estela del TC italiano que en la Sentencia n.º 404, de 7 abril 1988, había declarado la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 392/1978, de 27 julio 1978, Disciplina delle locazioni di immobili urbani (Legge sull'equo canone), por ir contra los arts. 2 y 3 de la Constitución "en cuanto que no prevé entre los sucesores en la titularidad del arriendo, en caso de muerte del arrendatario, al conviviente more uxorio", si bien utilizando argumentos diferentes de los utilizados por el TC español. La base de tal declaración se encuentra en la protección del derecho a la vivienda, como derecho social, incluible dentro de los derechos inviolables del art. 2 de la Constitución italiana[95].

92 *Vid.* relación de sentencias en Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas*, cit., pp. 400 y 401.

93 ATC 671/1985, 9 octubre (RTC 1985, 671 AUTO).

94 STC 222/1992, 11 diciembre (RTC 1992, 222).

95 *Vid.* Gallego Domínguez, I.: "Las uniones de hecho y la subrogación arrendaticia *mortis causa* en el Derecho italiano", *Derecho y Opinión*, nº 2, 1994, pp. 201 a 206.

El fundamento de la STC 222/1992, 11 diciembre[96], se encuentra en la protección de la familia ex art. 39.1 CE en relación con el art. 14 de la CE. Cita igualmente el art. 47 CE[97].

Este criterio del TC fue aplicado en inmediatas sentencias resolviendo recursos de amparo ante negativas de sentencias reconociendo tal derecho, así la STC 6/1993, 18 enero y la STC 47/1993, 8 febrero[98].

El TRLAU 1964 fue sustituido por la LAU de 1994, que incluye a las parejas de hecho dentro de los beneficiarios de la subrogación arrendaticia "mortis causa" en los contratos de vivienda, en concreto, en su art. 16, en los siguientes términos:

Artículo 16[99]: "Muerte del arrendatario.

1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:

a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.

b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia …".

Alguna norma autonómica de parejas de hecho se remite, expresamente, de forma innecesaria, a la legislación sobre arrendamientos urbanos: En las Islas Baleares, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, en su art. 12 -"Efectos de la extinción por muerte o declaración de muerte"- después de atribuir en el punto a) al supérstite de una unión de hecho el derecho al ajuar de la vivienda común, añade en el punto b): "Si el causante era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos". La C.A. de Valencia, en la Ley 5/2012, art. 12, atribuía al conviviente supérstite el derecho al ajuar doméstico de la vivienda habitual, el derecho a usar la vivienda habitual de la unión

96 STC 222/1992, 11 diciembre 1992 (RTC 1992, 222). Para un estudio profundo de la sentencia nos remitimos a nuestro estudio Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas*, cit., p. 408.

97 La STC contiene dos votos particulares de los Magistrados A. Rodríguez Bereijo y otro de J. Gabaldón López.

98 STC 6/1993, 18 enero (RTC 1993, 6) y STC 47/1993, 8 febrero (RTC 1993, 47).

Aplica el mismo criterio la STC 155/1998, 13 julio (RTC 1998, 155) en un caso en el que tras abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario, la AP había estimado la petición del actor recurrente de resolución del contrato sobre las base de las causas 2.ª y 5.ª del art. 114 del TRLAU 1964, ya se tratase de una cesión o subarriendo inconsentido a favor de la exconviviente, quien recurre en amparo ante el TC viendo estimada su pretensión.

99 El art. 16.4 ha sufrido diversas modificaciones. La versión actual del apartado procede del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

durante el año siguiente al fallecimiento de la pareja, añadiendo que "[e]n caso de arrendamiento, se aplicará la legislación en materia de arrendamientos urbanos", precepto declarado inconstitucional por la STC, Pleno, 110/2016, 9 junio.

Tras la LAU de 1994, para la subrogación "mortis causa" en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes de esta Ley, hay que estar a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LAU de 1994.

Retengamos las siguientes ideas sobre el derecho de subrogación "mortis causa" de los unidos de hecho sobrevivientes:

1) Se trata de derecho que admite pacto en contrario en el contrato de arrendamiento, salvo que se trate de personas vulnerables, todo ello en los términos que concreta el art. 16.4 de la LAU en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

2) Entre las personas a las que se reconoce este derecho, se sitúan en segundo lugar, tras el cónyuge supérstite, los sobrevivientes de parejas de hecho, con lo que la LAU de 1994, viene a seguir el criterio de la STC 222/1992.

Los unidos de hecho como beneficiarios del derecho de subrogación "mortis causa" se contemplaron tanto en el Proyecto de Ley de 1992 (art. 14.1.b, si bien exigiendo una convivencia anterior de tres años o de uno en caso de descendencia común), como en el Proyecto de 1994 (art. 16, exigiendo una convivencia anterior de dos años de la pareja o la simple convivencia si la pareja había tenido descendencia en común "si dichos descendientes convivieran en la finca arrendada al tiempo del fallecimiento del arrendatario"), convertido este último en la LAU de 1994 tras su tramitación parlamentaria.

Al cónyuge viudo se le reconoce el derecho de subrogación con tal que al tiempo del fallecimiento conviva con arrendatario, sin exigírsele un plazo mínimo de convivencia anterior. Por el contrario, al unido de hecho se le exige al menos una convivencia de dos años, o la existencia de descendencia en común. De esta forma, el art. 16 de la LAU es coherente con la delimitación de las parejas de hecho que hecha en los arts. 12 y Disposición Transitoria Segunda B.7.

La LAU de 1994 no exige que la convivencia de los dos años se haya realizado en la propia vivienda arrendada, pero parece lógico entender que sí debería existir esta convivencia en la vivienda al tiempo del fallecimiento. Con esta interpretación se admite el juego del art. 16 de la LAU con relación a convivientes estables que han pasado a vivir en una vivienda arrendada en plazo inferior a 2 años.

Los tribunales en ocasiones no han reconocido el derecho a personas que alegaban ser parejas de hecho por no haberse llegado a probar la existencia de una convivencia "more uxorio" en los términos que exige el art. 16.1.b LAU 1994. Así SAP Barcelona, S. 4.ª, 2 diciembre 2009[100], SAP Pontevedra, S. 6.ª, 4 abril 2014[101], SAP Cantabria, S. 4.ª, 11 febrero 2020[102]…

3) Sólo puede subrogarse una de las personas a las que se reconoce el derecho de subrogación mortis causa del art. 16.1, señalando la LAU que existiendo varias de ellas, a falta de acuerdo unánime sobre quién será el beneficiario, como norma general se aplica el orden del prelación del art. 16.1, lo que acarrea la consecuencia de anteponer a la persona que ha convivido extramatrimonialmente a los hijos menores del arrendatario que convivían en el domicilio, lo que ciertamente resulta criticable, y no es la mejor forma de hacer efectivo el principio del interés superior del menor[103].

4) La subrogación "mortis causa" a favor de alguna de las personas indicadas en el precepto no se produce automáticamente, sino que se hace necesario hacer al arrendador la notificación escrita a la que se refiere el art. 16.3 de la LAU, precepto que señala: "El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse. Si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del

100 SAP Barcelona, S. 4.ª, 2 diciembre 2009 (AC 2010, 777) en un caso en el que al tiempo del fallecimiento del arrendatario la que decía ser su conviviente remitió un burofax a la administradora de la propiedad "invocando su derecho a la subrogación, sin que acompañara ni el certificado de defunción, ni parentesco, ni prueba de convivencia". La propiedad entendiendo que "la notificación no había cumplido los requisitos exigidos por la LAU, solicitó la extinción del contrato de arrendamiento por falta de subrogación mortis causa", que fue estimado por el JPI y por la SAP, señalando esta última: "Consecuencia de lo expuesto, es la conclusión de que ni la notificación puede reputarse válida, ni la recurrida ha acreditado su derecho a subrogación, por lo que con acogimiento de la demanda, procede declarar la extinción contractual".

101 SAP Pontevedra, S. 6.ª, 4 abril 2014 (JUR 2014, 216971) conoce de un asunto relativo a un contrato de vivienda celebrado con anterioridad al 9 mayo 1985 (1 febrero 1970). El arrendador ejercita una acción de resolución del contrato por no tener la persona que pretender subrogarse en el mismo a la muerte del anterior arrendatario derecho a hacerlo. Al fallecimiento del arrendatario se subrogó en el contrato su esposa, y a la muerte de ésta en 2011 el demandado-recurrente pretendió asumir la condición de arrendatario alegando para ello haber convivido con la arrendataria en análoga relación de afectividad a la conyugal. Resulta aplicable la Disp. Trans. Segunda B, 5. 7 y 9. Si bien dichas normas permiten la subrogación de la pareja de hecho de la arrendataria fallecida, se impone al que lo pretende la prueba de la convivencia "more uxorio", lo que no realizó en el caso concreto a juicio de la JPI y de la AP. Entendieron que si bien se probó la convivencia en la misma vivienda "pero no la existencia de relación afectiva análoga a la marital",

102 SAP Cantabria, S. 4.ª, 11 febrero 2020 (JUR 2020, 188089).

103 Critican esta solución, por ejemplo, Pérez de Vargas Muñoz, J.: *La subrogación en la vivienda arrendada y las parejas de hecho: (estudio jurisprudencial y doctrinal),* Editorial Complutense, Madrid, 1995, pp. 259 y 260, quien extiende la crítica a la anteposición a los ascendiente septuagenarios del arrendatario fallecido que convivían en la vivienda; González Porras, J. M.: "Comentario al artículo 16 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (coord. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, p. 489; Cantero Núñez, F. y Legerén-Molina, A.: *Las parejas de hecho,* cit. p. 375.

mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses", precepto que añade que "[s]i el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse".

Se discutió en la jurisprudencia menor si la falta de tal notificación en plazo acarreaba la extinción del contrato -como señala la literalidad del art. 16.3 LAU, norma de procedimiento que resulta aplicable a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad a la LAU de 1994-[104], o si a pesar de la falta de tal notificación el conocimiento por parte del arrendatario -así cambió la persona que continuó pagando el arrendamiento- de la situación equivalía a un consentimiento tácito que impedía la extinción del contrato[105].

El TS ha resuelto la cuestión entendiendo que la falta de notificación de la persona que pretende continuar con el contrato a la muerte del arrendatario hace que se extinga el arrendamiento. Así el TS ha entendido que los contratos realizados por uno de los cónyuges durante el matrimonio no son comunes, no forman parte del haber ganancial, por lo que el cónyuge no titular debe cumplir los requisitos del art. 16.1 LAU en caso de muerte del arrendatario, de modo que de no cumplirse, el contrato se extingue (STS 3 abril 2009, STS 24 marzo 2011, STS 30 mayo 2012, STS, Pleno, 22 abril 2013, STS 23 octubre 2013[106]). La STS, Pleno, 22 abril 2013 reitera la "jurisprudencia de esta Sala, que exige, para una válida subrogación, que se cumplan los requisitos formales del artículo 16.3 LAU, a saber la comunicación por escrito, dentro del plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador del fallecimiento y de la identidad de la persona que, estando facultada para ello, tiene la voluntad de subrogarse", recogiendo en su fallo que reitera como doctrina jurisprudencial "que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento".

104 Entendiendo que la falta de notificación llevaba impedía la subrogación y llevaba a la resolución del contrato: a) En casos de matrimonio, SAP Alicante, S. 5.ª, 16 febrero 2005 (JUR 2005, 255484), SAP Barcelona, S. 13.ª, 31 mayo 2006 (JUR 2007, 11672), … b) En casos de unión de hecho: SAP Barcelona, S. 13.ª, 9 diciembre 2009 (JUR 2010, 108575).

105 A favor de la dulcificación de la exigencia en los casos en que el arrendador había tenido conocimiento por otra vía de la muerte del arrendatario y de la voluntad del subrogación del cónyuge sobreviviente, así por cobrar la renta del mismo: SAP Albacete, Secc. 2.ª 15 febrero 2001 (AC 2001, 986); SAP Barcelona, S. 13.ª, 21 febrero 2006 (JUR 2006, 232305) -si bien el caso no probaron las circunstancias que hubieran permitido prescindir de la notificación-; SAP Barcelona, S. 4.ª, 12 enero 2007 (JUR 2007, 178499).

106 STS 3 abril 2009 (RJ 2009, 2806), STS 24 marzo 2011 (RJ 2011, 3007), STS 30 mayo 2012 (RJ 2012, 8352), STS, Pleno, 22 abril 2013 (RJ 2013, 3495), STS 22 octubre 2013 (RJ 2013, 6993).

No obstante lo dicho, la STS, Pleno, de 20 julio 2018[107] ha matizado la doctrina anterior sobre la base de las exigencias de la buena fe atendiendo al caso concreto. Señala el TS: "Ahora, reunida nuevamente en pleno, la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4y7CC). - Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. - No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe". Por ello en el caso concreto la STS señalada casó la sentencia de instancia que había declarado la resolución del contrato por no haberse practicado la notificación legal, pues en el caso el arrendador conocía la muerte de la arrendataria y la voluntad de subrogación de su viudo.

5) La SAP Palencia, S. 1.ª, 7 abril 2008 (JUR 2009, 96410) conoce de un supuesto de subrogación "mortis causa" en un arrendamiento de vivienda celebrado el 1 marzo 1959, a la muerte del arrendatario ocurrida en 1977, a favor de la persona que convivió "more uxorio". A los pocos días de la muerte del arrendatario se celebró un contrato con su exconviviente "en el que se estipulaba que se regiría por el entonces vigente RDL 2/1.985 y que (de entre otros) el importe de los impuestos y arbitrios que pudieran gravar al inmueble (cláusula adicional segunda, folio 78 vuelto) serían de cuenta de la arrendataria, así como el pago de los servicios comunes (cláusula quinta)". La parte actora entiende se trataba de un nuevo contrato en el que se excluía la prórroga forzosa solicitando la resolución del contrato al haberse extinguido la duración por oposición a tácita reconducción. Frente a ello la SAP entiende que el nuevo contrato firmado supone a una simple modificación -novación modificativa, no extintiva- del anterior contrato en el que se había subrogado "mortis causa" la conviviente, afectante a aspectos accesorios, confirmando la sentencia del JPI, y manteniendo en el contrato a la exconviviente.

107 STS 20 julio 2018 (RJ 2018, 2834).

IV. ARRENDAMIENTOS CONJUNTOS.

1. Arrendamientos conjuntos durante la vida de la unión.

A) El pago de la renta.

Si estamos ante un arrendamiento conjunto, de modo que ambos unidos de hecho son coarrendatarios, ambos serán titulares de los derechos y obligaciones que conlleva la relación arrendaticia.

Por lo que se refiere al pago de la renta y cantidades asimiladas, la responsabilidad de ambos será solidaria o mancomunada según se haya pactado. En el primer caso el arrendador podrá dirigirse por el todo contra cualquiera o ambos de los arrendatarios (art. 1144 CC), en el segundo sólo podrá exigir a cada uno de ellos su parte correspondiente -que de no haberse concretado habrá de entenderse por mitad (art. 1138 y 392.2 CC).

Si no se ha pactado nada entendemos que estaremos ante un supuesto de solidaridad tácita pasiva, del mismo modo que se viene entendiendo por la jurisprudencia en casos en que dos -o más- personas aparecen como coarrendatarios, siempre que exista una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre todos los arrendatarios.

Debe entenderse la solidaridad de arrendatarios cuando aparezca de modo claro la voluntad de los contratantes de poder exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación, aun cuando no exista "pacto expreso" de solidaridad.

Es cierto que en los supuestos en que existen varios deudores en una deuda, el CC sienta la regla general de que la deuda se divide entre los deudores, contemplándose, pues, una de responsabilidad mancomunada, ex art. 1137 del CC, exigiendo el CC para la existencia de solidaridad que "la obligación expresamente lo determine", es decir, un pacto expreso. De hecho esta fue la tesis que siguió hace años el TS ante la cuestión de la existencia de varios coarrendatarios en un contrato de vivienda -o local de negocio- sin que se hubiera pactado expresamente la solidaridad entre los arrendatarios. Las consecuencias de entender que en supuesto no existe solidaridad son las siguientes:

1) Cada uno de los arrendatarios sólo estaba obligado a pagar su parte de renta.

2) El abandono por uno de los arrendatarios de la finca -o local arrendado-, continuando el otro -u otros- con la posesión de la totalidad de la finca, cabía entender que se producía un cambio subjetivo en la persona del arrendatario

al adquirir el otro y otros inquilinos una cuota abstracta proporcional al número de arrendatarios subsistentes, en sustitución de la cuota ideal arrendaticia del arrendatario ausente, lo cual era interpretado como una cesión o traspaso (en el caso del fallecimiento, subrogación) de parte de la vivienda o local hecho sin el consentimiento del arrendador que da lugar a la resolución del contrato a instancias de arrendador (art. 27.2.c LAU 1994; art. 114. 2.º o 5.º TRLAU 1964) (STS 30 julio 2010[108])[109].

No obstante, con posterioridad el TS ha evolucionado en la consideración de la cuestión que nos ocupa y ha señalado que para que exista solidaridad de deudores no es necesario que se haya pactado expresamente, existiendo supuestos de solidaridad tácita pasiva, uno de ellos la solidaridad deducida de la "comunidad de objetivos" de los coarrendatarios, con interna conexión entre los mismos. Y así cuando varias personas son arrendatarias de un mismo inmueble, se ha fijado una renta única -no por partes-, no se ha señalado un uso dividido o compartimentado del inmueble arrendado, debe entenderse que los arrendatarios están obligados solidariamente al cumplimiento de las obligaciones del contrato. De esta forma el TS ha realizado una interpretación correctora del art. 1137 del CC. Son muchas las Sentencias que en el caso concreto existiendo una pluralidad de arrendatarios, atendieron a esta doctrina de la solidaridad pasiva tácita, tanto del TS[110], como de Audiencias[111].

108 Señala la STS 30 julio 2010 (RJ 2010, 6947) que "las sentencias de esta Sala alegadas en el recurso como infringidas por la sentencia recurrida mantienen la doctrina consistente en que, cuando, en un contrato de arrendamiento urbano (de vivienda o de local de negocio), existe una pluralidad de arrendatarios en la posición pasiva, debe entenderse que el uso de la vivienda o local de negocio se cede a todos los inquilinos mancomunadamente, por cuanto la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, debiendo ser esta última expresamente pactada. Tanto es así, que esta Sala, en otras sentencias (de 8 marzo 1969, 27 noviembre 1971, 11 abril 1973 y 25 mayo 1993 (RJ 1993, 3731), entre otras), ha entendido que, al excluirse de la relación arrendaticia uno o varios de los arrendatarios plurales, si el resto de arrendatarios continuaban ocupando y/o explotando el local de negocio, se producía un cambio subjetivo en la persona del arrendatario al adquirir los restantes inquilinos una cuota abstracta proporcional al número de arrendatarios subsistentes, en sustitución de la cuota ideal arrendaticia del arrendatario ausente, lo cual era interpretado como una cesión o traspaso (en el caso del fallecimiento, subrogación) de parte de la vivienda o local, el cual, al realizarse de forma distinta a lo autorizado en el Capítulo IV de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964,daba origen a la causa resolutoria del contrato de arrendamiento prevista en el artículo 114.5.ª del citado texto legal. Dicha doctrina jurisprudencial no constituía un óbice para que, en aplicación de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil, las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pudieran pactar la solidaridad de la obligación, en cuyo caso la renuncia, abandono, fallecimiento o jubilación de uno de los arrendatarios no daría origen a modificación contractual alguna, al producirse una subrogación automática del resto de deudores solidario".

109 *Vid.* SAP Barcelona, S. 13.ª, 8 junio2008 (AC 2018, 1437), SAP Barcelona, S. 13.ª, 22 julio 2020 (JUR 2020, 258893).

110 *Vid.* sobre la solidaridad tácita en arrendamientos: STS 28 diciembre 2000 (RJ 2000, 10140) en un caso de arrendamiento de local de negocio; STS 28 octubre 2005 (RJ 2005, 7352), en un caso de arrendamiento de industria; STS 26 noviembre 2008 (RJ 2008, 6065) en un supuesto de arrendamiento de local de negocio. Había dos arrendatarios existiendo una comunidad de derecho. Al jubilarse uno de ellos "su parte acreció al otro cotitular que pasó a ostentar la condición de único arrendatario, de modo que puede decirse que se produjo una novación subjetiva, y, en consecuencia, sí hubo transmisión" de la que resulta "la aplicación de la causa quinta del artículo 114 de la LAU, si tal situación no ha sido autorizada por el arrendador, ya que de modo distinto al autorizado por la Ley se opera una sustitución que no ha sido autorizada"; STS 30 julio 2010 (RJ 2010, 6947), en un caso de arrendamiento de local de negocio-.

111 Así, ha estimado en el supuesto concreto de coarrendatarios la existencia de solidaridad pasiva tácita entre los mismos, por ejemplo, la SAP Barcelona, S. 13.ª, 26 marzo 2008 (JUR 2008, 181789): SAP Barcelona, S.

Las consecuencias de la existencia de una solidaridad pasiva tácita entre coarrendatarios son las siguientes:

1) El arrendador puede exigir el pago de la rentas, en su totalidad, a uno o varios de los arrendatarios.

2) La renuncia, abandono, fallecimiento o jubilación de uno de los arrendatarios (esto último afectante a arrendamiento de local de negocio) no daría origen a modificación contractual alguna. No cabría entender la existencia de una alteración subjetiva de la parte arrendataria que diera lugar a la resolución del contrato a instancias del arrendador por cesión o traspaso inconsentidos. El otro u otros arrendatarios que se mantienen, del mismo modo que tienen obligación de pagar el todo de la renta, también tiene el derecho de exigir íntegramente la prestación del arrendador.

A la vista de lo señalado debemos concluir que en los casos de arrendamientos de vivienda concertados por ambos convivientes de hecho (o por ambos cónyuges), sin haber pactado expresamente la solidaridad de ambos, lo normal es entender que existe una solidaridad pasiva de arrendatarios, en atención a lo indicado, con las consecuencias recogidas en las líneas anteriores.

a) El arrendador puede dirigirse contra cualquiera de los unidos de hecho exigiéndoles el todo de lo debido por razón del arrendamiento.

b) En caso de faltar uno de los unidos coarrendatarios -así abandona la vivienda al romperse la unión de hecho- de modo que el otro disfruta de la totalidad de la cosa arrendada, no se entenderá que existe una cesión inconsentida, pues el otro arrendatario, igual que tenía obligación de pagar el todo de la renta también tiene el derecho de exigir íntegramente el objeto de la obligación, cualquiera de los arrendatarios tiene potencialmente derecho al uso de la totalidad de la vivienda arrendada. No por ello se alteran el contrato de arrendamiento, no cambian los obligados al pago de la renta, ni existe cesión inconsentida del arrendamiento. Obviamente la puesta en conocimiento del arrendador del hecho de que uno de los coarrendatarios deja de vivir en la vivienda arrendada no es causa de exoneración de pago por parte del saliente[112].

c) En caso de fallecimiento de uno de los convivientes el sobreviviente continuará en el arrendamiento, pagando la totalidad de la renta y teniendo

13ª, 8 junio 2008 (AC 2018, 1437): la SAP de Valencia, S. 8.ª, 3 junio 2009 (JUR 2009, 331332), SAP Coruña, S. 4.ª, 10 septiembre 2015 (JUR 2015, 233523)…

112 *Vid.* la SAP Salamanca, S. 1.ª, 8 mayo 2006 (JUR 2006, 271962) que conoce de un supuesto en el que uno de los coarrendatarios abandonó la vivienda arrendada y pretendió eximirse del pago de la renta por tal motivo. No se concreta en la sentencia si los coarrendatarios formaban o no una pareja de hecho, pero en cualquier caso la solución sería la misma.

derecho a usar la totalidad de la vivienda, sin que al mismo le sean aplicables las exigencias del art. 16 de la LAU de 1994.

B) Arrendamientos conjuntos y art. 24 de la LAU de 1994.

Siendo ambos convivientes coarrendatarios del contrato, cada uno de ellos, por el mero hecho de ser titular del arrendamiento tiene el derecho de hacer las obras necesarias de adaptación de la vivienda en los términos del art. 24 de la LAU, analizado páginas atrás, sin necesidad de consentimiento del arrendador, pero siempre notificándolo previamente por escrito al mismo.

2. Arrendamientos conjuntos a la ruptura de la unión.

A) La ruptura de la unión. El abandono de la vivienda por uno de los coarrendatarios. La muerte de uno de los coarrendatarios.

En aquellos casos en los que ambos unidos de hechos sean coarrendatarios solidarios -que como hemos visto no hace falta pactarlo expresamente, sino que debe considerarse como tal un supuesto de solidaridad tácita- debemos preguntarnos sobre el régimen jurídico a aplicar o considerar en caso de ruptura de la unión sea "inter vivos" o "mortis causa", y por tanto, si resulta o no aplicable a estos arrendamientos el régimen de los arts. 12 y 16 de la LAU, so pena de incurrir en causa de resolución contractual a instancias del arrendador.

Entendemos que no les resulta aplicable, de modo que el coarrendatario que se mantiene en la vivienda, haciendo uso exclusivo de la cosa arrendada y pagando la totalidad de la renta no está sino cumpliendo el contrato, en virtud de su posición como coarrendatario, sin necesidad de hacer comunicación alguna al arrendador. No se puede entender que exista una cesión inconsentida o una subrogación "mortis causa" hecha en forma distinta de la permitida legalmente que autorice al arrendador a resolver el contrato[113].

B) La ruptura de la unión. El juego del art. 15 de la LAU en el caso de arrendamientos conjuntos.

Entendemos que en aquellos casos de ruptura de la unión de hecho con hijos en que se atribuya el uso de la vivienda arrendada de modo exclusivo a unos de

113 *Vid.* Cantero Núñez, F. y Legerén-Molina, A.: *Las parejas de hecho,* cit. p. 341, con relación al art. 12 LAU, entienden que "en caso de abandono, el cotitular continuará en el arrendamiento por derecho propio y no ope legis, no siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 12 LAU ni, por tanto, será preciso notificar la ruptura de la convivencia al arrendador, ya que esta no extingue los derechos derivados del contrato locativo. Las únicas consecuencias que para el que abandona la vivienda arrendada se pueden derivar son las que tienen su fundamento en la posesión, cuyas acciones pasaría a ostentar el conviviente abandonado".

los coarrendatarios solidarios, podrá jugar el art. 15 de la LAU, deviniendo de este modo arrendatario único el adjudicatario del uso.

La SAP Asturias. S. 4.ª 10 febrero 1999[114] (AC 1999, 335) conoce de un supuesto de un arrendamiento de vivienda suscrito por ambos cónyuges. Llegada la crisis conyugal en el convenio de separación -aprobado por la sentencia de separación- las partes pactaron "se atribuía a la esposa el uso de la vivienda que había sido conyugal, que, ocupaban en régimen de arrendamiento, de la que debía salir el marido". El arrendador demanda a ambos cónyuges reclamando rentas, suministros e impuestos impagados en un período anterior y posterior a la sentencia de separación. El JPI estimó parcialmente la demanda, condenando a ambos esposos solidariamente por una cantidad y al asignatario del uso de modo exclusivo, además, de otra cantidad. Recurre en apelación el arrendador. La SAP después de señalar que el art. 15 LAU produce la cesión legal del contrato de arrendamiento, tal y como se había defendido en alguna sentencia de la propia AP que cita, indica: "concurren en el caso aquí analizado especiales circunstancias que conducen a ratificar la solución a que se llegó en la resolución impugnada, con independencia de cuál sea la respuesta que en definitiva se dé a la problemática general antes expuesta. Debe tenerse presente, en primer lugar, que al haber suscrito ambos cónyuges el contrato de arrendamiento, los dos tenían la condición formal de arrendatarios, por lo que más que ante una posible ocupación material o ante una subrogación, se estaría ahora ante una concentración en uno de ellos de las facultades y obligaciones dimanantes del contrato. Este paso de la situación de coarriendo al arrendamiento individual no sólo venía impuesto por la quiebra del matrimonio, sino que había sido pactado por los esposos en el convenio regulador, y, lo que reviste especial trascendencia puesto en conocimiento del arrendador, que aceptó la nueva situación como lo demuestra el muy significativo dato de que, en plena coincidencia con la fecha de ese convenio, comenzara a expedir los recibos de la renta a nombre de la esposa, cuando antes lo hacía a nombre del marido. Se produjo así una novación subjetiva del contrato de arrendamiento, consentida por ambas partes, que ha de desplegar todos sus efectos como corresponde a los pactos libremente estipulados. Es más, si el art. 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos posibilita la cesión del contrato a un tercero, y el art. 12 prevé el desistimiento del arrendatario y la posibilidad de continuar su cónyuge en el arriendo, imponiendo al arrendador esa sucesión con sólo notificarle tal propósito, con mayor razón cabrá esa concentración en uno de los cónyuges de las facultades y obligaciones antes comunes en los casos de crisis matrimonial, que por analogía con lo dispuesto en el último precepto citado, habrá de entenderse que debe imponerse al arrendador con sólo poner en su conocimiento dicha circunstancia, lo que ya se ha dicho, debe considerarse acreditado en este caso".

114 *Vid.* SAP Asturias. S. 4.ª 10 febrero 1999 (AC 1999, 335).

BIBLIOGRAFÍA

Ayllón García, J.D.: *Las parejas de hecho. Nuevas tendencias*, Ubijus - Reus, Ciudad de México - Madrid, 2021.

Bayod López, M.ª del C.: *Algunas cuestiones prácticas en materia de derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011.

Cantero Núñez, F. y Legerén-Molina, A.: *Las parejas de hecho y de derecho (Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España*), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Carrasco Perera, A.: "Comentario al art. 15", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 331 a 348.

De Amunátegui Rodríguez, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Fernández Urzainqui, F.J., "La sociedad conyugal de conquistas", en AA.VV.: *Las relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, (coord. F. Lledó Yagüe, M.ª P. Ferrer Vanrell y O. Monje Balmaseda), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 789 a 835.

Fuentes Lojo, J.V.: *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1995.

Gallego Domínguez, I.: "Las uniones de hecho y la subrogación arrendaticia *mortis causa* en el Derecho italiano", *Derecho y Opinión*, nº 2, 1994, pp. 201 a 206.

Gallego Domínguez, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, Colegio de Registradores*, Madrid, 1995.

Gallego Domínguez, I.: "Comentario a la Disposición Transitoria 2.ª.(B).7", en el libro AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (coord. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 1265 a 1287.

Gallego Domínguez, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en AA.VV.: *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez), Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547 a 557.

Gallego Domínguez, I.: "Las parejas de hecho en el Derecho español. Cuestiones actuales sobre su regulación", en AA.VV.: *La familia nella società contemporánea,* a cura di G. Castellani e A. Cordiano, Aracne, Ariccia (Roma), 2016, pp. 37 a 63

Gavidia Sánchez, J.V.: "Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?, *R.J.N.*, oct.-dic. 1999, pp. 199 a 355.

González Porras, J. M.: "Comentario al artículo 16 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, (coord. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 438 a 303.

Ossorio Serrano, J.M.: "Comentario al artículo 15 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (coord. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 424 a 437.

Guía Práctica de Parejas de Hecho. Una visión consolidada, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 12 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova – Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 286 a 316.

Guilarte Gutiérrez, V.: "Comentario al art. 15 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Lex Nova – Thomson Reuters, Pamplona, 2014, pp. 347 a 369.

León-Castro, J. y De Cossío, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995.

Mesa Marrero, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Aranzadi, Pamplona, 1999. CIV/5762.

Estrada Alonso, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, 1991.

Pérez de Vargas Muñoz, J.: *La subrogación en la vivienda arrendada y las parejas de hecho: (estudio jurisprudencial y doctrinal),* Editorial Complutense, Madrid, 1995.

Serrano Alonso, E.: "Comentario al art. 15 de la LAU", en AA.VV.: *Comentarios a las Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. X. O´Callaghan), Edersa, Madrid, 1995, pp. 154 a 160.

LOS LÍMITES IMPUESTOS A LAS FACULTADES DE USO Y DISFRUTE DE LOS PROPIETARIOS PARA LUCHAR CONTRA LA ESCASEZ DE VIVIENDA DISPONIBLE EN ALQUILER EN ESPAÑA*

THE LIMITS IMPOSED ON THE FACULTIES OF USE OF THE OWNERS TO FIGHT AGAINST THE SHORTAGE OF AVAILABLE RENTAL HOUSING IN SPAIN

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 334-383

* Este trabajo ha sido realizado también en ejecución del proyecto "Red temática para el estudio de los aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda" (Referencia: D5-2022_03), concedido por la Universidad de Málaga para el periodo 2022-2024 y dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera.

Antonio
GÁLVEZ
CRIADO

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El objetivo principal de este artículo será analizar la controversia jurídica generada por las medidas de intervención pública en aspectos esenciales del mercado libre del alquiler para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada o su permanencia en la misma. Son medidas que han sido aprobadas por CCAA, Estado y ayuntamientos en los últimos años y que requieren un análisis desde una perspectiva interdisciplinar (constitucional, civil y administrativa) para determinar su eficacia e impacto social real. Adelantamos que este impacto ha sido muy limitado y desde luego no han contribuido a mejorar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Por este motivo, se defiende finalmente la necesidad de retomar el camino del Derecho civil como la vía más sensata para ayudar a que el mercado del alquiler alcance un equilibrio razonable; en concreto, se entiende que una más moderna y eficiente regulación del contrato de arrendamiento en España puede contribuir a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

PALABRAS CLAVE: Vivienda digna y adecuada; mercado del alquiler; arrendamiento; vivienda turística; intervención pública; derecho de propiedad; vivienda desocupada; función social de la propiedad.

ABSTRACT: *The main objective of this article will be to analyze the legal controversy generated by public intervention measures in essential aspects of the free rental housing market to facilitate citizens' access to adequate housing or their permanence in it. These are measures that have been approved by the Autonomous Communities, the State and town councils in recent years and that require an analysis from an interdisciplinary perspective (constitutional, civil and administrative) to determine their effectiveness and real social impact. We anticipate that this impact has been very limited and, of course, they have not contributed to improving citizens' access to adequate housing. For this reason, the need to resume the path of civil law is finally defended as the most sensible way to help the rental housing market reach a reasonable balance; Specifically, it is understood that a more modern and efficient regulation of the leasing contract in Spain can contribute to reducing existing imbalances and help to normalize this market.*

KEY WORDS: *Adequate housing; rental housing market; leasing; touristaccommodation; public intervention; property rights; vacant housing; social function of property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS MEDIDAS RECIENTES DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DEL ALQUILER.- 1. La intervención directa sobre la renta por parte de Cataluña.- 2. Las medidas aprobadas por algunas CCAA para el cumplimiento de la función social de la vivienda: en especial, el deber de destinarla a habitación y la expropiación temporal del uso de las viviendas desocupadas.- 3. El limitado alcance de la intervención del legislador estatal hasta la fecha.- 4. Otra vía de intervención pública: los límites a las viviendas turísticas por parte de las Administraciones Públicas.- A) Crítica a la afección exclusiva al uso turístico, con exclusión del uso residencial, de la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico.- B) Los instrumentos de planeamiento urbanístico como vía para incrementar la oferta de vivienda residencial limitando la vivienda turística.- 5. Los límites impuestos a las facultades de uso y disfrute desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad.- III. UNA CONCLUSIÓN Y UN CAMINO: HACIA UNA MODERNA Y EFICIENTE REGULACIÓN ESTATAL DEL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA.

I. INTRODUCCIÓN.

La escasez de vivienda disponible en alquiler a precios asequibles es uno de los más acuciantes problemas sociales que existen hoy en nuestro país y una preocupación creciente para Administraciones Públicas y ciudadanos. A diario se publican en los medios de comunicación cifras sobre incrementos de los precios del alquiler, sobre todo en las grandes ciudades, que están haciendo cada vez más difícil acceder a una vivienda en alquiler a unos precios asumibles incluso por ciudadanos con rentas medias.

Por ejemplo, según el portal Fotocasa y tomando como referencia el mes de enero de 2023, la vivienda en alquiler ha experimentado un incremento mensual del 1,6% y anual del 8,7% de media en España, con algunas CCAA con subidas espectaculares (21% en Baleares, 19,8% en Canarias y 16,5% en la Comunidad Valenciana). A resultas de todo ello, el metro cuadrado se sitúa en 11,21 euros según los datos del Índice Inmobiliario de este portal[1]. Y la tendencia es claramente alcista como señala un informe del portal Idealista, que fija el precio medio del metro cuadrado en alquiler en 11,7 euros en febrero de 2023[2] en un contexto de clara contracción de la oferta y fuerte demanda de viviendas en alquiler residencial o de larga duración.

Aparte del contexto económico general, entre los factores concretos de este desequilibrio se señalan el incremento actual de los tipos de interés, que está derivando parte de la demanda de compra de vivienda hacía el mercado

1 Datos disponibles en: https://www.fotocasa.es/fotocasa-life/alquiler/conoce-el-precio-de-la-vivienda-en-alquiler-en-tu-zona/.

2 https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/alquiler/report/.

• Antonio Gálvez Criado
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Málaga (España). Correo electrónico: ancr@uma.es

del alquiler, el auge de las viviendas turísticas tras el COVID-19 en perjuicio de la finalidad residencial, o la sobrerregulación y los límites impuestos a los propietarios (prórrogas obligatorias extraordinarias y limitaciones a la renta y a su actualización), de manera que prefieren por ello retirarlas del mercado del alquiler tradicional, alquilar por temporada o por habitaciones e incluso poner sus inmuebles a la venta, como forma de eludir estos límites. No parece discutible que la oferta de alquiler residencial se ha reducido significativamente, sobre todo en zonas tensionadas.

No es una situación en absoluto nueva, pero es cierto que tras la pandemia del COVID-19 y la vuelta a una actividad económica de cierta normalidad se ha intensificado considerablemente. Trabajadores con salarios medios, estudiantes, jóvenes e incluso personas mayores que no disponen de una vivienda en propiedad se ven obligados a acometer cambios vitales de gran calado (cambiar su residencia, cambiar su centro de estudios, retrasar su "emancipación") o se ven obligados a realizar un esfuerzo económico para pagar el alquiler mucho más allá de lo aconsejable y que repercute en su calidad de vida personal y familiar. Se encuentra entonces en entredicho el derecho de amplios sectores de la sociedad española a disfrutar de una vivienda (habitual) digna y adecuada al que alude el art. 47 CE como uno de los principios rectores de la política social y económica de los poderes públicos[3].

Aparte de algunas de carácter coyuntural que ya se han señalado, seguramente existen causas estructurales de diversa índole que pueden ayudar a explicar el desequilibrio actual del mercado arrendaticio en España, como causas económicas, demográficas, sociales, políticas, etc., que no son fáciles de resolver en el corto plazo.

Quizás por esa situación de urgencia, lo cierto es que en los últimos años las Administraciones Públicas (Estado, CCAA y Ayuntamientos) están aprobando diversas medidas que, de manera más o menos directa, suponen una intervención pública en aspectos esenciales del mercado libre del alquiler para facilitar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada o su permanencia en la misma. Hablamos de topes o límites a las rentas, de la prórroga forzosa de los contratos, de la aprobación de normas frente a las viviendas desocupadas (así, la expropiación temporal del uso o la obligación de ofrecerlas en alquiler) o de

3 Es opinión común que el objeto del derecho protegido en el art. 47 CC es la vivienda que constituye la primera residencia de la persona: expresamente Vaquer Caballería, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 23-24 (sobre el disfrute de la vivienda como contenido de este derecho, pp. 31 y ss.); implícitamente, Bassols Coma, M.: "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, núm. 85, pp. 14 y ss.; López Ramón, F.: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en AA.VV.: *Construyendo el derecho a la vivienda* (coord. por F. López Ramón), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-24.
Lo mismo puede decirse respecto a los Tratados Internacionales: Pérez Daudí, V.: "El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.ª D. Cervilla Garzón/ I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 329 y ss.

los límites impuestos a la proliferación de viviendas turísticas para potenciar el mercado del alquiler residencial. En consecuencia, también de una manera más o menos intensa y directa, estas medidas están incidiendo en las facultades de uso y disfrute de los propietarios.

El objetivo principal de este artículo es analizar desde una perspectiva interdisciplinar (constitucional, civil y administrativa) la controversia jurídica que tales medidas públicas han generado, así como su eficacia e impacto real en el mercado del alquiler. Realizada esta labor, finalmente se propondrán vías alternativas que contribuyan a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

II. ALGUNAS MEDIDAS RECIENTES DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DEL ALQUILER.

1. La intervención directa sobre la renta por parte de Cataluña.

Ante la situación descrita en nuestra introducción, una primera reacción con buena dosis de "carga política" ha consistido en implementar políticas públicas cuyo objetivo ha sido intervenir directamente el precio de los alquileres en el mercado libre y contenerlos o limitarlos ("toparlos") en aquellos municipios o áreas que se encuentren en una situación de tensión conforme a unos determinados parámetros objetivos que sirven para fijar un precio (o índice) de referencia de las rentas de alquiler de vivienda. Siguiendo probablemente el ejemplo de ciudades como Berlín, es el camino que decidió emprender Cataluña desde la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda[4].

La idea era limitar los precios de los alquileres destinados a residencia permanente en aquellas zonas de Cataluña en las que el mercado se encontrara tensionado por no existir una suficiente dotación de viviendas a precio asequible[5]. En estos casos los precios debían fijarse básicamente conforme a un índice de referencia aplicable a la zona en cuestión. Ello servía para limitar la renta de los nuevos contratos de arrendamiento para vivienda permanente ("renta inicial del alquiler"), pero también quedaba limitada la renta de los arrendamientos celebrados dentro de los cinco años anteriores, que no podía incrementarse, salvo

4 Esta Ley 11/2020 procede del Decreto-ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, que no fue convalidado.

5 En el preámbulo de la Ley 11/2020 se habla de "una fuerte escalada de los precios, que en Cataluña han crecido en torno a un treinta por ciento en los últimos cinco años", que constituye una de las justificaciones de esta regulación.

algunos incrementos o actualizaciones permitidos y algunas excepciones en ambos casos. Se especificaba que esta medida era excepcional y quedaba limitada a un plazo máximo de cinco años. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que la renta podía quedar también limitada por los ingresos de la unidad de convivencia del arrendatario.

Este índice de referencia de los precios de vivienda en alquiler (IRPVA) debía ser publicado por el departamento de la Generalitat competente en materia de vivienda. Además, se impuso a los propietarios la obligación de informar en todas las ofertas de arrendamiento del precio de referencia de la vivienda y de la renta consignada en el último contrato de arrendamiento (art. 13) y se otorgó a los arrendadores el derecho a obtener la restitución de las cantidades abonadas en exceso con el interés legal del dinero incrementado en tres puntos. Se completaba la regulación con la fijación de un régimen de infracciones y sanciones en caso de incumplimiento de estas obligaciones y con algunas normas de carácter procesal.

Publicada esta Ley, cincuenta diputados del grupo parlamentario popular del Congreso de los Diputados interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la misma, que dio lugar a la STC 37/2022, de 10 de marzo (RTC 2022, 37). Sin ánimo de exhaustividad, se alegaba la vulneración de distintos preceptos constitucionales, como el art. 9.3 (principio de seguridad jurídica), el art. 33 (propiedad privada) o el art. 53.1 (reserva de ley). Sin embargo, cobra especial protagonismo la alegada vulneración del art. 149.1.8 CC, en cuanto se consideraba que la regulación autonómica invadía la competencia estatal exclusiva sobre "las bases de las obligaciones contractuales", en relación con los arts. 10.1 CE (libre desarrollo de la personalidad), 38 (libertad de empresa), 1255 CC (libertad contractual) y 17.1 LAU (libre determinación de la renta).

En concreto y respecto a este último punto, el argumento sería el siguiente: al limitarse la renta de los alquileres por el legislador autonómico se incide sobre la libertad contractual reconocida a arrendador y arrendatario para su fijación (arts. 1255 CC y 17.1 LAU) y este principio constituye una de las bases de las obligaciones contractuales a que se refiere el art. 149.1.8 CE, y por tanto, tal limitación está vetada a las CCAA.

Por esta razón, el TC analiza en primer lugar esta tacha de inconstitucionalidad, cuya procedencia determinaría la nulidad de las normas autonómicas que la contravinieran sin necesidad de entrar en el análisis de la vulneración de otros preceptos constitucionales. En efecto, entiende el TC que, con independencia de que la regulación autonómica pueda incidir sobre otros títulos competenciales como puedan ser señaladamente el referente a la vivienda o incluso afectar a derechos fundamentales, lo cierto es que la norma autonómica contiene una medida de contención del precio de la renta del alquiler que se inserta directamente en el

ámbito de la legislación civil, y más concretamente, en el de las obligaciones y contratos.

A estos efectos, el TC trae a colación la importante (y polémica) STC 132/2019, de 13 de noviembre (RTC 2019, 132)[6], sobre la determinación de lo que ha de entenderse por "bases de las obligaciones contractuales", entendidas allí como "aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional", es decir, normas entendidas como garantía estructural del mercado único. De hecho, esta sentencia llega a concretar la noción de "bases de las obligaciones contractuales" en los principios establecidos en los títulos I y II del Libro IV del CC[7].

Como las bases "se refieren al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación" -dice el TC-, entre ellas es indudable que se sitúa el principio de autonomía de la voluntad que aquí se

6 La STC 132/2019, de 13 de noviembre, fue dictada a consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra tres preceptos de la Ley de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. Se planteó la competencia de la Comunidad Autónoma catalana para legislar en materia de contratos y han resultado bastante discutibles sus conclusiones acerca de hasta dónde cabe admitir la "conservación, modificación y desarrollo" de los derechos civiles autonómicos tangencialmente conectados con instituciones jurídicas preexistentes al tiempo de aprobarse la CE, qué ha de entenderse por "bases de las obligaciones contractuales" (¿legislación básica?) a los efectos del art. 149.1.8 CE o a qué títulos competenciales corresponde la legislación de Derecho privado en materia de contratos con consumidores (¿Derecho civil, Derecho mercantil?). De hecho, esta sentencia contó con un total de cuatro votos particulares y cinco magistrados discrepantes del parecer de la mayoría.

7 Así se establece en el FJ 6 de la STC 132/2019:
"Dicho esto, también hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores.
En definitiva, hemos de afirmar que cuando el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional.
Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece y, en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia".
Sobre esta concreta cuestión en la STC 132/2019, *vid*. García Rubio, M.ª P.: "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, núm. 4, pp. 26 y ss. (http://nreg.es/ojs/index.php/RDC).;Asúa González, C. I.: "Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 260 y ss. (doi:https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.01).

concreta en la libre determinación de la renta (art. 17.1 LAU), de manera que la legislación autonómica impugnada vulnera la distribución competencial establecida en el art. 149.1.8 CE relativa a las bases de las obligaciones contractuales. Con ello quedan afectados también el art. 10.1 CE en cuanto libertad individual derivada del principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, el art. 1.1 CE o el 38 CE en sus aspectos económicos. En conclusión, la STC 37/2022, de 10 de marzo, termina declarando contrario a la CE el sistema de limitación de precios al alquiler de vivienda permanente establecido por la Ley de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre.

Por conexión o consecuencia, el TC también declara inconstitucionales todas aquellas previsiones de la Ley 11/2020 que se refieren a tales límites a las rentas de los contratos. Por tanto, se declaran nulos aspectos centrales que habían regulado el contrato de arrendamiento: objeto y ámbito de aplicación (art. 1), los ya reiterados sobre la determinación de la renta inicial del alquiler (art. 6), y la determinación del precio de referencia (art. 7), actualización de la renta (art. 8), gastos generales y de servicios individuales (art. 9), arrendamiento de viviendas nuevas o rehabilitadas (art. 10), obras de mejora (art. 11), reembolso de cantidades percibidas en exceso (art. 12), deber de informar sobre el régimen de contención de rentas en las ofertas de arrendamiento de viviendas en áreas con mercado de vivienda tenso (art. 13).

No obstante, el TC no otorgó efectos retroactivos a su resolución, sino solo "pro futuro", manteniendo en sus términos los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad.

Menos de un mes después de la STC 37/2022, recayó la STC 57/2022, de 7 de abril (RTC 2022, 57), dictada también frente a diversos preceptos de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre de Cataluña, pero en este caso a consecuencia de un recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno por invasión de las competencias del Estado establecidas en el art. 149.1.8.ª, 6,ª y 13.ª CE. Como los preceptos antes mencionados coincidían con los examinados y anulados por la STC 37/2022, el TC se remitió a lo ya establecido en ella en el punto que ahora interesa.

Con posterioridad se dictó también la STC 118/2022, de 29 de septiembre (RTC 2022, 118), en la que se declaró nulo el artículo 4 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler, que introdujo un nuevo apartado en el art. 9 de la Ley 11/2020. Lógicamente, el TC se ha pronunciado en este caso reiterando los mismos argumentos ya desarrollados por la STC 37/2022 en la que ya declaró inconstitucional este precepto concreto.

Por otra parte, debe citarse la STC 150/2022, de 29 de noviembre (RTC 2022, 150), recaída tras el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con las letras a) y b) del art. 2.1 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados. En este caso, las limitaciones impuestas a la renta en caso de falta de acuerdo entre los contratantes lo eran respecto a locales de negocio y durante la pandemia del COVID-19, pero la argumentación del TC es la misma que la sentada en su sentencia 37/2022 y por ello declara la inconstitucionalidad de estas normas sobre la base de la ausencia de competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Queda claro, como conclusión, que una Comunidad Autónoma no cuenta con competencia para limitar de forma directa la libertad de los contratantes para fijar la renta de los arrendamientos de vivienda libre.

2. Las medidas aprobadas por algunas CCAA para el cumplimiento de la función social de la vivienda: en especial, el deber de destinarla a habitación y la expropiación temporal del uso de las viviendas desocupadas.

En los últimos años y ante el problema de escasez de vivienda disponible en alquiler residencial o de larga duración, un amplio número de CCAA ha decidido, como una línea básica de actuación de su política de vivienda, combatir intensamente el fenómeno de las viviendas vacías, desocupadas o deshabitadas. La técnica básica utilizada ha sido la de establecer el deber legal del propietario de destinar la vivienda vacía a habitación, como un deber derivado de su función social, íntimamente vinculado al también deber de mantener su habitabilidad (conservación). Esta función social sería una parte integrante del derecho de propiedad mismo, que lo delimita, de manera que se trataría de uno de los tradicionales "límites" internos de la propiedad (o de las facultades del propietario) frente a las llamadas "limitaciones" externas, en la terminología doctrinal tradicional[8].

8 Albaladejo García, M.: *Derecho Civil*, Tomo III (*Derecho de bienes*), Vol. I (*Parte general y derecho de la propiedad*), Bosch, Barcelona, 1994, pp. 261-262; López Y López, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 66; Colina Garea, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 198-203; Barral Viñals, I.: "Viviendas desocupadas procedentes de ejecución hipotecaria en manos de entidades bancarias: reformulando la función social de la propiedad de la vivienda", en AA.VV.: *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho Privado europeo* (coord. por E. Lauroba Lacasa), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 465 y ss.; Padial Albás, A.: "La configuración de la propiedad en el Derecho civil catalán", en AA.VV.: *El derecho de propiedad y otros derechos reales en el Derecho civil de Cataluña* (coord. por A. Padial Albás/ M.ª D. Toldrá Roca),Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39-43; Pons Cánovas, F.: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 74-78.
Desde una perspectiva que pretende superar esta distinción, el CC de Cataluña habla simplemente de "restricciones" y la función social de la propiedad no afecta a la propiedad como institución, sino al ejercicio de las facultades dominicales (arts. 541-1 y 541-2): Roca I Trías, E., en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya,* Vol. IV (*Dretsreals*), (dir. por L.Puig Ferriol/ E. Roca I Trías),Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.257-259; Padial Albás, A.: "La configuración", cit., pp. 33-34.

El incumplimiento de este deber puede dar lugar a variadas consecuencias, como multas o sanciones, la obligación de ofrecerlas viviendas en alquiler a determinadas personas (así, alquiler obligatorio en caso de ejecución hipotecaria o desahucio, en ocasiones con opción de compra o en la forma de alquiler social), e incluso la expropiación temporal del uso (o usufructo) de la vivienda. Naturalmente, muchas de estas normas han sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, y el TC ha tenido que ir marcando el camino permitido a las CCAA conforme a sus competencias[9]. Realizaremos a continuación una exposición cronológica de las sentencias recaídas en esta materia.

El primer caso que debe mencionarse es el conocido por la STC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 93), dictada para resolver un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el art. 1 y la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía. Dicho precepto dio nueva redacción a varios artículos de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía y se impugnaban estos artículos[10].

En resumen, el recurrente alegaba que estas normas eran inconstitucionales por tres razones principales: a) porque se habían aprobado mediante un decreto-ley, sin que se hubiere justificado la situación de extraordinaria y urgente necesidad; b) porque afectaban al contenido esencial del derecho de propiedad (art. 33 CE) y a la reserva de ley para regular este derecho (art. 53.1 CE); y c) por invadir las competencias atribuidas al Estado por las cláusulas 1.ª, 8.ª y 13.ª del art. 149.1 CE.

En lo que aquí interesa, las normas recurridas fueron aprobadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el contexto de la emergencia social y económica causada por la llamada "Gran Recesión" que se produjo en España a partir del año 2008. Las ejecuciones hipotecarias por impago de los préstamos contratados en los años previos y los procesos de desahucio y lanzamiento se multiplicaron y provocaron auténticas situaciones de alarma y drama social porque miles de personas perdían sus viviendas, que terminaban en manos de las entidades bancarias ejecutantes o sus filiales inmobiliarias. Con posterioridad a la interposición de este recurso, la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía, derogó el Decreto-ley 6/2013, de manera que el TC enjuició solamente aquellas normas que se mantenían en dicha ley.

9 Puede verse una exposición de algunos de los casos más relevantes en Garrido Mayol, V.: "Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.ª D. Cervilla Garzón/ I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.286-294.

10 Ampliamente sobre esta legislación andaluza y su influencia en la normativa aprobada posteriormente por otras CCAA, Iglesias González, F.: "Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal", en AA.VV.: *Reflexiones sobre la vivienda en España* (dir. por F. García-Moreno Rodríguez/ F. González García), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 20-26.

En este contexto, el art. 1.3 de la Ley de vivienda de Andalucía quedó redactado así: *"Forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico*, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística", de manera que el incumplimiento de este deber conllevaba la comisión de una infracción administrativa y la imposición de sanciones pecuniarias[11]. Para el TC estaba claro que la parte aquí subrayada del precepto establecía una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no simplemente de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, y que además, tenía por objeto aspectos esenciales del mismo.

Por este motivo, entiende el TC que se sobrepasaron los límites materiales del decreto-ley por tratarse de una materia reservada a ley formal (art. 53.1 CE), y por ello la parte subrayada fue declarada contraria a la CE. En coherencia con ello, declaró también inconstitucionales el art. 53.1 a), que tipificaba como infracción muy grave no dar efectivo uso de habitación a la vivienda siempre que su titular fuera una persona jurídica, así como los apartados 5 y 6 del art. 25, que también se referían a la potestad sancionadora en relación a las viviendas deshabitadas (en el caso de las personas físicas las medidas eran otras y no las sancionadoras).

Este art. 25 establecía la definición de vivienda deshabitada como aquella que no se destinara al uso residencial previsto por la legislación aplicable durante un plazo de seis meses consecutivos en el curso de un año y el TC mantuvo la constitucionalidad del resto de este precepto siempre que se interpretara simplemente como un instrumento de la política autonómica de fomento de la vivienda en alquiler y no como afectación al art. 33 CE, por lo que no quedaba afectado por la reserva de ley. En definitiva, la categoría de "viviendas deshabitadas" no tenía más transcendencia que convertir a tales viviendas en destinatarias de las políticas de fomento de la legislación andaluza[12].

11 Como señala Iglesias González, F.: "Una visión", cit., p. 23, el antecedente de esta norma hay que buscarla en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña. En concreto, el art. 3d) contenía la definición de "vivienda vacía" (la desocupada permanentemente durante más de dos años), el art. 41a) incluía a las viviendas desocupadas dentro de las situaciones de utilización anómala de una vivienda, y finalmente, el art. 123.1 tipificaba esta situación como infracción muy grave. También ampliamente sobre la Ley 18/2007 de Cataluña, Ponce Solé, J.: "La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", *Revista d'EstudisAutonòmics y Federals*, 2008, núm. 7, pp. 179 y ss.; Barral Viñals, I.: "Viviendas desocupadas", cit., pp. 466 y ss.

12 Este pronunciamiento de la STC 93/2015 permite concluir a Moreu Carbonell, E.: "Viviendas vacías", en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (dir. por M.ª T. Alonso Pérez), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 37, que "En definitiva, es conforme a la Constitución española que una comunidad autónoma establezca deberes inherentes a la función social de la propiedad de la vivienda para atender a los intereses generales relacionados con la garantía de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (…) La imposición de un deber de destinar la vivienda a uso habitacional, es decir, obligar a los propietarios de viviendas a que las mantengan ocupadas, es *un límite inherente a la función social de la propiedad que no*

Por otra parte, estaba la impugnación de la disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013 (que se correspondía con la disposición adicional primera de la Ley 4/2013). Esta disposición venía a establecer una "declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social", y resultaba aplicable a las viviendas que hubieran sido objeto de ejecución hipotecaria por parte de entidades financieras cuando dichas entidades, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, hubieren sido sus adjudicatarias. En estos supuestos, se preveía la expropiación forzosa, con su correspondiente indemnización, del uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado en un proceso de desahucio por parte del órgano judicial competente, a favor de las personas que tenían su residencia habitual en dicha vivienda y se encontraban en una situación de especial vulnerabilidad social conforme a unos requisitos establecidos.

En este caso, el TC entendió que la norma autonómica impugnada constituía un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplinaba en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según el TC, este era el parámetro que debía tenerse en cuenta para examinar si la disposición impugnada había invadido el ámbito competencial atribuido al Estado por el art. 149.1.13.ª CE. No obstante, esta declarada incompatibilidad entre la norma andaluza y la nacional y las limitaciones así impuestas a las competencias autonómicas fue objeto de reiterada crítica en los tres votos particulares formulados a esta sentencia.

A continuación, el TC tuvo que abordar un recurso de inconstitucionalidad en relación a diversos preceptos de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda de Navarra, según la redacción dada a los mismos por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda de Navarra. En este caso, los preceptos impugnados tenían un contenido casi idéntico a los de la ley andaluza antes referida, el recurrente era también el Presidente del Gobierno y los argumentos esgrimidos por este eran también similares.

Por esta razón y tal y como se había hecho con la ley andaluza, la STC 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16) declaró inconstitucionales los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la ley navarra, que se correspondían

transforma el contenido esencial de tal derecho y que, como tal, no resulta indemnizable" (cursiva correspondiente a negrita del autor citado; sobre esta STC 93/2015, *vid.* pp. 36-37).
Sobre las legislaciones autonómicas acerca de las viviendas desocupadas y la obligación de destinarlas a uso habitacional *vid.* también Anderson, M.: "La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, núm. 38, pp. 104-105.

casi literalmente con la disposición adicional primera de la Ley 4/2013 andaluza. La diferencia más apreciable entre ambas disposiciones es que en la ley navarra se preveía una expropiación del uso por un tiempo máximo de cinco años (en la andaluza eran tres) a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano judicial competente o desde que finalizara la suspensión del lanzamiento en aplicación de legislación estatal sobre suspensión de los procedimientos de desahucio (esto último era otra diferencia).

Lo más relevante de esta STC 16/2018 fue que el TC sí se pronunció directamente en esta ocasión sobre el fondo de la constitucionalidad del deber de destinar las viviendas a uso habitacional. El nuevo art. 42 bis (apartados 1 y 2) de la Ley Foral 10/2010 establecía una definición de vivienda deshabitada (en general, la desocupada más de seis meses en el curso de un año) y se preveía la tipificación como infracción grave el hecho de no dar efectiva habitación a la vivienda durante dos años siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica; en definitiva, se venía a establecer un deber de destinar la vivienda a habitación. Las normas seguían, como decimos, prácticamente de forma literal a las normas andaluzas impugnadas con anterioridad.

Sin embargo, el TC entendió que estas previsiones de la ley navarra que establecen el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, teniendo en cuenta el contexto normativo en que se insertan, no se configuran como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, de manera que no puede afirmarse que formen parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad al que se refiere el art. 33 CE. Por este motivo, tales previsiones, así interpretadas, fueron declaradas conformes con la CE, como ya había hecho con la mayor parte del art. 25 del Decreto-ley 6/2015 andaluz.

Parece que esta interpretación de las normas impugnadas para que fueren conformes a la CE obtuvo el consenso en el TC, pues a partir de esta sentencia las resoluciones sucesivas sobre la misma cuestión cuentan con la unanimidad en el Alto Tribunal y no se presentan votos particulares[13].

13 Debe precisarse que estas leyes autonómicas que se citan excluyen habitualmente del concepto de "vivienda vacía" las segundas residencias, la vivienda vacacional y la vivienda de temporada, aunque no constituyan vivienda habitual o permanente. Esto nos parece muy correcto y razonable, de manera que no compartimos la opinión de Moreu Carbonell, E.: "Viviendas vacías", cit., pp. 40-41, en el sentido de entender que cualquier otro uso distinto de la vivienda como residencia habitual de sus propietarios o de terceros es un uso no amparado en el contenido esencial del derecho de propiedad. Por eso este autor defiende que las leyes autonómicas deberían incluir este tipo de viviendas en el concepto de "vivienda vacía", pues a su juicio se trata de viviendas con fines de inversión e indican que una parte importante del patrimonio residencial está infrautilizado (esta idea es ratificada en la p. 50).
La posición de este autor solo se entiende teniendo en cuenta la base de la que parte, que no es otra que defender (en contra de los pronunciamientos del TC) que es incorrecto afirmar que el propietario puede decidir el uso que quiere dar a su vivienda, estando obligado a destinarla a uso residencial (habitual). No alcanzamos a entender cómo se llega a semejante conclusión a partir de algunos datos estadísticos, como que el 75% de quienes compran o quieren comprar una vivienda tienen la intención de utilizarla como

De esta forma, el TC tenía totalmente allanado el terreno para la STC 32/2018, de 12 de abril (RTC 2018, 32), que resolvió un nuevo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía, y que traía causa del Decreto-ley 6/2013 ya analizado en la STC 93/2015. El primer recurso se interpuso el día 9 de julio de 2013 y el segundo el día 18 de diciembre del mismo año.

En esta ocasión y como había hecho en la STC 16/2018, el TC tuvo que abordar la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 4/2013 desde la perspectiva de su afectación al derecho de propiedad, lo que no había hecho en la STC 93/2015, puesto que en este caso la declaración de inconstitucionalidad se debió a que los preceptos impugnados habían sido aprobados a través de un decreto-ley (el Decreto-ley 6/2013) y no de una ley formal.

El TC mantiene la inconstitucionalidad de la disposición adicional primera de la Ley 4/2013, como había hecho con similar norma del Decreto-ley 6/2103 porque la medida consistente en la expropiación temporal del uso resultaba incompatible con las medidas adoptadas por el Estado *ex* art. 149.1.13.ª CE. Sin embargo y como decimos, ahora debe abordar abiertamente y como parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda, la cuestión del deber de destinar la vivienda al uso habitacional previsto en esta regulación (arts. 1.3 y 25 de la Ley 4/2013).Como fácilmente puede suponerse con los antecedentes previos, el TC se pronunció en términos semejantes a como lo había hecho con el art. 42 bis de la Ley navarra: la norma debe ser interpretada como parte integrante de las actuaciones de fomento de la Comunidad Autónoma andaluza para promover el uso social de las viviendas y no como la imposición de un contenido esencial del derecho de propiedad[14].

Por la misma razón, las normas autonómicas que tipificaban como infracción administrativa el incumplimiento de este deber e imponían las correspondientes sanciones también se consideran simplemente parte de la política de vivienda de la Comunidad Autónoma. Teniendo en cuenta las cuantías de estas sanciones

vivienda habitual. Semejante conclusión convierte absurdamente a todas las viviendas destinadas a segundas residencias, alquileres turísticos y alquileres de temporada en supuestos de fragrante incumplimiento de la función social de la propiedad.

14 Los términos exactos utilizados por la sentencia son:
"En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber "forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad" y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así interpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el Abogado del Estado".

(hasta 9.000 euros) y tal y como se alegaba en alguno de los motivos de impugnación, a las personas jurídicas propietarias de viviendas deshabitadas les saldría más barato tenerlas ocupadas sin cobrar el alquiler (por los anteriores propietarios desahuciados, por ejemplo) que tenerlas deshabitadas y pagar las multas. Probablemente esa era la medida más efectiva, pues Andalucía no contaba en esos momentos con presupuesto para llevar a cabo la expropiación forzosa del uso de las viviendas deshabitadas y el pago del justiprecio (el presupuesto previsto eran los intereses y recargos generados por los depósitos de las fianzas de los arrendamientos y los suministros en Andalucía, aparte de una pequeña contribución a cargo de los beneficiados por esta medida).

La doctrina sentada, de forma unánime, en las anteriores resoluciones vuelve a reiterarse con posterioridad con ocasión de nuevos recursos de inconstitucionalidad presentados por el Presidente del Gobierno frente a normas con un contenido y medidas similares aprobadas sucesivamente por otras CCAA, en resoluciones que casi se limitan a traer a colación las sentencias previas y ratificar su doctrina. Así ocurrió con la STC 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43), dictada en relación con la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Las medidas aprobadas son, como decimos, idénticas (obligación de destinar la vivienda a uso residencial, definición de viviendas deshabitadas, imposición de sanciones en este caso y expropiación temporal del uso) y la fundamentación y decisión del TC es la misma, como decimos.

En esta línea puede citarse también la STC 97/2018, de 19 de septiembre (RTC 2018, 97), que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad de la Presidenta del Gobierno en funciones frente a varios artículos de la Ley3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco. Las normas que aquí interesan eran muy similares a las aprobadas previamente por Navarra, Andalucía y Canarias en cuanto al deber de dar uso habitacional efectivo a la vivienda derivado de la función social de la propiedad e incumplimiento de este deber en el caso de las viviendas desocupadas. La declaración como vivienda deshabitada daba lugar a una batería de medidas entre las que se encontraban básicamente la expropiación forzosa del uso temporal de la vivienda por un tiempo máximo de tres años, el alquiler forzoso (como un supuesto de expropiación forzosa sin más y no vinculado a la expropiación del uso) y sanciones pecuniarias.

El TC declaró otra vez la inconstitucionalidad de las normas relativas a la expropiación forzosa del uso temporal de viviendas incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria o arrendamiento y sin solución habitacional, pero no así las relativas al alquiler forzoso o las sanciones pecuniarias.

También la STC 106/2018, de 4 de octubre (RTC 2018, 106), en este caso dictada en un recurso similar frente a la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura, llega a las mismas conclusiones y resultado en una sentencia bastante breve y que se limita a reiterar lo anterior, con la salvedad de que la expropiación prevista se refería al usufructo temporal y no al derecho de uso. Sobre esta cuestión se volverá después con más detenimiento.

Otro tanto puede decirse de la STC 8/2019, de 17 de enero (RTC 2019, 8), dictada para dar respuesta a la impugnación de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016 de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial. Aunque el recurso era mucho más amplio, el desistimiento parcial del Gobierno del Estado (explicable porque se produjo un cambio de gobierno en España) hizo que finalmente solo se impugnara el art. 17 de esta Ley, que recogía la expropiación del uso de las viviendas en caso de compensación o dación en pago por parte de sus propietarios en situación de exclusión y sin una alternativa habitacional. El Alto Tribunal declaró inconstitucionales los apartados 3, 4 y 5 del precepto, que recogían esta expropiación.

Entre los preceptos cuya impugnación fue objeto de desistimiento deben señalarse el art. 15 (referido a la expropiación forzosa del uso por incumplimiento de la función social de la propiedad de las viviendas vacías) y el art. 16 (sobre la obligación de ciertos propietarios de ofrecer a los ocupantes en riesgo de exclusión el realojo en una vivienda de su titularidad). Sobre estos preceptos se volverá más tarde, porque quedaron afectados por dos SSTC: la 16/2021, de 28 de enero (RTC 2021, 16) y la 57/2022, de 7 de abril (RTC 2022, 57).

Alguna novedad presenta la STC 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80), dictada tras la impugnación de algunos preceptos de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana. En este caso y junto a las medidas ya reiteradas, existían dos puntos de interés: a) se preveían algunas medidas en relación al proceso de ejecución hipotecaria sobre viviendas, y entre ellas, un contrato de arrendamiento obligatorio con opción de compra entre la entidad financiera adjudicataria y el anterior propietario ejecutado en riesgo de exclusión (art. 12), y b) la expropiación forzosa en este caso se refería al derecho de usufructo sobre la vivienda (no solo al uso).

La expropiación del uso de nuevo se declara nula por inconstitucional sobre la base del art. 149.1.13.ª CE. También algunas medidas claramente procesales se declaran inconstitucionales y nulas por contrarias al art. 149.1.6.ª CE, pero respecto al contrato de arrendamiento obligatorio la cuestión es más compleja. Se preveía que esta medida pudiera ser efectiva una vez finalizado el proceso de ejecución hipotecaria y sin perjuicio de otras establecidas en la legislación estatal para la

protección de los deudores hipotecarios (como la suspensión o moratoria de los lanzamientos y el alquiler social), y se contaba asimismo para ello con la financiación de la propia Comunidad para el pago del alquiler en la cuantía ya concretada en la propia normativa autonómica). No obstante, debe añadirse que, en caso de ejercicio de la opción de compra, se establecía que las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario original serían consideradas cantidades pagadas a cuenta de precio establecido.

En principio, el TC entiende esta medida como sucesiva y complementaria de las medidas estatales, no coincidentes (ni contradictorias, por tanto), pero considera que es necesario analizar si la norma autonómica impugnada (el art. 12) tiene o no virtualidad para menoscabar las medidas de política económica aprobadas por el Estado al amparo del art. 149.1.13.ª CE. El problema es que el apartado 4 del precepto valenciano prevé la expropiación del usufructo de la vivienda en caso de negativa del adjudicatario a suscribir el contrato de alquiler obligatorio, y ya sabemos que esta medida viene siendo reiteradamente declarada inconstitucional.

En esta situación y reiterada dicha inconstitucionalidad, la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de este deber sería la comisión de una infracción administrativa y la imposición de una multa (de 3.001 a 30.000 euros en este caso). De nuevo y respecto a la imposición de sanciones económicas, el TC avala esta medida porque la incardina dentro de la acción de fomento de las CCAA en materia de vivienda y entiende que, aunque puede incidir negativamente en la valoración de los activos de las entidades financieras y en su solvencia, los efectos serían muy limitados.

Sin embargo y en este punto, resulta de interés el voto particular formulado por el magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho, al que se adhirió D. Santiago Martínez-Vares García. Entendían estos magistrados que la expropiación forzosa del usufructo prevista en la Ley valenciana (art. 13) producía los mismos efectos que el arrendamiento forzoso establecido en el art. 12, y coincidían también sus ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo, de manera que entendían que todas estas consecuencias sancionadoras deberían haber seguido la misma suerte[15].

15 Las palabras exactas del voto particular son:
"(…) Expropiación y arrendamiento forzosos son, por tanto, simplemente dos técnicas alternativas para conseguir el mismo resultado, y por ello merecedoras de un mismo trato. Es más, apurando el examen de los preceptos legales citados, puede concluirse que el régimen del arrendamiento forzoso del artículo 12 es incluso más gravoso para el propietario que la expropiación de uso del artículo 13 y anexo I, pues a diferencia de lo que sucede en el caso de la expropiación, la inicial privación temporal del uso de la vivienda por la constitución del arrendamiento puede convertirse en una privación definitiva de la plena propiedad si el arrendatario ejerce su derecho de opción de compra establecido en la ley, con precio tasado e imputando al mismo las cantidades amortizadas del préstamo hipotecario original, un efecto que no se prevé en caso de expropiación de uso temporal en el artículo 13".
Anderson, M.: "La doble dimensión", cit., p. 107, pone de relieve precisamente el especial interés de este voto particular y la incoherencia de la decisión de la mayoría al distinguir a efectos de constitucionalidad

Se entendía en el voto particular que la regulación diferente y más gravosa del mismo instituto de arrendamiento forzoso (como obligación nueva) efectuada por una Comunidad Autónoma menoscababa la competencia del Estado, amparada en el artículo 149.1.13 CE, para regular el sistema financiero por la importancia de este para el funcionamiento de la economía en su conjunto, de manera que el art. 12 debería haber sido declarado inconstitucional en su totalidad.

En el caso resuelto por la STC 16/2021, de 28 de enero (RTC 2021, 16), el 19 de junio de 2020 un total de ochenta y seis diputados del grupo parlamentario popular del Congreso interpusieron, en lo que aquí interesa, un recurso de inconstitucionalidad contra un importante número de artículos del Decreto-ley del Gobierno de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda. El recurso era bastante complejo y eran varias las leyes y cuestiones jurídicas plateadas, pero nos centraremos básicamente en las tres siguientes en relación con la Ley mencionada:

a) El incumplimiento de la función social de la propiedad por no destinarla a una finalidad habitacional (con una nueva definición de "vivienda vacía" como aquella desocupada de forma permanente e injustificada durante más de dos años[16]) y con la regulación de las consecuencias del incumplimiento de esta función social. Estas podían ir desde multas (incluso coercitivas que en el caso de las personas jurídicas podían llegar hasta al 50% del valor de la vivienda), la expropiación forzosa de la vivienda o la obligación mencionada en el punto siguiente.

b) Vinculado al punto anterior como decimos, se establecía la obligación de ofrecer un alquiler social a determinados inquilinos. Esta obligación de ofrecer un alquiler ya había sido introducida en Cataluña desde la Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética[17]. Sin embargo, ahora se ampliaba a otros sujetos y supuestos, también se ampliaba su duración a la establecida en la LAU (cinco y siete años, cuando anteriormente eran tres), y además y como otra novedad, se establecía como requisito procesal para interponer acciones judiciales de ejecución hipotecaria y de desahucio.

c) La obligación de los agentes que intervienen en el mercado de alquiler y a los arrendadores de hacer constar en la publicidad, en las ofertas de alquiler y en

entre expropiación del usufructo temporal y alquiler (social) forzoso. Esta autora señala que probablemente en la decisión de la mayoría incidiera el hecho de que, calculada la renta del alquiler conforme a la norma autonómica impugnada, la cantidad era similar a una renta de mercado en ese momento y el obligado a su abono era la Generalitat Valenciana.

16 Incluso se preveía que "en el caso de transmisión de la vivienda, el nuevo propietario se subroga en la posición del anterior a efectos de asumir las consecuencias del incumplimiento de la función social de la propiedad, con independencia de cuándo se inició la desocupación".

17 *Vid*. al respecto, Barral Viñals, I.: "Viviendas desocupadas", cit., pp. 480-482.

los contratos de arrendamiento que suscriban un índice de referencia del precio del alquiler de viviendas.

Las cuestiones a) y b), vinculadas a la función social de la propiedad plantean al TC la necesidad de determinar si esta regulación estaba permitida a un decreto-ley como era el impugnado (por afectar al derecho de propiedad en relación a la reserva de ley del art. 53.1 CE) y para ello este Tribunal realiza este enjuiciamiento sobre la base de la doctrina ya sentada en la STC 93/2015 en relación al Decreto-ley andaluz 6/2013. En este caso, llega a la conclusión de que el Decreto-ley 17/2019 de Cataluña excede el marco permitido a los decretos-leyes en dicha sentencia, puesto que los preceptos impugnados van mucho más allá de establecer medidas de fomento en materia de vivienda, limitando de forma intensa las facultades del propietario[18].

En consecuencia, el TC declara contrarios a la CE todos los preceptos que sirven de base a las cuestiones a) y b) señaladas. Respecto a la tercera cuestión (obligación de hacer constar el índice de referencia del precio del alquiler), el Decreto-ley impugnado establecía como consecuencia jurídica de su incumplimiento su tipificación como infracción leve (multa de 3.000 a 9.000 euros) y la imposibilidad del arrendador de beneficiarse de las ayudas públicas para el fomento del alquiler, pero no afectaba a la validez y obligatoriedad del contrato. Precisamente por este motivo, la medida se incluye entre las competencias autonómicas en materia de "policía administrativa" o de "disciplina del mercado" y no interfieren en las relaciones privadas, de manera que el recurso es desestimado en este punto. Debe tenerse en cuenta también que el propio Estado había arbitrado un índice de referencia de las rentas en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, y permitía que las CCAA lo complementaran.

Con posterioridad al Decreto-ley 17/2019 y antes de recaer la STC 16/2021, el Gobierno de Cataluña aprobó el Decreto-ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo de la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la Covid-19. En él reiteró, con algunas modificaciones, como requisito previo al ejercicio de acciones ejecutivas la acreditación de que se ha efectuado una oferta de alquiler social, que también interrumpe los procesos iniciados sin acreditar

18 STC 16/2021:
"La mayoría de los artículos contra los que se dirige este primer motivo regulan medidas coactivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad. Limitaciones de la máxima intensidad, además, puesto que no suponen la delimitación externa del ejercicio del derecho en régimen de libertad por puras consideraciones abstractas de interés u orden público, sino que constriñen estrechamente al propietario mediante órdenes o deberes normativos -obligaciones concretas de hacer, como ocupar la vivienda u ofrecer un alquiler social- que se ponen bajo la inspección y vigilancia de la Administración y cuyo incumplimiento habilita a ésta para imponer esa conducta forzosamente mediante requerimientos y multas coercitivas, para imponer sanciones y para expropiar la vivienda".
Sobre esta STC 16/2021, Anderson, M.: "La doble dimensión", cit., pp. 109-111.

dicha oferta y que suspende los lanzamientos durante la vigencia del estado de alarma o restricciones de movilidad a causa de este virus.

Estas normas fueron impugnadas por el Presidente del Gobierno por considerar que ello vulneraba la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art. 149.1.6.ª CE) y recayó la STC 28/2022, de 24 de febrero (RTC 2022, 28). En ella, el Alto Tribunal declara inconstitucionales los preceptos que se refieren a la obligación de acreditar la realización de una propuesta de alquiler social como requisito procesal para el ejercicio de acciones ejecutivas (o su suspensión) por este motivo. La misma suerte corrió la previsión también establecida en el precepto impugnado que suspendía los lanzamientos durante el estado de alarma o las restricciones de movilidad.

Por último, la STC 57/2022, de 7 de abril, ya referida respecto a otras cuestiones, insistió en la inconstitucionalidad de estos requisitos procesales previos establecidos por la Ley 24/2015.

3. El limitado alcance de la intervención del legislador estatal hasta la fecha.

Cabe preguntarse si el legislador estatal, que ha sido declarado competente para adoptar algunas de las medidas anteriores vetadas a las CCAA, ha hecho uso efectivo de esta competencia, al menos en fechas recientes. En este sentido, son conocidas algunas medidas tomadas por su parte para hacer frente a la pandemia del COVID-19 desde marzo de 2020.

Las primeras de ellas fueron introducidas por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Esta norma afectó a los arrendamientos de vivienda habitual entonces vigentes en tres puntos: a) la suspensión de los desahucios y lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional durante un periodo máximo de seis meses (art. 1);b) la posibilidad de prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento durante un periodo máximo de seis meses a solicitud del arrendatario (art. 2);y c) una moratoria de la deuda arrendaticia para los arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19 (arts. 3 y ss.)[19].

19 Ampliamente sobre esta legislación COVID-19: Nasarre Aznar, S.: "Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 281 y ss. (doi:https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02); García Rubio, M.ª P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, 2020, núm. 2 especial, pp. 15-46; Quicios Molina, M.ª S.: "Covid y arrendamientos de vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario 2021, Tomo II, pp. 183 y ss.

En este último caso y cuando los arrendadores fueran una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor[20], entonces y a falta de acuerdo entre las partes, se concedía a los arrendatarios la facultad de elegir entre una reducción del 50% de la renta durante un máximo de cuatro meses o un aplazamiento de las rentas por idéntico plazo máximo con la obligación de abonarlas fraccionadamente durante un plazo posterior no inferior a tres años sin penalización y sin intereses (art. 4). En caso de que el arrendador no estuviera incluido en los supuestos del precepto anterior y salvo que el arrendador aceptase un aplazamiento o condonación de la deuda, entonces el art. 8 permitía al arrendatario en situación de vulnerabilidad económica acceder a un programa de ayuda pública de financiación para el pago de esta deuda.

Como es sabido, con posterioridad el Gobierno del Estado ha ido reiterando en el tiempo la prórroga "extraordinaria" de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, así como el aplazamiento de la deuda arrendaticia a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad en contratos celebrados con entidades públicas o grandes tenedores. Así lo estableció el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda (disposición final novena), el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (disposición final cuarta) y otras posteriores.

Ninguna de estas medidas, que sepamos, ha sido cuestionada ante el TC, y desde luego, la finalidad de las mismas no fue la intervención pública en un mercado arrendaticio tensionado y con escasa vivienda disponible. Su finalidad fue proteger a los arrendatarios actuales de vivienda habitual, sobre todo aquellos que se encontraban en una situación de vulnerabilidad económica (reducción de ingresos) a consecuencia del COVID-19, en dos aspectos básicos: uno, prorrogando la duración de los contratos de arrendamiento vigentes, y otro, ayudándoles al pago de la deuda arrendaticia mediante la rebaja temporal de la renta o su aplazamiento.

Es evidente que durante la fase más grave de la pandemia no existían los actuales problemas de tensionamiento de los precios de los alquileres o dificultades para acceder a una vivienda por escasez en el mercado, sino que los problemas derivaban sobre todo de las dificultades económicas generadas por una crisis sanitaria para el pago de las rentas o la necesidad de otorgar estabilidad habitacional a los arrendatarios en esa situación.

20 Se entendía por "gran tenedor" toda persona física o jurídica que fuera titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m^2.

La cuestión no es muy diferente cuando se inicia la guerra de Ucrania el día 24 de febrero de 2022. Entonces se intensifica significativamente la escalada general de los precios que ya se había iniciado con anterioridad, incluidos los precios de los alquileres, que han de actualizarse conforme a las previsiones contractuales que habitualmente remiten al Índice de Precios al Consumo. Téngase en cuenta que en España el IPC (anual) se situó en enero de 2022 en el 6,1%, en febrero en el 7,6%, en marzo en el 9,8%, en abril en el 8,3%, en mayo en el 8,7%, en junio en el 10,2%, en julio en el 10,8%, en agosto en el 10,5% y en septiembre en el 8,9%. A partir de ahí se inicia una desaceleración que lleva al 5,7% en diciembre de 2022.

Como puede apreciarse, en marzo de 2022 el IPC roza ya las dos cifras y durante el verano de ese año supera el 10%. Ante esta situación, el Gobierno aprueba en marzo el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Entre esas medidas, el art. 46 recoge una "limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda" hasta el 30 de junio de 2022.

Conforme a este precepto, la idea es que la actualización de las rentas se lleve a cabo conforme al Índice de Garantía de Competitividad (IGC) y no conforme al IPC, salvo acuerdo entre las partes, aunque en el caso de que el arrendador sea un gran tenedor no se permite que mediante el acuerdo pueda excederse dicho índice.

Debe decirse que este IGC está previsto desde 2015 en el párrafo segundo del art. 18.1LAU, de manera que será el índice que habrá de tomarse en consideración para la actualización de la renta cuando existiere en el contrato de arrendamiento un pacto expreso de actualización, pero no se detalle el índice o metodología de referencia. El IGC se introdujo por la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, y para entender su funcionamiento debemos tener muy presente su preámbulo, donde se explica que en la práctica supone una limitación al 2%, que es el objetivo a medio plazo de la inflación anual del Banco Central Europeo.

En otras palabras, la actualización de la renta en los arrendamientos de vivienda conforme al IGC supone su limitación al 2%, aunque el IGC sea superior (de hecho, en el periodo de noviembre 2021 a noviembre de 2022 se situó en el 8,17% según el INE). Con posterioridad, el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, ha mantenido la misma limitación del 2% para los contratos cuyas rentas hayan de actualizarse hasta el día 31 de diciembre

de 2022. Y lo mismo el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, que la mantiene hasta el 30 de junio de 2023. Lo mismo ha sido reiterado por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas, cuya disposición adicional sexta señala la misma fecha.

Sin embargo y como puede comprobarse, la intervención pública estatal en el mercado arrendaticio a consecuencia de la guerra de Ucrania tampoco en este caso tiene como objetivo fomentar la disponibilidad de vivienda residencial a precios asequibles o intervenir el mercado con esta finalidad. La pretensión de estas normas es mucho más modesta y se trata simplemente de limitar la actualización de la renta sobre vivienda habitual conforme a las previsiones del contrato porque el índice generalmente pactado (el IPC) ha alcanzado unas cifras desconocidas en los últimos 35 años y que responden a un contexto económico actual ajeno al mercado de la vivienda. En esta situación, el Estado interviene para proteger a los actuales inquilinos de vivienda habitual, no para fomentar el acceso a la vivienda en general.

En conclusión, ni a través de la llamada "normativa COVID-19", ni a través de la legislación aprobada para paliar los efectos de la guerra de Ucrania, se ha producido una intervención legislativa estatal en el mercado de la vivienda con la finalidad específica de garantizar el acceso a una vivienda digna por parte de los ciudadanos y luchar contra la escasez de vivienda disponible, limitando para ello las facultades de uso y disfrute de los propietarios. No existe hasta la fecha, por tanto, una legislación estatal parangonable con la aprobada por diversas CCAA y que, como ya ha sido explicado, ha sido declarada inconstitucional en buena medida.

Muy al contrario, las dos principales medidas adoptadas por el Estado (prórroga obligatoria del contrato y limitación de la actualización de la renta) parecen haber tenido un efecto distorsionador del mercado no esperado. Por un lado, los propietarios que ofrecen nuevos contratos de arrendamiento se blindan ante estas medidas a través de varias vías: subiendo extraordinariamente la renta inicial que les compense de futuras limitaciones de su actualización conforme al IPC, exigiendo a los nuevos inquilinos asumir ciertos costes (IBI, seguros, gastos de comunidad) o derivando la vivienda hacia otras opciones no afectadas por estas medidas. En este último sentido debe señalarse el incremento exponencial del alquiler por habitaciones que se está produciendo en la actualidad o el crecimiento

constante del alquiler turístico[21].Incluso parece que los propietarios también están retirando del mercado arrendaticio viviendas por estos motivos.

Al final, la consecuencia es que las medidas gubernamentales terminan por restringir la oferta y tensionara un más el mercado del alquiler residencial y con ello se dificulta más si cabe el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna en la que residir, que es la situación en la que nos encontramos ahora mismo en España.

No obstante lo anterior, la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (publicada en el BOE n.º 124 de 25 de mayo, entró en vigor al día siguiente) ha incorporado importantes y novedosas medidas que son defendidas como idóneas para garantizar el acceso a una vivienda digna. Esta iniciativa legislativa había estado paralizada por desavenencias entre los grupos políticos impulsores, pero recientemente se había anunciado un acuerdo político al respecto, que ha desembocado finalmente en su aprobación. Algunas de estas medidas van en la línea de las previamente aprobadas por las CCAA y declaradas en buena parte inconstitucionales, aunque no se llega ni mucho menos a la intensidad de las medidas autonómicas, pero ahora es el Estado quien impulsa su implantación.

Entre estas medidas, cabe destacar algunas como:

a) Se limita el precio del alquiler y su actualización en todas las viviendas residenciales en áreas de mercado tensionado, tanto para los nuevos alquileres como para los vigentes, aunque parece que los topes variarán dependiendo del tipo de contrato y de quién sea el propietario, gran tenedor o pequeño propietario, (disposición final primera, que modifica el art. 17 LAU).

Aparte de las zonas tensionadas, la actualización de la renta se limita con carácter general y en función de determinadas circunstancias al 3% en 2024 y se prevé la creación futura de un nuevo índice de referencia para su aplicación a partir de 2025, excluyendo en todo caso al IPC como índice aplicable (disposición adicional sexta).

b) Se establece la posibilidad de que en áreas de mercado residencial tensionado el concepto de "gran tenedor" incluya a los titulares de, al menos, cinco viviendas ("inmuebles urbanos de uso residencial"). En las demás áreas se mantiene en más de diez (art. 3k).

21 Resultan habituales noticias como la publicada en La Vanguardia el día 11 de febrero de 2023 bajo el título "El alquiler por habitaciones, un coladero en tiempo de crisis", donde se deba cuenta del frecuente uso de este tipo de alquiler para sortear las medidas del Gobierno, entre otros motivos (https://www.lavanguardia.com/vida/20230211/8749704/alquiler-habitaciones-coladero-crisis.html).
En esta publicación se da cuenta de los siguientes datos sobre el alquiler de habitaciones: "compartir una vivienda en España cuesta de media 440 euros al mes, es decir, un 15,8% más que hace 5 años (desde 2017) y un 66% más respecto a hace 7 años (2015), según el estudio de «Viviendas compartidas en España en 2022» basado en los precios de la vivienda en alquiler de los últimos siete años del Índice Inmobiliario Fotocasa".

c) Se facilita que la administración autonómica o local pueda declarar una zona de mercado como tensionada a través de la relajación de los requisitos exigidos inicialmente en el proyecto (art. 18). Esta declaración abre las puertas a la puesta en marcha por parte de la Administración competente de un plan específico con las medidas necesarias para la corrección de los desequilibrios evidenciados y un calendario de actuaciones, aunque no se concretan tales medidas (art. 18.4).

d) Se limita en cierta manera la posibilidad de que el arrendador pueda atribuir al inquilino algunos gastos que, en principio, serían de su cuenta (comunidad, basura, IBI, seguros), pero que podría utilizar como vía indirecta para lograr una mayor actualización de la renta, salvo que ello estuviere previamente pactado. Por ello se exige que "este pacto deberá constar por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato" (disposición final primera cuatro, que modifica el art. 20 LAU).

e) Se establece imperativamente que "los gastos de gestión inmobiliaria y los de formalización del contrato serán a cargo del arrendador" (modificación del art. 20 LAU).

Llama especialmente la atención la relajación de las condiciones exigidas para que una zona pueda ser declarada como tensionada por un ayuntamiento o una CCAA, pues tras la nueva Ley 12/2023, ahora bastará con cumplir alguna de las dos siguientes (antes eran acumulativas): primera, que la carga media del coste de la cuota hipotecaria o de la renta del alquiler más los gastos y suministros básicos supere el 30% de la renta media de los hogares; o segunda, que el precio de compra o alquiler de la vivienda haya aumentado al menos tres puntos (inicialmente eran cinco) por encima del IPC de la comunidad autónoma en los cinco años anteriores a la declaración de área tensionada (art. 18.3). Esta declaración tendrá una duración de tres años prorrogables, pero también se ha previsto la posibilidad de revisar estos criterios en el futuro (disposición adicional tercera).

Los expertos se han apresurado a hacer público que el primer parámetro ya se cumple en 28 capitales de provincia, que aglutina a la población de más de media España (en gran parte ello se debe al incremento de las cuotas hipotecarias causado por la subida de los tipos de interés). También avisan de que estas nuevas medidas, si se implantan finalmente, conseguirán el efecto contrario al buscado: disminuir la oferta de alquiler residencial y tensionar aun más el mercado.

Aparte de ello, se prohíben también los desahucios sin fecha y hora predeterminada (disposición final quinta, que modifica el art. 440 LEC), así como se han incluido nuevas prórrogas en los procesos de lanzamiento, calculándose por los expertos que estos se aplazarán más de dos años. Finalmente, también se prevé una nueva prórroga extraordinaria del alquiler durante un año para inquilinos en

situación de vulnerabilidad social o económica (disposición final primera uno, que modifica el art. 10.2 LAU).

Está por ver el impacto de estas nuevas medidas cuando todas ellas sean implantadas (sobre todo las aplicables a las zonas de mercado tensionado), pues algunas requerirán su tiempo. Sin embargo y como puede observarse, parece haberse dejado de nuevo a la iniciativa de las CCAA otras medidas que habían sido más polémicas, sobre todo la relacionadas con las viviendas desocupadas o deshabitadas (expropiación de uso, arrendamiento forzoso, obligación de ofrecerlas en alquiler social, sanciones, etc).

4. Otra vía de intervención pública: los límites a las viviendas turísticas por parte de las Administraciones Públicas.

A) Crítica a la afección exclusiva al uso turístico, con exclusión del uso residencial, de la normativa autonómica sobre viviendas de uso turístico.

Junto con el desarrollo de las competencias propias en materia de "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda" (art. 148.1.3.ª CE)para la lucha contra la escasez de vivienda disponible en alquiler, las CCAA cuentan con otra importante vía para la consecución del mismo objetivo: la competencia exclusiva en materia de "promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial" (art. 148.1.18.ª CE). En este caso y con el objetivo, entre otros, de aumentar el número de viviendas ofertadas en régimen de alquiler residencial o permanente, se ha intentado poner en marcha medidas para restringir o limitar el número de viviendas turísticas (generalmente denominadas "viviendas de uso turístico" o VUT). Lógicamente, estas medidas están pensadas para ser aplicadas sobre todo en las llamadas zonas tensionadas del mercado del alquiler.

Tomaremos como punto de referencia la reciente legislación andaluza en materia de viviendas turísticas. En abril de 2022 se sometió al trámite de audiencia a distintas entidades un nuevo proyecto de decreto de establecimientos de apartamentos turísticos y de las viviendas con fines turísticos en Andalucía (proyecto de 2022 en adelante). Unos días después, en el BOJA núm. 73 de 19 de abril, se publicó la Resolución de la Dirección General de Calidad, Innovación y Fomento del Turismo de la Consejería competente en materia de Turismo de dicha Comunidad, que lo sometía a información pública.

Sin embargo, en ese mismo año se celebraron en Andalucía unas elecciones autonómicas que derivaron en una mayoría absoluta del Partido Popular y un cambio en la consejería competente en materia de Turismo, que ha pasado de estar en manos del Partido Ciudadanos al Partido Popular. Esto ha propiciado que el anterior proyecto de decreto haya sido sustituido por uno nuevo que

finalmente ha sido sometido a información pública mediante la Resolución de 30 de mayo de 2023, publicada en el BOJA n.º 104 de 2 de junio. En este caso, el proyecto de decreto es simplemente una modificación de la normativa previa en materia de viviendas con fines turísticos (ahora denominadas "viviendas de uso turístico", adoptando la terminología usual) y en materia de apartamentos turísticos (proyecto de 2023 en adelante).

Un punto que generó la crítica del sector de las VUT fue el hecho de que el proyecto de 2022 limitaba de forma absoluta a dos el número de viviendas que cada persona que no fuera una empresa gestora podía destinar a la explotación turística en Andalucía, tanto si la explotación la realizaba él directamente, como si lo hacía a través de un tercero (así, a través de esta empresa explotadora). El proyecto de 2023 mantiene esta limitación, aunque ahora la circunscribe a "dos viviendas de uso turístico por provincia".

La justificación de tal norma parece estar en la intención del legislador autonómico de incrementar el número de viviendas disponibles para el llamado alquiler residencial o alquiler de vivienda habitual. En el fondo, supone culpabilizar a las viviendas turísticas de la escasez de vivienda disponible para aquella finalidad.

Sin embargo y aunque este otro aspecto no ha tenido especial trascendencia pública, creemos importante destacar otra importante novedad del proyecto de 2022, que hay que celebrar haya desaparecido totalmente en el proyecto de 2023, pero que creemos de gran interés destacar aquí. Se trata de la afección al uso turístico de las viviendas de uso turístico, en los términos que establecía el art. 5 del proyecto de 2022:

Artículo 5. Uso turístico.

"Las unidades de alojamiento integrantes de los establecimientos de apartamentos turísticos y las viviendas con fines turísticos están afectas a la prestación del servicio de alojamiento turístico, constituyendo tal afección un presupuesto para el ejercicio de la actividad, quedando prohibido durante el ejercicio de la misma destinar aquéllas a un uso distinto, como el residencial, bajo cualquier título y, expresamente, a la actividad de arrendamiento de vivienda.

En las viviendas con fines turísticos del grupo por habitaciones, la afección al servicio de alojamiento turístico se limitará a las habitaciones declaradas al Registro de Turismo de Andalucía".

Esta afección al uso turístico parece derivar del principio de la "unidad de explotación", que ya estaba establecida para los apartamentos turísticos (por supuesto también para los establecimientos hoteleros) en el art. 5 del Decreto

194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos de Andalucía. Esta norma exige que la explotación de los apartamentos turísticos (se exigen tres o más unidades de alojamiento para ser calificados como tales) se realice por un único titular y quedarán afectos al uso turístico, con prohibición expresa de cualquier otro, como se encarga de explicar el apartado 3 de aquella norma[22].Todo ello deriva, a su vez, del mismo principio establecido en el art. 41 de la Ley 13/2011, de 23 de diciembre, de Turismo de Andalucía[23].

La novedad estaba en la aplicación de este principio de unidad de explotación y sus consecuencias también a las viviendas turísticas. Esto parecía responder a un movimiento "en cascada": desde los establecimientos hoteleros a los establecimientos de apartamentos turísticos, y de estos a las viviendas turísticas. La consecuencia de todo ello era la prohibición de que una VUT pudiera ser destinada en Andalucía a uso residencial, fuera a través de un arrendamiento de temporada o lo fuera a través de un arrendamiento para uso de vivienda habitual en el sentido de la LAU. Se prohibía, por tanto, una complementariedad de usos[24].

La norma podía tener sentido para los establecimientos hoteleros, pues su uso propio y natural es el turístico entendido en sentido amplio, de manera que es complicado pensar en un uso residencial, ni siquiera de temporada, aunque lo cierto es que durante la pandemia del COVID-19 incluso se han permitido arrendamientos de temporada en hoteles. Pero entendemos que no tenía sentido en el caso de las VUT hablar de unidad de explotación, y consecuentemente, imponer una afección exclusiva al uso turístico.

Por el contrario, lo lógico sería que, una vez obtenida la autorización (a través de una declaración responsable) para explotar una VUT, el propietario o cedente quedara automáticamente autorizado a realizar un uso residencial de la misma, tanto de temporada como incluso de vivienda habitual o por habitaciones. Lógicamente, no sería posible lo contrario.

22 "3. La afectación de la unidad de alojamiento a un uso no permitido por la legislación aplicable supondrá, con independencia de lo establecido en el apartado anterior, la aplicación de los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística y sancionador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre".

23 "Artículo 41. Principio de unidad de explotación

1. Los establecimientos de alojamiento turístico serán gestionados bajo el principio de unidad de explotación, correspondiéndole su administración a una única persona titular, sobre la que recae la responsabilidad administrativa derivada de su funcionamiento.

2. La unidad de explotación supone la afectación a la prestación del servicio de alojamiento turístico de la totalidad de las unidades de alojamiento integrantes de la edificación, o parte independiente y homogénea de la misma, ocupada por cada establecimiento, siendo ejercida la gestión del conjunto por una única empresa titular".

24 Arana García, E.: "La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias", *REALA*, 2018, núm. 10, pp. 10 y ss. (DOI: 10.24965/reala.v0i10.10545), pone de relieve las ventajas de la complementariedad de usos (residencial y terciario-turístico), como es la diversidad y la flexibilidad necesarias en las ciudades.

Esto es así porque un propietario no necesita autorización alguna para explotar con una finalidad residencial su vivienda a través de un contrato de arrendamiento, y el hecho de que exista una autorización para llevar a cabo un uso turístico no debería cambiar esta situación. Lógicamente y cuando se ceda en alquiler una vivienda completa, no sería posible realizar simultáneamente en la misma un uso turístico y un uso residencial, pero nada debería impedir los usos sucesivos, pero excluyentes unos de otros. Y no encontramos razones para defender otra cosa también en el caso de la cesión de habitaciones.

No está claro cuál era el objetivo de una previsión como la establecida en el art. 5 del proyecto de 2022. Pudiera pensarse que iría en consonancia con el objetivo de restringir o desincentivar el alta de viviendas para su explotación como VUT, pues una vez realizada la declaración responsable e inscritas en el registro correspondiente, al cedente le queda prohibida su explotación como uso residencial, que es lo que parecía querer potenciarse.

Pero si la finalidad fuera justamente esta, la norma parecía más bien encaminada a la obtención del resultado exactamente contrario: el registro de la vivienda como VUT resultaba incompatible con su destino residencial mientras se mantuviera como tal VUT. Lo lógico hubiera sido, como venimos manteniendo, establecer la compatibilidad entre el uso turístico y un uso residencial, de manera que quedara siempre la puerta abierta a los propietarios/cedentes para destinar la vivienda a un uso residencial y luchar así contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento (de temporada o de vivienda habitual).

De esta manera, una vivienda que contara con autorización para ser destinada a VUT podría, sin más requisitos, ser destinada a un uso residencial, pero una vivienda destinada a un uso residencial no podría ser destinada a un uso turístico si no cuenta con la debida inscripción en el registro correspondiente. Esta situación introduciría la flexibilidad necesaria para contribuir a luchar contra la escasez de viviendas en régimen de arrendamiento tradicional.

En consecuencia, la finalidad no parecía otra que limitar de forma absoluta la explotación de VUT, pues los dos límites que se han descrito eran complementarios: dada de alta una vivienda como VUT, esta quedaría afecta a la finalidad turística (principio de unidad de explotación) y cada propietario solo podría poner en explotación turística dos viviendas como máximo (y solo podrá ser titular de dos viviendas para este fin), fuera cual fuera el título jurídico que le habilitara para ello.

Debe celebrarse, por tanto, la desaparición de este art. 5 en el nuevo proyecto de 2023, que sigue manteniendo la definición de VUT en los términos de la regulación actual, que la entiende incluida en el uso residencial: "Se entiende por viviendas de uso turístico aquellas *ubicadas en inmuebles situados en suelo de uso*

residencial donde se vaya a ofrecer mediante precio el servicio de alojamiento en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de forma habitual y con fines turísticos" (art. 3.1 subrayado nuestro).

De lo contrario, ello hubiera obligado a los propietarios/cedentes a tener que realizar un cambio de uso (bajas y altas) de forma continuada en el tiempo, de manera que para un simple contrato de arrendamiento de temporada por más de dos meses continuados hubieran necesitado dar de baja su vivienda de uso turístico, y volver a darla de alta otra vez por el mismo procedimiento y acompañando la misma documentación, como hicieron en su momento.

Además, la complejidad burocrática para realizar este tipo de cambios, que no se ha previsto y que seguiría la vía habitual de altas/bajas, desincentivaría al propietario que ya tiene de alta su vivienda como turística a destinarla a un uso residencial, produciendo unos efectos contrarios a los pretendidos por el legislador autonómico del proyecto de 2022.

Por otra parte, la antigua opción del legislador autonómico andaluz por la incompatibilidad de usos que acaba de exponerse daría la espalda totalmente a una realidad social que es muy variada y que demuestra los beneficios de la compatibilidad de usos (turístico y residencial) de las viviendas catalogadas como turísticas. Y es que resulta sobradamente conocida la práctica habitual en muchos destinos turísticos españoles, sobre todo en áreas costeras, consistentes en ofrecer una vivienda en arrendamiento denominado "de larga temporada" durante 9-10 meses al año, mientras que se destina a un uso turístico durante la temporada alta, que normalmente coincide con los meses veraniegos de julio-agosto, y en ocasiones, también septiembre.

Es muy frecuente ofertar un arrendamiento de septiembre/octubre a junio, durante el periodo de temporada baja a un precio bastante asequible, mientras que en los meses de temporada alta es explotado como vivienda turística. Los inquilinos de larga temporada suelen ser estudiantes o trabajadores que pueden estar interesados en alquilar durante esos meses a un precio razonable, pero que no están interesados en ocupar esas viviendas durante la temporada alta y pagar los precios exigidos entonces. Por su parte, los propietarios obtienen de esta manera unos ingresos razonables en temporada baja.

Se trata de un producto mixto complementario del alquiler turístico y del alquiler residencial, bastante frecuente, y que si no cambia la regulación autonómica andaluza proyecta, se encontrará en un limbo jurídico. La rigidez normativa y el excesivo intervencionismo público puede resultar contraproducente y puede terminar provocando el efecto diametralmente opuesto al perseguido: reducir aun más la oferta de vivienda disponible para uso residencial.

Suele tratarse con frecuencia de edificaciones destinadas de forma mayoritaria a segundas residencias con una finalidad claramente vacacional. En ellas, es posible que algunos propietarios habiten durante todo el año en sus viviendas, pero la mayoría de ellos únicamente hacen uso de las mismas durante un periodo muy concreto de tiempo que hacen coincidir con sus vacaciones. Es lo que ocurre, por ejemplo, en zonas de la Costa del Sol, donde en los meses de verano (y algunos fines de semana u otros periodos muy señalados) este tipo de viviendas son ocupadas por sus propietarios como segundas residencias, pero el resto del año permanecen vacías o son alquiladas a inquilinos de larga temporada.

En estos casos también es frecuente que una parte de la temporada veraniega, que no es ocupada por sus propietarios, la vivienda sea cedida a terceros como vivienda de uso turístico. Incluso para algunos propietarios la adquisición de dichos inmuebles responde a una finalidad claramente inversora destinada al alquiler, combinando en el tiempo el alquiler de larga y/o corta duración.

En este tipo de viviendas no tiene sentido prohibir un uso residencial por el hecho de que hayan sido declaradas como VUT, pues dicha prohibición produciría exactamente el efecto contrario al deseado. Esto es así porque los propietarios no estarán en absoluto interesados en desprenderse del uso de sus viviendas durante el año completo, ya que ello impediría su disfrute durante la temporada de vacaciones, que es precisamente el fin básico de la adquisición habitualmente. Así, las cosas, la regulación mencionada produciría como efecto la disminución del número de viviendas disponibles para el alquiler de larga duración.

Además, en este tipo de viviendas destinadas básicamente a segunda residencia, no suelen producirse conflictos entre propietarios residentes y usuarios de VUT, porque generalmente el uso que dan unos y otros a la vivienda suele ser similar.

Quede claro como conclusión que una prohibición o limitación generalizada a toda una Comunidad Autónoma carece del más mínimo sentido.

B) Los instrumentos de planeamiento urbanístico como vía para incrementar la oferta de vivienda residencial limitando la vivienda turística.

A diferencia de lo que ocurría, como se ha comprobado, con el proyecto de decreto andaluz de 2022 sobre las VUT, no es frecuente que en la legislación autonómica turística se establezca una incompatibilidad de usos entre uso turístico y uso residencial. Esta distinción generalmente se encuentra en las normas autonómicas de planeamiento, o a nivel municipal, en los planes generales de ordenación municipal o en los planes de ordenación urbana, donde se establecerán de forma detallada los usos mediante la técnica de la zonificación.

Perfectamente, la Comunidad Andaluza podía realizar esta concreción a través de un reglamento de zonificación, como han hecho otras CCAA. Incluso sería hasta razonable que fueran las CCAA a través de normas con rango de ley quienes llevaran a cabo esta regulación dado que estas decisiones restringen derechos fundamentales y deben adoptarse de la forma más transparente y garantista posible para los ciudadanos[25].

El problema es que el proyecto de decreto de 2022 realizaba una adjudicación de usos y un régimen de afección al margen de las normas urbanísticas y de planeamiento sobre clasificación y calificación de los suelos. Así, adjudicaba a todas las VUT situadas en Andalucía un uso turístico y no residencial y declaraba incompatible en una misma vivienda uno y otro uso, sin tener en cuenta los instrumentos de ordenación urbanística.

Por ejemplo, en el actual Plan de Ordenación Urbanística de la ciudad de Málaga de 2011, la explotación de una vivienda como vivienda turística es considerado un uso residencial, pues la calificación de uso "turístico" se refiere exclusivamente al uso "hotelero". Lo que queremos decir es que una norma como el art. 5 del proyecto de decreto andaluz de 2022, antes referido, no podía servir para modificar todos los planes de ordenación urbanística de Andalucía y adjudicar a todas las VUT ubicadas en dicha Comunidad un uso turístico ignorando la regulación establecida en cada uno de estos planes.

Son las normas de planeamiento urbanístico quienes realizan la clasificación y calificación de los suelos y adjudican los usos que corresponden a cada zona y la compatibilidad o incompatibilidad entre ellos, no una norma general de ordenación de los alojamientos turísticos. Esta norma no puede decidir que la explotación de una vivienda turística constituye un uso turístico (y no residencial), y a partir de ahí, establecer prohibiciones e incompatibilidades de uso de una forma generalizada a una Comunidad Autónoma.

Por esta razón, los ayuntamientos han recurrido a su planeamiento urbanístico cuando han querido adjudicar a las VUT un uso turístico (terciario o de equipamiento) y declararlo incompatible con el uso residencial. Doménech Pascual identifica en este sentido dos tipos de reglas de incompatibilidad: unas reglas de "incompatibilidad horizontal", que prohíben o limitan el uso turístico de vivienda en determinadas zonas del municipio, particularmente en aquellas destinadas al uso residencial, y unas reglas de "incompatibilidad vertical", que limitan la coexistencia en un mismo edificio del uso residencial y el turístico, aunque a veces ambos

25 Arana García, E.: "La intervención", cit., pp. 13-14.

tipos de incompatibilidad se combinan entre sí. Ello da lugar a diversos tipos de restricciones y prohibiciones[26].

Debe añadirse que, en general, este tipo de decisiones se han venido fundamentando en razones de diversa índole relacionadas con las VUT. Siguiendo los modelos regulatorios de las ciudades de Madrid y Barcelona, Román Márquez concreta los objetivos pretendidos en tres categorías: a) la búsqueda de un uso equilibrado del suelo; b) la reducción de externalidades negativas (básicamente, evitar la degradación del entorno urbano y evitar problemas de ruidos y convivencia entre turistas y residentes); y c) la promoción del derecho a una vivienda digna[27].

Pero en este caso, tales decisiones de los ayuntamientos han sido con frecuencia recurridas ante los tribunales y estos han tenido que pronunciarse sobre diversas cuestiones planteadas en los recursos. En estos momentos nos centraremos básicamente en la admisibilidad de estas decisiones desde la óptica de la libertad de empresa y la libre prestación de servicios amparadas en las normativas europea y española sobre unidad de mercado.

En este sentido, en el caso resuelto por la STS 19 noviembre 2020 (RAJ 2020, 344337)[28], la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia había impugnado el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao, adoptado en su sesión de 25 de enero de 2018, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva de la modificación pormenorizada del PGOU de Bilbao, en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. Mediante este acuerdo, esta normativa urbanística había incluido el "uso de alojamiento turístico" dentro del "uso de equipamiento" y no como "uso residencial" y lo había sometido a importantes restricciones en cuanto a las plantas permitidas para su ubicación y los accesos a las viviendas de uso turístico (VUT). Por ello, la entidad recurrente consideraba que se habían establecido barreras de entrada desproporcionadas e innecesarias al mercado del alojamiento turístico afectando a la libertad de empresa y libre prestación de servicios por parte de los operadores/propietarios, entre otros motivos del recurso.

26 Doménech Pascual, G.: "La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico", *Anuario de Derecho Municipal*, 2017, núm. 11, pp. 57-58.

27 Román Márquez, A.: "Planificación urbanística del urbanismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona", *REALA*, 2018, núm. 10, p. 29. La expresión "externalidades negativas" procede de Doménech Pascual, G.: "La regulación", cit., pp. 57 y ss.
Por ejemplo y respecto a la ciudad de Madrid, resulta de interés el análisis del proceso de turistificación de los distintos barrios de esta ciudad durante los años 2018-2019, a partir de los datos de alquiler suministrados por la plataforma Airbnb, que pueden actuar como una especie de "alerta temprana" de posibles problemas: Cerdá Mansilla, E./ Rubio, N./ García Henche, B./ Campos, S.: "Airbnb y la turistificación de los barrios en las ciudades: un análisis de segmentación por barrios del alojamiento extrahotelero en Madrid", *Investigaciones Turísticas*, 2002, núm. 23, pp. 210-238 (https://doi.org/10.14198/INTURI2022.23.10).

28 Analiza esta sentencia Aguirre I Font, J. M.: "La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo", *REALA*, 2021, núm. 15, pp. 36-37 (DOI: https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916).

Sin embargo, el TSJ del País Vasco desestimó este recurso y avaló la inclusión de las VUT dentro de la definición de uso equipamental del PGOU en contraposición al uso residencial. Asimismo, justificó las restricciones impuestas sobre la base de la protección del derecho a una vivienda digna (art. 47 CE) y del medio urbano, entendiendo necesarias, proporcionales y justificadas estas medidas conforme a la memoria que acompañaba al PGOU[29]:

Por su parte, el TS también considera ajustada al principio de necesidad y proporcionalidad la intervención del Ayuntamiento de Bilbao a través del planeamiento urbanístico para promover el acceso de los ciudadanos a una vivienda a través del arrendamiento de larga duración como razón imperiosa de interés general y estableciendo para ello ciertas restricciones de uso a la explotación de las viviendas como turísticas. Analizada su jurisprudencia anterior y las importantes decisiones relativas a esta cuestión adoptadas por el TJUE, llega a la conclusión de que, en definitiva, se trata de medidas enfocadas a la lucha contra la escasez de vivienda disponible y dirigida a la protección del constitucional "derecho a la vivienda".

En ese punto, debe resaltarse la influencia que parece haber tenido la STJUE 22 septiembre 2020 (Gran Sala, ECLI:EU:C:2020:743), dictada en los Asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18 (*Cali Apartments SCI y HX y le Procureur général près la cour d'appel de Paris y la Ville de Paris*), y que es citada por la propia STS 19 noviembre 2020. La cuestión está precisamente en determinar si la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al alquiler de larga duración puede ser una "razón imperiosa de interés general" que permita la intervención del mercado del alquiler turístico. En este caso y como ha resaltado Macho Carro, que ha estudiado con

29 Así lo afirmó el TSJ del País Vasco:
"29. Siendo ello así, y puesto que el uso de las VUT puede sustraer del parque residencial previsto por el planificador para dar satisfacción al derecho a la vivienda de los ciudadanos, un número indeterminado de viviendas para destinarlas al alojamiento turístico, uso completamente ajeno al residencial, no cabe desconocer que el planificador se halla legitimado e incluso obligado a promover la ordenación urbanística necesaria que concilie la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico, sin que resulte razonable la alternativa de dejar en manos del mercado la decisión al libre albedrío de los propietarios de las viviendas, puesto que ello puede poner en peligro el derecho a la vivienda de los ciudadanos, ya sea por la insuficiencia del parque residencial resultante, por el encarecimiento de los arrendamientos con una finalidad residencial.
30. Además, tal y como alega el Ayuntamiento de Bilbao, concurre otra importante razón para regular la implantación del uso de las VUT, cual es la de protección del medio urbano. No cabe desconocer que el planificador ha de calificar el suelo necesario para satisfacer el derecho a la vivienda, y lo ha de hacer dando cumplimiento simultáneo a la red dotacional de sistemas generales y locales exigida por los arts. 54 y 57 de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), en la proporción establecida por el Decreto 123/2012, de 3 de julio, de estándares urbanísticos, ordenación que puede verse alterada y resultar incongruente, si el destino al uso de VUT se deja en manos del mercado, puesto que ello puede suponer el indeseable efecto de su concentración en ámbitos más propicios para la satisfacción del interés de los turistas con desplazamiento de la población residente".
Resalta Arana García, E.: "La intervención", cit., p. 18, la importancia de una completa motivación que justifique estas medidas o restricciones: "Pero, en cualquier caso, lo que se considera imprescindible, como en cualquier potestad discrecional, es que esta decisión venga avalada por una completa motivación que justifique el porqué de estas medidas limitadoras del ejercicio de derechos económicos tan importantes como la libertad de establecimiento o la libertad de empresa".

detenimiento esta sentencia, el TJUE deja un amplio margen de maniobra a los Estados, y muy especialmente, a las autoridades municipales[30].

En este caso, el Ayuntamiento de una concreta ciudad como es Bilbao introduce restricciones de acceso al mercado de las VUT sobre una base argumentativa y documental que sirve para sostener su decisión en un determinado territorio. Pero esto no es lo que ocurría en el caso del art. 5 del proyecto de decreto de regulación de las VUT de 2022, que generalizaba para todos los municipios y territorios de la Comunidad Andaluza unas restricciones de uso y explotación a todas las viviendas turísticas situadas en su territorio. No se realizaba ningún juicio de necesidad y proporcionalidad de tales medidas sobre la libertad de empresa y de libre prestación de servicios, ni tampoco sobre su afectación a las facultades de uso y disfrute de los propietarios, sino que, a partir de una genérica alusión a la lucha contra la "escasez de vivienda", se establecían restricciones generalizadas e injustificadas a toda Andalucía.

No se justificaba ninguna "razón imperiosa de interés general" a que alude el art. 3.11 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, al que se remite el artículo 5.1 (principio de necesidad y proporcionalidad) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Esto es lo que no puede sostenerse en ningún caso y es lo que justamente hacía este proyecto de decreto en la versión de 2022.

El proyecto de decreto andaluz de 2023 ha corregido esta situación y ahora esta tarea es lógicamente encomendada a los ayuntamientos (bajo el control de la Administración autonómica sectorial) conforme al art. 2.2 del mismo: "Las viviendas de uso turístico se someterán igualmente a la normativa sectorial que, en su caso, le sea de aplicación. En este sentido, los ayuntamientos, por razón imperiosa de interés general, podrán establecer limitaciones proporcionadas a dicha razón, en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico, por edificio o sector".

30 Macho Carro, A.: "Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia Cali apartments y su recepción en España", *Revista de Estudios Europeos*, 2022, núm. 79, p. 679: "Sea como fuere, lo cierto es que la sentencia Cali viene a dejar un amplio margen de maniobra a los Estados miembros en general, y a las autoridades municipales en particular, para que, en el marco de sus políticas de vivienda, puedan contrarrestar los efectos de determinadas actividades comerciales sobre la oferta de vivienda en alquiler y, por tanto, sobre el derecho de acceso a una vivienda adecuada. Incluso aunque las medidas adoptadas para hacerlo constituyan una clara e intensa restricción a la libre prestación de servicios dentro del mercado interior de la UE. (…) Como se verá a continuación, esta doctrina ha sido ya recogida por nuestro Tribunal Supremo, y utilizada para amparar las limitaciones impuestas por las entidades locales españolas a la proliferación de viviendas de uso turístico". Sobre esta sentencia, *vid.* también Aguirre I Font, J. M.: "La regulación", cit., pp. 28-29; Hatzopoulos, V.: "Disarming Airbnb-Dismantling the Services Directive? Cali Aparments", *Common Market Law Review*, 2021, núm. 58-3, pp. 905-928.

En la misma línea, la propia STS antes aludida hace referencia a la también STS 12 diciembre 2018 (RAJ 2018, 5689) en relación al art. 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de Canarias (también afecta a otras posteriores sobre la misma cuestión). Esta norma había excluido de su ámbito de aplicación (y excluido, por tanto) la oferta de VUT en zonas turísticas y en aquellas donde existiera un uso mixto, que eran las zonas donde se ubicaban básicamente las viviendas turísticas.

En este caso, el TS confirmó la sentencia del TSJ de Canarias que había anulado dichas restricciones al ejercicio de esta actividad económica porque no estaban previstas en la Ley de turismo de Canarias y carecían, por tanto, de cobertura legal. Además y en todo caso, tales restricciones no se ajustaban a razones imperiosas de interés general ni se había realizado un juicio de necesidad y proporcionalidad que las justificara.

De hecho, el TSJ de Canarias había llegado a la conclusión de que: "la única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios", es decir, que se trataba de una razón de tipo económico como era que las viviendas turísticas no compitieran con el resto de establecimientos turísticos hoteleros o extrahoteleros, como puso de manifiesto el propio TS.

En sentido similar al caso del PGOU de Bilbao, puede citarse también el Plan especial urbanístico para la regulación de las viviendas de uso turístico en la ciudad de Barcelona (plan especial de usos), aprobado en el Pleno del día 27 de enero de 2017, que fue impugnado y dio lugar, entre otras, a la STS 26 enero 2021 (RAJ 2021, 145). De nuevo, se trataba de precisar en qué medida los instrumentos de planeamiento urbanístico pueden regular las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de explotación de VUT en el sentido de limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de esta actividad, y la incidencia que ello puede tener en la libre prestación de servicios.

En este caso se imponían importantes restricciones y prohibiciones para el destino de la vivienda a la finalidad de alojamiento turístico según las zonas y que afectaban especialmente al distrito de Ciutat Vella. Por ejemplo, se impuso un número máximo de VUT, de forma que era necesario que se diera una baja de licencia para que pudiera darse de alta otra (autorización previa), o se estableció la obligación de que todas las VUT se situaran en lo sucesivo en un edificio completo

no destinado a uso residencial y que las existentes en edificios no completos se extinguieran a los seis años de la entrada en vigor del Plan[31].

El TSJ de Cataluña había estimado parcialmente el recurso interpuesto por dos particulares y había anulado varios artículos de este Plan especial, pero había mantenido el resto, de manera que los recurrentes acudieron a casación por entender que el Plan era contrario a diversos preceptos de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que la había transpuesto parcialmente.

El TSJ había entendido que se estaba básicamente ante una materia (ordenación del territorio y urbanismo) que quedaba fuera del ámbito de aplicación de la normativa antes citada porque no afectaba al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. En cualquier caso, consideraba que nos hallaríamos en presencia de "razones imperiosas de interés general" admitidas por la Directiva de servicios, en cuanto la normativa impugnada respondería a un modelo urbanístico que persigue un desarrollo urbanístico sostenible en un territorio concreto, de manera que exista en el mismo una densidad máxima de ciertas actividades de servicios.

Por su parte, el TS sí entiende aplicable la Directiva de servicios y la regulación de transposición a la normativa, como la impugnada, en cuanto establece las condiciones de acceso específicas a la actividad de servicios consistente en el arrendamiento de VUT, siguiendo en este punto lo establecido con anterioridad en su ya analizada STS 19 noviembre 2020.

A partir de aquí, el TS también considera que se ha realizado un "adecuado ejercicio por el planificador de la potestad de ordenación urbanística, enraizada en el principio de desarrollo sostenible y debidamente justificada en la protección del derecho a la vivienda y del entorno urbano", de manera que se ha buscado un equilibrio razonable entre, por un lado, el derecho a la vivienda digna y la protección de un entorno urbano de calidad, y por otro, el ejercicio de una actividad económica de explotación de viviendas para alquiler "de paso" (VUT). En definitiva, se trata de "razones imperiosas de interés general" a que alude la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva de servicios, que han quedado debidamente justificadas en la Memoria que acompaña al Plan especial y

31 En realidad, la "cruzada" del Ayuntamiento de Barcelona contra las viviendas de uso turístico se ha alargado desde 2010 durante más de una década a través de diversos planes especiales, como relata ampliamente Aguirre I Font, J. M.: "La regulación", cit., pp. 31-36. En muchos casos el TSJ de Cataluña ha terminado dejando sin efectos muchas de las medidas aprobadas por el Ayuntamiento para limitar las viviendas turísticas: "Las lecciones parecen claras: es posible limitar el crecimiento de las viviendas turísticas mediante la técnica de la densidad urbanística, pero no modificar la regulación turística o extinguir títulos sin previa indemnización. Y en cualquiera de los casos la planificación urbanística, de una innegable importancia económica, debe contar con un buen estudio económico y financiero" (p. 34).

que justifican en este caso la necesidad de una autorización previa. Por todo ello, el TS termina declarando no haber lugar al recurso interpuesto[32].

Esta conclusión y las razones que la avalan han sido ratificadas con posterioridad en la STS 2 junio 2021 (RJ 2021, 3163), también referidas a la ordenación urbanística de la ciudad de Barcelona y su afectación a las VUT contenidas en el Plan especial antes referido (posteriormente derogado y sustituido por un nuevo Plan especial en 2017 que contiene los mismos límites que el anterior). En este caso, fue la Asociación de Apartamentos Turísticos de Barcelona la entidad recurrente, con el mismo resultado como hemos dicho.

La última sentencia que conocemos sobre esta cuestión es la STS 31 enero 2013 (RJA 2013, 56210). En este caso la impugnación afectaba al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, de 26 de junio de 2018, mediante el cual se aprobó la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial en este municipio. En realidad, venía a prohibir en todo el municipio la comercialización de estancias turísticas en viviendas sitas en edificios plurifamiliares de uso residencial (pero no en viviendas unifamiliares), junto a otros límites. Debe decirse que los edificios plurifamiliares son claramente los preponderantes en este término municipal.

La recurrente fue la Asociación de apartamentos y viviendas de alquiler de temporada de Baleares, y de nuevo, la cuestión a decidir era si tal acuerdo resultaba o no conforme con los principios de proporcionalidad y necesariedad ínsitos a las "imperiosas razones de interés general" definidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

El TSJ de Baleares había estimado en parte el recurso y declarado nula la parte del Acuerdo que establecía la prohibición mencionada respecto a las viviendas plurifamiliares. Consideró este Tribunal que la tajante y radical prohibición del Ayuntamiento no era un sacrificio proporcional, idóneo y necesario que hubiera de asumir la actividad turística para la defensa de los intereses generales (medio ambiente y protección del entorno urbano), pues existían otras medidas menos radicales y más ponderadas ya establecidas para otros ámbitos. Sin embargo, el TSJ de Baleares fue más allá y también declaró en su sentencia que todas las viviendas del municipio de Palma eran aptas para desarrollar la actividad turística, sin tener en cuenta la legislación autonómica turística que sería de aplicación en caso de no haberse aprobado el Acuerdo impugnado.

32 Sobre este caso y la argumentación del TSJ de Cataluña, Arana García, E.: "La intervención", cit., pp. 15-17.

En efecto, hasta la aprobación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Baleares, solo se permitía la comercialización turística en viviendas unifamiliares aisladas y esta Ley amplió la posibilidad a viviendas pareadas sometidas al régimen de propiedad horizontal y a las viviendas unifamiliares entre medianeras siempre que fueran únicas en parcela. Dicha regulación sería la aplicable supletoriamente para el supuesto de que el Ayuntamiento de Palma no hubiera aprobado la zonificación provisional, que en ningún caso admitía las viviendas turísticas en edificaciones plurifamiliares. Ni la Asociación recurrente ni el propio TSJ habían solicitado el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE ni una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC sobre dichas normas autonómicas.

Por ello, interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el TS entiende que las normas supletorias autonómicas no pueden ser ajenas al proceso judicial, aun sin poner en duda que pudiera ser procedente el juicio de proporcionalidad y necesariedad llevado a cabo por el TSJ acerca de la prohibición impuesta por el Acuerdo del Ayuntamiento a las viviendas turísticas en los edificios plurifamiliares. Entiende que el TSJ no puede eliminar de esta manera los límites impuestos por la legislación turística autonómica a estas viviendas, de manera que procede estimar el recurso de casación y dejar sin efecto la sentencia de instancia[33].

El camino iniciado por la normativa urbanística de ciudades como Bilbao, Barcelona (también Madrid y Valencia) o Palma de Mallorcaestá siendo seguido en la actualidad por otras muchas. En realidad, entre las grandes ciudades españolas Málaga es la excepción, pues Burgos, Cádiz, Toledo, San Sebastián, Santiago de Compostela o Girona ya cuenta con normativa restrictiva en el sentido ya mencionado respecto a las VUT.

Un caso reciente en Andalucía es la ciudad de Sevilla, que también ha incluido el uso turístico de las VUT dentro del uso terciario[34].Como era de esperar, se

33 Dice el TS: "Formalmente los razonamientos de la sentencia recurrida pueden ser acertados, pero en la medida que eluden las consideraciones de la legislación autonómica de aplicación, sin plantear, en su caso, con carácter previo dudas de prejudicialidad por disconformidad con las Directivas europeas o de inconstitucionalidad sobre la misma, no podemos confirmarla y debemos estimar el recurso de casación del Ayuntamiento de Palma, casar la sentencia de instancia y rechazar el recurso contencioso-administrativo de Habtur Baleares".

34 Se trata de la modificación puntual 44 introducida al texto refundido del PGOU 2006 de esta ciudad, aprobada en el Pleno del día 28 de abril de 2022 y cuya entrada en vigor se produjo el día 7 de junio.
Los efectos prácticos de esta equiparación de las VUT al resto de los alojamientos de hospedaje (como hoteles, apartamentos turísticos, etc.) parecen claros: el alta de nuevas VUT (la modificación no tiene efectos retroactivos) en Sevilla se va a someter a sus mismos requisitos o condiciones (se exige un cambio de uso y una licencia de utilización a través de una declaración responsable) y queda sujeto asimismo a las limitaciones propias del uso terciario de hospedaje en relación al uso residencial. Así, solo se permite el alta de una VUT en aquellos edificios en los que exista un uso exclusivo de hospedaje, o cuando tal uso exclusivo no exista y dependiendo del tipo de edificación donde se pretenda desarrollar, entonces solo se permite en planta baja y primera, salvo en algunas zonas admitidas por el PGOU en las que se permite también en planta segunda, siempre que se cuente con acceso independiente desde el exterior.

han sucedido algunas reacciones a esta nueva regulación, y en este sentido, se ha publicado en los medios que la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía ha recurrido esta modificación del PGOU de Sevilla en un recurso formalizado en el mes de septiembre. Con anterioridad y a principios del mismo mes, la Asociación de Profesionales de Viviendas y Apartamentos Turísticos de Andalucía (AVVAPro) había formalizado otro recurso.

La conclusión es que resulta paradójico que, en la lucha contra la escasez de vivienda disponible en alquiler, la Administración local sea la que está teniendo actualmente un papel protagonista frente a los problemas competenciales de las CCAA y a la muy limitada intervención del Estado. En efecto, a través del planeamiento urbanístico y de las competencias delegadas en materia turística, algunos ayuntamientos de grandes municipios españoles están estableciendo fuertes e importantes restricciones a las viviendas turísticas. Se imponen restricciones geográficas, cuantitativas o en relación al uso permitido, generalmente mediante la técnica de equiparlas a un uso terciario de hospedaje, incompatible con el uso residencial. No obstante, está por ver el grado de cumplimiento real de este tipo de limitaciones a las VUT que, en todo caso, no podrán tener efectos retroactivos, de manera que solo resultará de aplicación a las nuevas viviendas turísticas.

Sin embargo, seguimos pensando que este uso terciario de hospedaje no debería ser un obstáculo para que una VUT que cuente con todas las autorizaciones o permisos pertinentes para el ejercicio de su actividad, pueda ser destinada a un uso residencial, tanto en régimen de arrendamiento de temporada como en régimen de arrendamiento para uso de vivienda en la terminología de la LAU.

Se está hablando de cosas distintas: una cosa es que el uso residencial de un edificio impida que todas o ciertas viviendas de dicho edificio puedan ser destinadas a VUT, y otra cosa bien distinta es que, obtenida la autorización para su explotación como VUT, una vivienda no pueda destinarse a un uso residencial sin necesidad de instar un nuevo cambio de uso (de hospedaje a residencial). Sería absurdo y contrario al mismo interés general que se alega en todas las Memorias que sirven de fundamento a las medidas de planeamiento adoptadas por estos ayuntamientos y que ha sido avaladas por los tribunales, esto es, la disponibilidad de vivienda residencial y la lucha contra su escasez.

¿Prohíben estas normas de planeamiento el destino residencial de las VUT? Una respuesta negativa sería justamente contraria a la finalidad perseguida por ellas, de manera que una interpretación de conformidad con los criterios establecidos en el art. 3.1 CC debe conducir a una respuesta claramente negativa en nuestra opinión.

5. Los límites impuestos a las facultades de uso y disfrute desde la óptica del respeto al contenido esencial del derecho de propiedad.

Ha podido constatarse que la doctrina sentada por el TC al resolver los recursos interpuestos contra la normativa intervencionista de las CCAA en el mercado de la vivienda no ha tenido nunca como fundamento la vulneración del art. 33 CE; las decisiones se han basado esencialmente en la vulneración de las competencias estatales.

Y debe decirse que la oportunidad no podía ser más propicia para ello, pues se han enjuiciado sobre todo normas que establecían concretos deberes jurídicos impuestos a los propietarios en cumplimiento de la función social que habían de cumplir sus viviendas desocupadas. Pero el TC ha deslizado la cuestión hacía otros terrenos: por un lado, hacia la competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE), y por otro lado, interpretando que algunas normas impugnadas no incidían en el derecho de propiedad mismo, sino que debían ser entendidas simplemente como objetivos de la política pública de vivienda de las CCAA.

Este planteamiento explica que el TC no se haya visto obligado a entrar a analizar si las medidas aprobadas por las CCAA respetaban o no el contenido esencial del derecho de propiedad a que hace referencia el art. 53.1 CE, a pesar de la frecuente alegación sobre la infracción del art. 33 CE realizada en los recursos interpuestos. La verdad es que resulta un tanto decepcionante que, ante unas medidas que claramente han sido aprobadas con la intención de incidir en el contenido esencial del derecho de propiedad, la cuestión no haya merecido apenas la atención del TC. La Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, no recoge finalmente las medidas más intervencionistas (así, las aplicables a las viviendas desocupadas o deshabitadas) y será complicado que el TC se vea obligado a un pronunciamiento claro sobre esta cuestión, en caso de que pudieran ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad. No obstante, durante la tramitación de esta Ley ya se hizo pública la intención de algunos presidentes de CCAA no afines políticamente a los promotores de dicha Ley de impugnarla ante el TC.

Sin embargo, somos plenamente conscientes de las enormes dificultades de que este concreto motivo de inconstitucionalidad hubiere prosperado en los recursos ya analizados, aunque el TC lo hubiere abordado directamente. La doctrina constitucional tradicional sobre el contenido esencial del derecho de propiedad y la "recognoscibilidad" de cada tipo de derecho dominical en cada momento histórico parece una barrera difícil de sortear también en este caso. En nuestra opinión y dadas también las circunstancias sociales y económicas en que tales medidas fueron dictadas, difícilmente el TC hubiere entendido que las

restricciones impuestas a las facultades de uso y disfrute del propietario hacían irreconocible su derecho de propiedad[35].

Como se viene mencionando, otro buen ejemplo de ello lo hemos tenido de nuevo en la proyectada regulación andaluza de las VUT de 2022. En este caso podían señalarse hasta cuatro restricciones básicas de las facultades de uso y disfrute de los propietarios:

a) Limitaba a dos el número de viviendas que un mismo propietario, con independencia de su cuota de propiedad, podía explotar por sí mismo como vivienda de uso turístico (art. 26).

b) Limitaba a dos el número de viviendas que un mismo propietario podía ceder a terceros para que estas fueran explotadas como viviendas turísticas, tanto si se cedían a una empresa gestora como si se cedían mediante otra forma de explotación.

c) Prohibía de forma absoluta al propietario que explota una VUT la cesión de la misma para uso residencial, tanto si lo era como arrendamiento de temporada como si lo era como arrendamiento de vivienda habitual, lo fuera de forma completa o por habitaciones.

d) Finalmente y no menos importante, prohibía al propietario un uso personal de su VUT mientras permaneciera registrada como tal.

Aunque no se ha hecho referencia a ello hasta ahora, el punto d) anterior debe ser también muy tenido en cuenta. Una afección al uso turístico como la establecida en el art. 5 del proyectado decreto andaluz de 2022, en los términos ya analizados, afectaba también y de manera directa al uso personal de la vivienda turística que podía hacer el propietario y su familia. Y es que, en este caso, parece claro que resultaba inaplicable la excepción del uso personal a favor de los propietarios establecida en el art. 42.3 de la Ley 13/2011 de Andalucía, que viene a establecer este derecho a favor de ciertos propietarios. Esto es así porque esta norma resulta aplicable a las unidades de alojamiento constituidas en régimen de propiedad horizontal que son cedidas para su explotación turística (edificios de apartamentos o aparthoteles, por ejemplo), en cuyo caso esta Ley obliga a realizar tal cesión a favor de una única empresa explotadora y por un plazo de tiempo no inferior a diez años. Por este motivo, se reconoce a estos propietarios la posibilidad de reservarse en los contratos de cesión el derecho a realizar un uso personal de estos alojamientos, que no tendría la consideración de uso residencial

35 Colina Garea, R.: *La función*, cit., pp. 355 y ss.; Barral Viñals, I.: "Viviendas desocupadas", cit., pp. 471-473. Una exposición resumida de esta doctrina también en Pons Cánovas, F.: *La incidencia*, cit., pp. 76-78.

(incompatible con el uso turístico), pero siempre que este no sea superior a dos meses al año[36].

Como decimos, esta previsión normativa no es trasladable por motivos obvios a las viviendas de uso turístico, y el art. 5 del proyecto de decreto de 2022 no había establecido excepción alguna. Parece que aquí la lógica de la ley era que los propietarios de VUT podían recuperar de forma inmediata el uso residencial de la vivienda registrada como turística simplemente instando su baja en el registro, de manera que no necesitarían protección especial ni excepción alguna.

Pero, de nuevo y en este caso, el propietario se encontraría con todas las dificultades y obstáculos que puede conllevar para él dar de baja temporalmente una vivienda turística para disfrutarla él mismo y tener que volver a darla de alta una vez que quisiera reiniciar su explotación turística. No se trataba de una simple incomodidad, nos parece una limitación importante a las facultades de uso y disfrute del propietario de una vivienda por el simple hecho de haberla inscrito en un registro administrativo autonómico de viviendas turísticas.

La legislación autonómica incidía de una forma directa limitando las facultades del propietario, pero se antoja muy lejana la posibilidad de que un hipotético recurso ante el TC pudiera prosperar por este concreto motivo si se mantuviera de alguna forma en la normativa finalmente aprobada.

III. UNA CONCLUSIÓN Y UN CAMINO: HACIA UNA MODERNA Y EFICIENTE REGULACIÓN ESTATAL DEL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA EN ESPAÑA.

Llegados a este punto no podemos sino constatar, como conclusión, el fracaso de la mayor parte de las medidas públicas adoptadas en los últimos años en España para luchar contra la escasez de vivienda disponible en alquiler a precios razonables.

El impacto ha sido muy limitado y desde luego no han contribuido a mejorar el acceso de los ciudadanos a una vivienda digna. Las medidas más osadas, que han sido adoptadas por las CCAA, han sido declaradas inconstitucionales en buena parte, la intervención legislativa del Estado ha sido muy limitada hasta la fecha

36 Establece este art. 42.3:
"En ningún caso las personas propietarias o cesionarias podrán darle un uso residencial a las unidades de alojamiento, prevaleciendo su naturaleza mercantil y turística sobre cualquier otro destino.
A efectos de esta Ley, se considerará uso residencial:
a) El reconocimiento en el contrato a que se refiere el apartado anterior de una reserva de uso, o de un uso en condiciones ventajosas, a las personas propietarias de las unidades de alojamiento por un periodo superior a dos meses al año.
b) El uso de la unidad de alojamiento por parte de las personas propietarias por un periodo superior al señalado en la letra anterior".

(está por ver, como venimos diciendo, el impacto de la nueva Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda), y las normas municipales para la limitación de las viviendas turísticas están ahora mismo en desarrollo en algunas grandes ciudades con muchas dificultades y gran dependencia de decisiones claramente políticas, y en todo caso, no pueden tener efectos retroactivos respecto a las viviendas ya declaradas como tales. Y lo cierto es que todo ello no viene sino a añadir más "leña al fuego"[37].

Por este motivo, defendemos la necesidad de retomar el camino del Derecho privado como la vía más sensata para ayudar a que el mercado del alquiler alcance un equilibrio razonable; en concreto, entendemos que una más moderna y eficiente regulación del contrato de arrendamiento en España puede contribuir a reducir desajustes o desequilibrios existentes y ayudar a la normalización de este mercado.

Sin perjuicio de otras posibles soluciones no excluyentes, abogamos en este sentido por una regulación unitaria y flexible de los arrendamientos que recaen sobre una vivienda (arrendamiento de vivienda habitual, arrendamiento de temporada y arrendamiento turístico, incluida la cesión de habitación de vivienda), que equilibre los derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario y pueda ayudar en el objetivo perseguido.

Por este motivo, nuestra posición iría en la línea marcada por la doctrina especializada en el sentido de otorgar un mayor protagonismo al Derecho civil en el mercado de la vivienda. Así, Nasarre Aznar, tras analizar la mayor parte de las medidas públicas en materia de vivienda en los últimos años, las califica de "soluciones mágicas" que han de ser superadas con una visión mucho más general: "Para superar estas «soluciones mágicas» es necesaria una mayor reflexión y estudio, alterar elementos estructurales del sistema si es necesario, intentar comprender la problemática desde una óptica general. Es decir, el derecho civil"[38].

En este punto, un elemento esencial lo constituye lógicamente el mercado del alquiler libre, pues es conocida la escasez de vivienda social en España (casi todos los datos apuntan a la cifra del 3% del parque total). Por ello, hay que centrarse especialmente en medidas de fomento para conseguir vivienda asequible sin

37 Por ejemplo, Nasarre Aznar, S.: "Llueve sobre", cit., p. 277, señala también los efectos negativos de la reforma de la LAU por la Ley 4/2013 sobre la oferta de alquiler residencial tras el Covid-19: "Esta reforma tuvo ya efectos negativos en la oferta de viviendas en alquiler y es en buena parte la responsable de que mucha de la vivienda de alquiler turístico que había quedado vacía a causa del COVID-19 no acabase en el mercado residencial (sino en meros «alquileres de temporada» o «por razón profesional» de dudosa legalidad): con duraciones mínimas obligatorias tan altas (5 y 7 años), una cosa es que el arrendador turístico pueda circunstancialmente hospedar arrendatarios residenciales y otra cosa es que, una vez alquilada la vivienda, los deba tener ese mínimo de años obligatoriamente, pues previsiblemente el turismo vendrá antes y le es mucho más rentable".

38 Nasarre Aznar, S.: "Llueve sobre", cit., p. 280.

intervención pública y aquí es imprescindible una reforma para la modernización y flexibilidad del contrato de arrendamiento que recae sobre una vivienda en España.

Nasarre Aznar cita dos pilares clave: un sistema de renta referenciado al precio de mercado pactable opcionalmente e incentivado, y la posibilidad incentivada de contratar arrendamientos de duración indefinida[39].

Sin perjuicio de ello y siguiendo en este punto la propuesta formulada por Martens Jiménez, esta reforma obligaría a una nueva sistematización de todas las categorías de arrendamientos que recaen sobre una vivienda[40]. Resulta imprescindible mantener un arrendamiento cuya finalidad sea satisfacer las necesidades de vivienda habitual o permanente del inquilino, en la línea del actual arrendamiento para uso de vivienda de la LAU y otorgando una especial protección al inquilino e incluso a ciertos inquilinos que pudieran encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad. Puede pensarse en los arrendamientos contratados con terceros por las empresas a favor de sus trabajadores, por un organismo o Administración Pública a favor de ciertos colectivos sociales, aquellos celebrados por las universidades u otros centros de formación públicos o privados con sus alumnos, o por los empresarios arrendadores con sus propios empleados, así como por supuesto los arrendamientos por habitaciones, entre otros.

Junto a él deberían recogerse otros arrendamientos que recaen también sobre una vivienda, pero con una función o finalidad muy diferente, como los arrendamientos de temporada[41], los arrendamientos con fines turísticos, y otros posibles casos que pudieran presentar singularidades concretas y que por ello debieran recogerse también. Aparte quedarían los arrendamientos de fincas urbanas "celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente" (art. 3.2 LAU), como arrendamientos permanentes para un uso distinto al de vivienda en sentido propio (equivalentes a los arrendamientos de locales de negocio de la LAU de 1964)[42].

39 Nasarre Aznar, S.: "Llueve sobre", cit., p. 298.

40 Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 4, pp. 92-96.

41 De hecho, la disposición adicional quinta de la Ley 12/2023 prevé la constitución de un grupo de trabajo en un plazo de seis meses desde su entrada en vigor con el objetivo de presentar una propuesta de regulación de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda de la LAU, y en particular, los arrendamientos de una vivienda por temporada.

42 Existe en la actualidad un "Avant projecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibresisè del Codi civil de Catalunya", que pretende aprobar en Cataluña una regulación específica en su CC y separarse así de la regulación contenida en la legislación estatal (la LAU respecto a los arrendamientos de fincas urbanas), aunque en muchos aspectos esenciales la sigue. El anteproyecto se presentó en diciembre de 2021 y actualmente se encuentra todavía en fase de audiencia e información pública (la última versión consultada es de fecha 1 de agosto de 2022 en: https://justicia.gencat.cat/ca/detalls/Article/arrendamentbens).

En todos estos casos, parece que el hilo diferenciador lógico entre unos arrendamientos y otros debe ser la finalidad acordada de los mismos y no tanto su plazo de duración, en la línea de la jurisprudencia que ha venido delimitando a los arrendamientos para uso de vivienda de los arrendamientos de temporada de la LAU y sin perjuicio de que en algunos casos una corta duración pueda ser un indicio cualificado de cuál ha sido la voluntad de las partes y la finalidad del arriendo[43].

Parece claro que cada uno de estos tipos de arrendamiento requiere de unas respuestas diferenciadas en aspectos esenciales de su regulación jurídica tales como: duración del contrato, posibles prórrogas y plazos de preaviso, regulación y su comienzo y finalización exactos, posibilidad de desistimiento y posibles penalizaciones, renta y su actualización, repercusión de ciertos gastos y suministros al inquilino, derechos de adquisición preferente reconocidos al inquilino, cesión del contrato, subrogación y subarriendo, resolución por incumplimiento, enajenación de la vivienda arrendada y efectos sobre el contrato, muerte del arrendatario como causa de extinción, etc.

No hace falta advertir de lo absurdo que resulta plantear, respecto a un arrendamiento con fines turísticos, la regulación de aspectos como: la posibilidad de prórrogas y plazos de preaviso, la actualización de la renta pactada, el reconocimiento de derechos de adquisición preferente, la subrogación y subarriendo (no así la cesión del contrato mismo), la repercusión de ciertos gastos y suministros al inquilino o usuario de la vivienda, la enajenación de la vivienda arrendada, etc. Por el contrario, sí serían aspectos importantes a tener en cuenta: la regulación supletoria del momento exacto del inicio y de finalización del periodo de alojamiento, la determinación de si es posible una cancelación o desistimiento anticipado del contrato, así como sus condiciones de ejercicio y posibles penalizaciones, la posibilidad de cesión de la reserva (contrato), entre otros ejemplos.

Una cuestión central estaría en decidir la ubicación de esta hipotética reforma, si en una ley especial arrendaticia (una nueva LAU) o si en el Código civil. Lo lógico creemos que sería en este último, de manera que se llevara a cabo una modernización del contrato de arrendamiento y su adaptación a las nuevas

---

En el texto, el art. 623-36 distingue dentro de los arrendamientos de una vivienda entre: a) arrendamiento de vivienda para residencia habitual permanente, y b) arrendamiento de vivienda para otros usos (residencia secundaria u ocasional y limitada en el tiempo por razones personales, laborales, de estudios, vacacional, etc).

Aparte, se regula el alquiler de habitaciones (que puede ser tanto temporal, que es el tipo tomado por defecto, como el destinado a residencia permanente). Sin embargo, no se ha previsto la posibilidad de que el arrendamiento de una vivienda pueda ser indefinido.

43 Valladares Rascón, E.: "Comentario al artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda", en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 73 y ss.

realidades en un único texto normativo que contribuyera a clarificar y simplificar la regulación jurídica. Se podrían establecer unas normas generales comunes para todos los arrendamientos de vivienda, y acto seguido, unas normas especiales para los tipos concretos que hemos citado u otros que interesara incluir, como hace Martens Jiménez[44].

La consecuencia sería la derogación de la LAU y la recuperación de la centralidad del CC respecto a este contrato, rompiendo en consecuencia con la tradición que se ha venido imponiendo en España desde antiguo, y si contamos desde la aprobación del CC, desde la LAU de 31 de diciembre de 1946, y mucho antes de esa fecha, con el Real Decreto de 21 de junio de 1920 y sus sucesivas prórrogas anuales que vinieron a declarar la prórroga forzosa de los arrendamientos de fincas urbanas en poblaciones de cierto tamaño[45].

Sin embargo y siendo realistas, una reforma así no parece muy factible en estos momentos, de manera que aunque solo fuera por razones prácticas y para que pudiera dar comienzo una modernización del contrato de arrendamiento lo más pronto posible, la alternativa por una nueva LAU sería los más recomendable, sin perjuicio de su futura incorporación al CC que sería, sin duda, la opción más deseable.

44 Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción", cit., pp. 90 y ss.

45 *Vid*. ArgelichComelles, C.: "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", *e-Legal HistoryReview*, núm. 25, 2017, pp. 15 y ss.

BIBLIOGRAFIA

Aguirre I Font, J. M.: "La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, 2021, nueva época n*úm.* 15, pp. 21-41.

Albaladejo García, M.:*Derecho Civil*, Tomo III (Derecho de bienes), Vol. I (Parte general y derecho de la propiedad), Bosch, Barcelona, 1994.

Anderson, M.: "La doble dimensión del derecho a la vivienda en el ámbito privado: objeto especialmente protegido y límite del derecho de propiedad", *Derecho Privado y Constitución*, 2021, n*úm.* 38, pp. 81-117.

Arana García, E.: "La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias", *REALA*, 2018, n*úm.* 10, pp. 6-21.

ArgelichComelles, C.: "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", *e-Legal History Review*, 2017, núm. 25, pp. 15 y ss.

Asúa González, C. I.: "Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 123/2019", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 235-272 (doi:https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.01).

Barral Viñals, I.: "Viviendas desocupadas procedentes de ejecución hipotecaria en manos de entidades bancarias: reformulando la función social de la propiedad de la vivienda", en AA.VV.: *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho Privado europeo* (coord. por E. Lauroba Lacasa), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 461-487.

Bassols Coma, M.: "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978", *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, n*úm.* 85, pp. 13-42.

Cerdá Mansilla, E./ Rubio, N./ GarcíaHenche, B./ Campos, S.: "Airbnb y la turistificación de los barrios en las ciudades: un análisis de segmentación por barrios del alojamiento extrahotelero en Madrid", *Investigaciones Turísticas*, 2002, núm. 23, pp. 210-238 (https://doi.org/10.14198/INTURI2022.23.10).

Colina Garea, R.: *La función social de la propiedad privada en la Constitución Española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

Doménech Pascual, G.: "La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico", *Anuario de Derecho Municipal*, 2017, núm. 11, pp. 43-73.

García Rubio, M.ª P.: "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, n*úm.* 4, pp. 1-43. (http://nreg.es/ojs/index.php/RDC)

García Rubio, M.ª P.: "Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España", *Revista de Derecho Civil*, 2020, n*úm.* 2 especial, pp. 15-46.

Garrido Mayol, V.: "Hacia una nueva configuración del derecho constitucional a la vivienda", en AA.VV.:*Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.ª D. Cervilla Garzón/ I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 267-296.

Hatzopoulos, V.: "Disarming Airbnb- Dismantling the Services Directive? Cali Aparments", *CommonMarketLawReview*, 2021, núm. 58-3, pp. 905-928.

Iglesias González, F.: "Una visión panorámica de las leyes autonómicas de vivienda y la necesidad de una ley estatal", en AA.VV.:*Reflexiones sobre la vivienda en España* (dir. por F. García-Moreno Rodríguez/ F. González García), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 15-61.

López Ramón, F.: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en AA.VV.: *Construyendo el derecho a la vivienda* (coord. por F. *López Ramón*), Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-24.

López Y López, A. M.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988.

Macho Carro, A.: "Derecho a la vivienda y ordenación del mercado del alquiler turístico en la Unión Europea: comentarios a raíz de la Sentencia Cali apartments y su recepción en España", *Revista de Estudios Europeos*, 2022, núm. 79, pp. 668-686.

Martens Jiménez, I.L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, n*úm.* 4, pp. 49-101.

Moreu Carbonell, E.: "Viviendas vacías", en AA.VV.: *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda* (dir. por M.ª T. Alonso Pérez), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 27-72.

NASARRE AZNAR, S.: "Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 273-308 (doi:https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.02).

PADIAL ALBÁS, A.: "La configuración de la propiedad en el Derecho civil catalán", en AA. VV.:*El derecho de propiedad y otros derechos reales en el Derecho civil de Cataluña* (coord. por A. PADIAL ALBÁS/M.ª D. TOLDRÁ ROCA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 17-56.

PÉREZ DAUDÍ, V.: "El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerable*s (dir. por M.ª D. CERVILLA GARZÓN/ I. ZURITA MARTÍN), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 329-350.

PONCE SOLÉ, J.: "La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda", *Revista d'EstudisAutonòmics y Federals*, 2008, n*úm.* 7, pp. 175-195.

PONS CÁNOVAS, F.: *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

QUICIOS MOLINA, M. S.: "Covid y arrendamientos de vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n*úm.* extraordinario 2021, Tomo II, pp. 183-202.

ROCA I TRÍAS, E.: en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya,* Vol. IV (*Dretsreals*), (dir. por L. PUIG FERRIOL/ E. ROCA I TRÍAS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROMÁN MÁRQUEZ, A.: "Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2018, nueva época n*úm.* 10, pp. 22-39.

SOLA TEYSSIERE, J.: "Delimitación material de la razón imperiosa de interés general protección del entorno urbano a través de la jurisprudencia urbanística", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2020, n*úm.* 207, pp. 211-234.

VALLADARES RASCÓN, E.: "Comentario al artículo 3. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda", en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Navarra, Navarra (coord. por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 73 y ss.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011.

CUESTIONES CIVILES Y REGISTRALES DE ACTUALIDAD EN RELACIÓN A LA VIVIENDA HABITUAL FAMILIAR

CIVIL AND REGISTRY ISSUES RELATED TO HABITUAL FAMILY RESIDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 384-413

Francisco
Javier GÓMEZ
GÁLLIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el trabajo se analizan algunas cuestiones civiles y registrales relacionadas con la vivienda familiar habitual, tales como la especial protección que tiene civilmente, protegiéndola frente a actos dispositivos unilaterales por su titular aun cuando sean bienes privativos; la protección de los deudores hipotecarios en caso de hipoteca de vivienda familiar habitual; su régimen jurídico en caso de crisis matrimonial -en particular en los convenios de regulación de la nulidad, separación y divorcio-; y la especial regulación que tiene la vivienda familiar en materia ganancial y sucesoria.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar habitual; familia; matrimonio; parejas de hecho; registro de la propiedad.

ABSTRACT: *In this study is analyzed civil and land registry issues related to habitual family residence, such us the special protection that family house have in civil and registry law; nullity of sales and mortgages made without the consent of both spouses; special protection of debtors to avoid foreclosure of the family residence; legal framework in case of divorce; and regulation of succession in the property of the family residence.*

KEY WORDS: *Habitual familiar residence; family; marriage; domestic partner; land registry*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- III. ACUERDO DE FIJACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- IV. ESPECIAL PROTECCIÓN CIVIL Y REGISTRAL FRENTE A ACTOS DISPOSITIVOS.- V. NORMA APLICABLE A CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.- VI. INEFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO REALIZADO EN SU CONTRAVENCIÓN.- VII. CALIFICACIÓN DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- VIII. ACTOS DISPOSITIVOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 1320 C.C.- IX. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD DEL OTRO CÓNYUGE.- X. INAPLICACIÓN EN EL CASO DE COMPRA, AUNQUE SEA CON FINANCIACIÓN HIPOTECARIA.- XI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.- XII. RÉGIMEN JURÍDICO EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL, Y EN PARTICULAR EN LOS CONVENIOS DE REGULACIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.- XIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDO ANTES DEL MATRIMONIO CON PRECIO APLAZADO SATISFECHO DESPUÉS DEL MATRIMONIO EN PARTE CON DINERO GANANCIAL.- XIV. LA ESPECIAL REGULACIÓN QUE TIENE EN MATERIA GANANCIAL Y SUCESORIA.- XV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

I. INTRODUCCIÓN.

Podemos entender que la vivienda habitual de la familia tiene una consideración jurídica especial en nuestro derecho civil y, por ende, en el Registral.

Siempre se ha afirmado que el concepto de propiedad no es unitario, que existen diversos estatutos de la propiedad, de forma que no es el mismo el régimen jurídico de la propiedad rústica (sometida a legislación especial de arrendamientos rústicos, unidades mínimas de cultivo, etc.) o la propiedad urbana, tan sometida en su delimitación al planeamiento urbanístico, y que tiene también su estatuto propio manifestado en leyes especiales, como el texto refundido de la ley del suelo, ley de propiedad horizontal o la ley de arrendamientos urbanos. Hoy en día no puede hablarse de un régimen jurídico unitario de la propiedad, sino diversos estatutos de la propiedad.

Pues bien, la propiedad de la vivienda familiar habitual bien podría considerarse que tiene un estatuto jurídico propio, tuitivo, bajo el superior principio de protección de la familia. El fundamento de la protección de la vivienda familiar radica por tanto no sólo en la protección constitucional de la vivienda (art. 47 CE) sino también de la familia, sancionada en el art. 39.1 CE, según el cual "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

El art. 70 CC determina que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en defecto de acuerdo, decidirá el juez. Sin embargo, el concepto

• Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la propiedad. Letrado adscrito a la DGSJFP. Correo electrónico: gomezgalligo@gmail.com

de vivienda familiar habitual es más amplio en las legislaciones civiles forales o especiales en los que la unión de hecho tiene en este aspecto la misma protección que la unión conyugal pues se extiende a toda clase de familia, esté unida o no por vínculo matrimonial.

La vivienda familiar habitual debe estar ubicada en una vivienda (y por tanto se excluyen las edificaciones para uso distinto de vivienda); y estar ocupada habitualmente por la unidad familiar. Es el centro de intereses de la familia, el hogar familiar.

La vivienda familiar habitual puede no coincidir con el domicilio o vivienda habitual de algunos de los integrantes de la familia que, por diversas circunstancias laborales, de estudios, médicas o de cualquier otra índole pueden tener coyunturalmente un domicilio distinto[1].

Tampoco depende de la existencia de hijos, pues la vivienda familiar habitual puede estar referida a una familia que no tenga hijos.

La vivienda habitual de la familia es aquélla en la que la familia convive la mayor parte del año, y que, aunque este requisito puede darse simultáneamente en dos o más viviendas, carecerá del carácter de habitual la segunda residencia de la familia (de recreo o vacacional), aunque se dé la circunstancia de que los cónyuges y sus hijos se trasladen a ella todos los años[2].

Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados.[3] Por supuesto

1 La R. 4-2-2021 reiterando la doctrina de la R. 19-9-2013, declara que, mientras que conforme al art. 40 CC el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, para referirnos a la vivienda familiar del matrimonio deberemos estar al domicilio que de común acuerdo haya sido fijado por los cónyuges (art. 70 CC), es decir, aquél en el que de forma habitual resida la unidad familiar y donde se desarrolle la convivencia de sus miembros. La R. 4-11-2021 declara así que el domicilio o vivienda habitual de una persona puede no coincidir con el domicilio o vivienda habitual de la familia. Véase también la RDGSJFP de 24 de mayo de 2022.

2 Véase R. 13-6-2018.

3 La DGSJFP, anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, ha puesto de relieve en distintas ocasiones –vid. Resoluciones de 10 de noviembre de 1987 y 9 de octubre de 2018– que el domicilio de un cónyuge puede ser compatible con la instalación de la vivienda habitual de la familia en otro inmueble). Sin olvidar, tampoco, que las normas fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil.

las consideraciones fiscales sobre la vivienda familiar habitual no tienen por qué ser extrapolables al ámbito civil.

Lo cierto es que una vez fijada y establecida la vivienda familiar habitual, queda protegida especialmente por la ley, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio.

III. ACUERDO DE FIJACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

La fijación de lo que va a ser vivienda habitual de la familia, requerirá un acuerdo de los miembros mayores de edad que integran la familia (cónyuges o integrantes de la pareja de hecho -en los derechos civiles forales o especiales donde ésta tiene la misma protección-, sean o no progenitores), o en su defecto resolución judicial, análogamente a lo previsto para el domicilio conyugal en el art. 70 C.C. con el que normalmente coincidirá.

El acuerdo de fijación de la vivienda familiar puede ser expreso o tácito. No obstante, si se trata de una finca inmatriculada en el Registro de la propiedad, para hacer constar registralmente la condición de vivienda familiar habitual, deberá constar en escritura pública o en el testimonio de la resolución judicial donde se fije (cfr. arts. 3 y 82 LH). Incluso cabe la constancia de que un inmueble es domicilio familiar por manifestación del titular del mismo en el momento de la adquisición, dado que es a él a quien le perjudica la manifestación al restringir sus facultades dispositivas. También cabe su constancia si así resulta de mandamiento judicial de embargo.

IV. ESPECIAL PROTECCIÓN CIVIL Y REGISTRAL FRENTE A ACTOS DISPOSITIVOS.

La vivienda familiar habitual, aunque pertenezca a uno solo de los cónyuges, tiene una especial protección civil y registral frente a actos dispositivos realizados por su titular, tanto voluntarios como forzosos. En concreto, no puede ser objeto de disposición o gravamen por este último sin consentimiento del consorte.

Así vemos que el art. 1320 CC, ya desde la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dispone:

"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

Se trata por tanto de una prohibición de disponer de carácter legal, que no necesita inscripción en el Registro de la propiedad para operar. Conforme al art. 26 de la ley hipotecaria, las prohibiciones establecidas por la Ley que -como la del 1320 CC- tengan plena eficacia jurídica sin necesidad de expresa declaración judicial o administrativa, no necesitan inscripción separada y especial para surtir sus efectos como limitaciones legales del dominio

En armonía y desarrollo de ese precepto, dispone el art. 91.1 RH lo siguiente:

"Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter".

Si registralmente constara que es vivienda familiar habitual, no cabría la mera manifestación unilateral del disponente diciendo que ya no lo es, sino que debería consentir el otro cónyuge, pues no cabe modificación de los pronunciamientos registrales sin consentimiento del titular registral o por resolución judicial (cfr. art. 82 LH).

En caso de que la disposición no sea voluntaria, sino forzosa, igualmente se exige la intervención en el procedimiento del otro cónyuge.

Así dispone el art. 144.5 RH que:

"Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado".

V. NORMA APLICABLE A CUALQUIER RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

La ley protege especialmente la vivienda familiar habitual frente a actos dispositivos unilaterales del titular registral, trátese de vivienda simplemente conyugal, trátese de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos

comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Y es indiferente del régimen económico matrimonial.

El art. 1320 CC está en los artículos que recogen el régimen económico matrimonial primario, y por tanto cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, sea de separación, ganancial, comunidad o participación en ganancias.

Tampoco se trata de una norma específica del Derecho civil común, sino que la misma, con variantes, existe también en otros Derechos civiles de España, como es el caso del Derecho civil aragonés (art. 190 del Código del Derecho Foral de Aragón) o el Derecho civil catalán[4].

Así, según el art. 231-9 del Código Civil de Cataluña, "1. Con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas (…)".

Además, la protección atribuida a la vivienda familiar habitual no exige la existencia de una relación matrimonial en aquellas legislaciones civiles especiales o forales -derivadas de leyes autonómicas con competencia en materia de derecho civil- que extiende la protección de la vivienda familiar habitual frente a actos dispositivos unilaterales del titular, cuando existe una mera relación de convivencia de hecho[5].

4 No se puede decir lo mismo de la legislación civil valenciana, tras la anulación por STC 9 de junio de 2016 del artículo 10 de la ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, que regulaba la disposición de vivienda habitual.

5 Lo recuerda la resolución de 13 de mayo de 2013. La Dirección General había seguido un criterio contrario a la necesidad de manifestar que no es vivienda habitual en las ventas por solteros sujetos a vecindad civil catalana en la Resolución de 18 de junio de 2004. Pero esta resolución fue posteriormente revocada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona de 19 de abril de 2006, cuyo criterio, por tanto, en este momento, ha de ser acatado. Dicha sentencia en lo que interesa textualmente establece: "La calificación registral encuentra su fundamento en el principio de legalidad, según el cual sólo pueden tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos en las leyes: antes de resolver sobre su ingreso en el Registro, y a este sólo efecto, el Registrador examina la validez externa e interna del título presentado.
En el caso, la calificación de la escritura presentada se argumenta sobre la base de la aplicación de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja del Parlamento de Cataluña, a la venta de un inmueble ubicado en la Ciudad de Barcelona, pero este no es el único punto de vista ni creemos que el más importante desde el que pueda abordarse el problema planteado. Sí partimos de la idea, plasmada en el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 junio 1999, alegado por el demandante en apoyo de su tesis, de que la regulación establecida en el art. 1.320 C. Civil y el art. 9 del C. de Familia de Cataluña, para las uniones matrimoniales, y los arts. 11 y 28 de la Ley 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, para las convivencias 'more uxorio, más después de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 julio, por la que se modifica el C. Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, debe considerarse unitaria, global y no discriminatoria, y orientada a 'la protección de la vivienda que es sede de una familia o de una pareja a ella asimilada', y de que ni del título presentado a calificación ni del propio Registro resultaba ningún punto de conexión con la Ley 10/1998, del Parlamento de Cataluña, pues se trataba de una persona, la vendedora, viuda, con supuesta vecindad civil común, puesto que no declara la catalana, y reside en Madrid, y una compradora, mercantil domiciliada en esta última, la única perspectiva a adoptar sería la puramente registral, de interpretación del art. 18 L. Hipotecaria y art. 91-1 del Reglamento Hipotecario y su aplicación al supuesto planteado. No olvidemos, retomando la idea de inicio, que el principio de legalidad, al que está

VI. INEFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO REALIZADO EN SU CONTRAVENCIÓN.

Las consecuencias jurídico-civiles de la falta de manifestación -aparte del cierre registral al acto dispositivo- o de la manifestación falsa, será la posible anulación del acto, salvo en perjuicio del tercero de buena fe. Por lo que siempre la demanda deberá dirigirse contra los terceros adquirentes.

Al ser acto anulable puede confirmarse si concurre el consentimiento expreso del otro cónyuge. Y caducará la acción, como en el ámbito general de la anulabilidad, a los cuatro años. En este sentido estoy plenamente de acuerdo -y creo extrapolable al Derecho común- la solución adoptada en el Derecho catalán -art. 231.9-2 y 3 CCC, según el cual:

"2. El acto hecho sin el consentimiento o autorización que establece el apartado 1 es anulable, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe el acto en el Registro de la Propiedad.

3. El acto mantiene la eficacia si el adquiriente actúa de buena fe y a título oneroso y, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tiene la condición de vivienda familiar, aunque sea una manifestación inexacta. No existe buena fe si el adquiriente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición de la vivienda.

En cualquier caso, el cónyuge que ha dispuesto de ella responde de los perjuicios que haya causado, de acuerdo con la legislación aplicable".

VII. CALIFICACIÓN DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

Desde la perspectiva registral, con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los

---

sometido el Registrador en su calificación, no soporta el que puedan acceder al Registro actos dudosos, con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y los derechos conllevaría.
Y en la duda de la aplicabilidad o no al supuesto de hecho de la normativa catalana de las uniones estables de pareja, se impone una actuación cautelar del Registrador a fin de prevenir el eventual fraude a los derechos del conviviente carentes de reflejo tabular, pues no cabe duda de que el inmueble que se pretende enajenar es susceptible de servir de sede a una unión convivencial de pareja, y menos cuando aquella duda pueda desvanecerse con una simple manifestación de la disponente que pretende tenga acceso al Registro una nueva situación jurídica inmobiliaria. En definitiva, el problema tiene un primordial carácter registral (art. 18 L. Hipotecaria y art. 91-1 R.H.) y de conflicto de leyes (art. 16 C. Civil), materias reservadas por el art. 149.1.8° de la Constitución a la competencia exclusiva del Estado, por lo que la competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado para conocer del recurso gubernativo no es cuestionable.
Por lo expuesto, debe desestimarse la demanda en cuanto a la falta de competencia de la D. G. R. N. y estimarse respecto a la exigencia de la manifestación exigida por el Registrador de la Propiedad recurrente".

fines pretendidos con la norma sustantiva, el art. 91 RH exige –para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento de ambos cónyuges, o en su caso autorización judicial supletoria, cuando sea exigible para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia según la ley aplicable– bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así. Lo mismo ocurrirá si la legislación civil especial o foral extiende esa protección a las parejas de hecho (cosa que no hace el Código civil para las parejas sujetas a vecindad civil común).

Este precepto reglamentario, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de esa circunstancia de hecho –ser o no vivienda habitual familiar– en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador (art. 18 LH), exige la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia. Con esta manifestación se obtiene garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral.

Como afirmó el Centro Directivo de notarios y registradores en Resolución de 6 de marzo de 2020, debe atenderse a la finalidad de tales normas protectoras de la vivienda habitual familiar, de modo que el cumplimiento de las mismas quede asegurado inequívocamente. Y dada la precisión técnica que debe siempre exigirse a todo documento notarial (cfr. art. 148 del Reglamento Notarial), habida cuenta de sus efectos, y especialmente de la trascendencia que la ley atribuye hoy a la manifestación sobre el carácter de vivienda habitual de la familia en los actos dispositivos sobre la misma, debe exigirse rigor en su constancia en el instrumento público.

Por ello, con expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas no puede entenderse que en la escritura se hayan cumplido adecuadamente con las exigencias legales y reglamentarias referidas.

La manifestación de que no es vivienda habitual familiar debe ser expresa. El hecho de que una vivienda no sea el domicilio familiar del disponente no puede deducirse del hecho de que éste figure en la escritura con un domicilio distinto.

Y tampoco basta para cumplir con la referida norma del art. 91 del Reglamento Hipotecario, que exige una manifestación específica sobre un hecho concreto (que la finca no sea vivienda habitual de la familia), con la genérica afirmación de que los vendedores no se encuentran "en situación alguna que implique la necesidad legal de recabar el consentimiento ajeno para esta operación»; igual que no que sería suficiente, por ejemplo, la mera afirmación de que "el acto dispositivo

cumple todos los requisitos legales." Tampoco bastaría al efecto la expresión de que se vende "libre de cargas, gravámenes y arrendamientos""[6].

Por otra parte, no hay que confundir la vivienda familiar habitual -que es el concepto jurídico protegido y cuyo estatuto estamos analizando-con la vivienda habitual de uno de los cónyuges. Ya hemos visto que la vivienda habitual de una persona casada no tiene por qué ser su vivienda familiar. Así en la Resolución de 6-3-2020 en un caso en que el disponente manifestó que la vivienda transmitida "no se destina a vivienda habitual"", no fue admitido por la Dirección General, que estima que es necesario aclarar que no se trata del domicilio familiar.

VIII. ACTOS DISPOSITIVOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 1320 CC.

No todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual.

La titularidad que determina la necesidad de contar con el consentimiento es la del pleno dominio, o cualquier otro derecho que atribuya el derecho de usar o disfrutar del bien, tales como el usufructo o el derecho real de uso, suponiendo que se haya configurado como transmisible. También lo sería la constitución de servidumbres sobre la vivienda habitual, salvo que sean externas, esto es, sobre el edificio en propiedad horizontal pero no sobre el propio elemento individual.[7] Otras consecuencias civiles y registrales del art. 1320 CC y 91 RH es que no podría renunciar a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio, de vivienda habitual familiar uno de los cónyuges sin consentimiento del otro.

Pero no será preciso el consentimiento del cónyuge no titular para disponer del bien, en caso de disposición o gravamen (por ejemplo, hipoteca) de la nuda propiedad. El cónyuge titular, con carácter privativo, de la nuda propiedad de la vivienda que constituye la residencia familiar, no necesita el consentimiento de su consorte para hipotecar tal derecho, pues no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario, la que le habilita para el goce y disfrute de la vivienda. (R. 26-10-1987).

6 R. 10-11-1987.

7 Así en un caso de constitución de servidumbre de paso sobre la azotea de un edificio en régimen de propiedad horizontal que es anejo de uno de los pisos de éste, a pesar de lo cual tiene acceso directo e independiente desde la calle estima la Dirección General que se trata de una servidumbre externa a la vivienda habitual, que solo afecta parcialmente a un elemento anejo a la misma, y sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte que la constitución de la servidumbre suponga la eliminación o sustancial privación de goce de la vivienda o la perturbación de la convivencia familiar en la misma; razones por las cuales el recurso es estimado (R. 13-6-2018).

En caso de venta de casa perteneciente a varios condueños, sin expresión de si constituye la vivienda familiar de éstos, existe la presunción de que no lo es. Entiende la Dirección General que no es precisa tal afirmación, ni la intervención de los cónyuges, al no ser aplicable a este caso el art. 1320 CC; pues si hubiese algún derecho individual de un comunero sobre la casa común lo sería a título distinto de esa comunidad (R. 10-11-1987).

La R. 26-1-2022 de la misma manera establece que cuando el objeto del acto dispositivo es una participación indivisa de una vivienda ha de tenerse en cuenta que el derecho individual de un comunero casado sobre el uso o goce de la cosa común no derivará naturalmente del título de comunidad, sino de un eventual acuerdo comunitario.

Tampoco sería aplicable el articulo 1320 CC en los actos de modificación hipotecaria, tales como segregaciones, agrupaciones, divisiones materiales o división horizontal, pues no son actos dispositivos.

IX. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONFORMIDAD DEL OTRO CÓNYUGE.

Si la vivienda es familiar habitual debe consentir el otro cónyuge. Ahora bien, en relación a la naturaleza de este consentimiento, la DGSJFP considera que se trata más bien de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno (esto es, concluido por otro). De manera que cabe la posibilidad de que este asentimiento pueda deducirse de la simple comparecencia del interesado en el título calificado, sin necesidad de una expresa manifestación al respecto (R. 25-4-2005 y 12-5-2007)[8].

El consentimiento requerido para el acto de disposición por el art. 1320 CC es exclusivamente el del cónyuge del titular de la vivienda o del derecho sobre ella, no el de los hijos. La eventual oposición de los hijos que convivan con sus progenitores en esa vivienda, aunque sean mayores de edad, es por completo irrelevante. La ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva o no el cónyuge del disponente (R. 26-1-2022).

La declaración exigida por el art. 91 RH de no ser la finca vendida el domicilio habitual del vendedor puede ser hecha por un representante legal, y también por

8 Así consideró inscribible la hipoteca una vivienda privativa de la esposa, en garantía de un préstamo concedido a ella y a su esposo. Éste recibe el préstamo y firma la escritura. El registrador suspende la inscripción por entender que de tales circunstancias no se desprende que haya prestado el consentimiento previsto en el art. 1320 CC, por lo que, o bien la esposa ha de manifestar que la vivienda no es domicilio conyugal, o bien el marido ha de consentir de manera expresa. No lo estima así la Dirección General, para quien el consentimiento exigido por el art. 1320 CC tiene más bien carácter de asentimiento y así resultaba del hecho de la comparecencia de ambos en la escritura.

un apoderado, aun sin poder expreso para ello, siempre que tenga poder para vender. (R. 17-12-1987).

En caso de venta, por un divorciado, de vivienda que adquirió en estado de casado con separación de bienes, al manifestar que es divorciado y no constar inscrito el derecho de uso en favor de la esposa, será posible inscribir la enajenación. Los arts. 1320 CC y 91.1 RH no son aplicables cuando el disponente es un divorciado, ni siquiera en previsión de que, como consecuencia del proceso de divorcio, se hubiera constituido sobre la vivienda, y a favor del ex cónyuge, el derecho de uso previsto en el art. 96 CC (R. 29-10-2020).

No obstante, tras el cambio de redacción en el texto del art. 96 CC, cuyo párrafo tercero, tras la reforma por ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad, establece:

"Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

No existe una expresa exigencia legal de manifestación de no atribución del uso al otro cónyuge no titular, pero parece que la presupone.

En cuanto a los cónyuges extranjeros que realizan actos dispositivos, les será aplicable la norma cuando la legislación aplicable al matrimonio contenga una exigencia similar al art. 1320 C.C., por lo que el registrador tiene facultades para exigir la acreditación de esa ley si no la conociera directamente conforme a los arts. 18 LH y 36 RH.[9]

X. INAPLICACIÓN EN EL CASO DE COMPRA, AUNQUE SEA CON FINANCIACIÓN HIPOTECARIA.

La manifestación impuesta por el art. 91.1º RH (de no ser la vivienda de que se dispone el domicilio familiar del disponente), alcanza a los casos de constitución de hipoteca, pero no a los supuestos de compra y sucesiva hipoteca, esto es, aquellos

9 La resolución de 13 de enero de 1999 consideró que no era exigible cuando se desconoce cuál es la Ley reguladora del régimen económico-matrimonial del vendedor (como ocurría en el caso debatido, en el que los diferentes domicilios reseñados por el transmitente, las distintas nacionalidades suya -argentina- y de su esposa -española-, y el hecho de haber pactado ambos el régimen de separación, inscrito en un Registro Civil español, impedían precisar dicha Ley reguladora) y no se sabe por tanto si ésta exige el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de la vivienda familiar. Todo ello sin perjuicio de las facultades del registrador para exigir la acreditación de dicha Ley y, en su caso, de su concreto contenido.

en que la hipoteca se constituye para financiar la adquisición de la vivienda que se grava, y aun cuando ésta vaya a constituir el domicilio conyugal.

Es aplicable en relación al 1320 CC la doctrina del negocio jurídico complejo, de manera que se considera prevalente la "causa adquirendi". Si el préstamo hipotecario se obtuvo para financiar la adquisición de la finca hipotecada, debe prevalecer la "causa adquirendi" frente a la "causa disponendi".

Se equipara así a los casos de adquisición de vivienda ya gravada con hipoteca, que puede ser efectuada por uno solo de los cónyuges sin necesidad de consentimiento del otro ni manifestación alguna acerca de su destino, aunque la vivienda que se adquiere tenga como destino el de constituir el domicilio familiar. (R. 22-5-2006).

XI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HIPOTECA DE LA VIVIENDA FAMILIAR HABITUAL.

El régimen jurídico especial de la vivienda habitual se manifiesta en general en los actos dispositivos -como se ha visto- y en particular en caso de hipoteca de vivienda familiar.

Tan es así que en la escritura de constitución de hipoteca sobre vivienda debe constar el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.3 LH, modificado por el art. 3.1 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo. En caso de hipoteca, por tanto, obligatoriamente debe existir en la escritura una manifestación de si es o no vivienda familiar habitual.

Dispone en efecto el art. 21.3 LH que: "En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución".

En primer lugar, para hipotecar la vivienda habitual familiar debería comparecer el cónyuge del titular registral deudor hipotecario, por aplicación del 1320 CC.

En segundo lugar, porque el régimen de la hipoteca sobre vivienda familiar habitual es especial y tiene una protección especial[10].

10 La afirmación de que la vivienda va a destinarse a vivienda habitual en el futuro no significa que no lo sea ya en el momento de la compra. Por eso debe quedar clara la afirmación de que no es vivienda habitual en el momento de la compra para no aplicar el 1320 CC. Yo creo que el compromiso de dedicarla a vivienda habitual es actual y ya produce efectos, exigiendo la intervención del cónyuge del deudor hipotecante. Incluso puede ocurrir que ya tuvieran la finca en posesión como vivienda habitual por otro título anterior a la compra (arrendamiento, por ejemplo). Judicialmente puede plantear problemas la aplicación de

El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual del hipotecante tiene como precedente el párrafo segundo del número tres del art. 693 LEC que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor, si el bien hipotecado fuese la "vivienda familiar", liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aún sin consentimiento del acreedor.

También fue un concepto utilizado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, al introducir la disposición adicional sexta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, discriminando por vez primera el valor de adjudicación al acreedor en caso de subasta desierta por un determinado porcentaje del valor de tasación, distinto según se tratase o no de vivienda habitual.

De la misma forma, la Ley 1/2013 estableció una serie de medidas dirigidas a la protección del deudor hipotecario, que se pueden sistematizar en dos grupos en función de que la finalidad del préstamo u obligación garantizada sea la de financiar o no la adquisición de la vivienda habitual.

Así, en cuanto al primer grupo, además de medidas temporales sobre suspensión de lanzamientos por un plazo de once años de aquellos desahucios en curso, y sobre la limitación de los intereses de demora –tres veces el interés legal del dinero y prohibición del pacto de anatocismo– (cfr. art. 114.3.º LH), se estableció que el plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, modificado por el art. 4.Seis de la Ley 1/2013, de 15 de mayo).

En cuanto al segundo grupo de normas protectoras de la vivienda habitual, con independencia de que la obligación garantizada esté o no destinada a su adquisición hay que citar las siguientes:

a) no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor, si se tratara de vivienda habitual del deudor, por valor inferior al 70% del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje, por el 60 % (art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción dada por el art. 7. Diez de la Ley 1/2013);

la doctrina del acto complejo en este caso, no sé si puede servir ante la oposición fundada en la no intervención del cónyuge ex artículo 1320 C.C., que insisto podría alegar que viene ocupando la vivienda con anterioridad o ya había un compromiso actual de dedicarla a vivienda habitual (que además se va a reflejar en el Registro). Es bien fácil eludir el 1320 CC. afirmando con claridad que no es vivienda habitual en el momento de la compra, lo que ya sí claramente permitiría aplicar la doctrina del acto complejo.

b) en caso de vencimiento anticipado si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá pedir, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de la presentación de la demanda (art. 693.3 LEC, modificado por el art. 7.Trece de la Ley 1/2013).

Pero es que además nuestro régimen hipotecario ha sufrido una reforma generalizada en los últimos años para su adaptación a la Directiva 93/13/CE en materia de protección del consumidor, y de varias sentencias del TJUE considerando que nuestra legislación hipotecaria y procesal de ejecución hipotecaria no la respetaba.

Con carácter general la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ha dado el paso definitivo al establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. En particular ha limitado los intereses de demora y los pactos de vencimiento anticipado.

En efecto se ha modificado la regulación de los pactos de vencimiento anticipado por impago de capital o intereses en todo tipo de préstamos hipotecarios. Conforme al art. 24 LCCI la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas deben equivaler al menos:

2.1. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

2.2. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

En cuanto a la cláusula suelo: El art. 21 LCCI establece que en las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés, y que el interés remuneratorio en dichas operaciones no podrá ser negativo. Por lo tanto, se prohíbe directamente pactar cláusulas suelo respecto de los préstamos a los que le es aplicable la ley.

En relación a los Intereses de demora: El art. 25 LCCI establece que en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) LEC. Ya esto lo establecía el 114 LH tras la reforma por ley 1/2013.

Otras medidas se adoptaron en relación a la tasación de los inmuebles.

El art. 129.2 a) LH, establece que el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. De acuerdo con ello, el tipo fijado para la subasta en caso de venta extrajudicial ha de ser el 100% del que conste en la tasación realizada de acuerdo con el art. 13 LCCI.

Además, el importe del principal no puede exceder del sesenta por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual no podrá exceder del 80% de dicho valor de tasación de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo.

La Disposición adicional 8ª LCCI establece la obligación del registrador de remitir gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación. Para ello se exige además que en la escritura se haga constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones.

Se regula también el acta notarial de transparencia: El art. 15.7 LCCI establece que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta de transparencia. En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto.

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación se potencia obligando a la inscripción de los modelos de préstamos hipotecarios. Es preciso acreditar el

depósito del modelo de contrato utilizado mediante acceso telemático al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, en el que se la haya asignado un código identificador único, que debe reflejarse en la escritura de préstamo hipotecario (no se califica como defecto). Artículo 11.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículo 7 de la Ley de Crédito Inmobiliario, e Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2019.

En cuanto a la ejecución judicial de vivienda habitual:

a) En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al ejecutante, podrá el ejecutado liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas. Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades reclamadas. (arts. 670 y 693.3 LEC).

b) Art 579 LEC: En el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

1. El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el sesenta y cinco por ciento de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el sesenta y cinco por ciento dentro del plazo de cinco años, satisficiera el ochenta por ciento dentro de los diez años.

2. En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un cincuenta por ciento de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

De ahí que se ponga nota al margen de la inscripción de adjudicación y el registrador notifica al juzgado si se da el supuesto previsto en el art. 579.2 LEC.

XII. RÉGIMEN JURÍDICO EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL, Y EN PARTICULAR EN LOS CONVENIOS DE REGULACIÓN DE LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

En caso de crisis matrimonial la protección de la vivienda familiar vuelve a resurgir.

Así los arts. 90 y 91 C.C. consideran como contenido esencial de los convenios reguladores de la nulidad, separación y divorcio, la determinación de la persona a la que se atribuye el uso de la vivienda familiar. En particular el articulo 96 dispone que:

"1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

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

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la

Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

En las SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 y 861/2010, de 18 enero 2010 esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la STS 859/2009 formula la siguiente doctrina casacional: "[...] De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar , cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)". Esta doctrina está confirmada por la STS 861/2008, de 18 enero 2010 , donde se añade que "El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que 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). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges [...]".

Aunque el derecho de uso tiene naturaleza discutida, considerándose por la DGSJFP más un derecho familiar que un derecho real, de forma que corresponde, salvo pacto, a aquél de los cónyuges en cuya compañía queden los hijos, siendo más bien una limitación dispositiva frente a actos unilaterales del titular, lo cierto es que cada vez más la jurisprudencia y la propia doctrinal de la DG ha ido reconduciendo la figura acercándola a la categoría de derecho real inscribible, que puede atribuirse también expresamente a los hijos menores, y que se rige por las normas generales de oponibilidad de los derechos reales.

Incluso la doctrina que entiende que es un derecho familiar y no un derecho real, considera que deben aplicarse las reglas de la prioridad registral.

Así Manzano Fernández[11] afirma que el derecho de uso puede ser adjudicado al cónyuge no titular y a los hijos, si los hay. La titularidad del bien no obsta a la continuación del uso y disfrute del mismo por el no titular. Se trata de una situación posesoria que ya existía constante el matrimonio y que ahora continúa por acuerdo de los excónyuges o decisión de la autoridad judicial. Considera que la atribución del uso no es un derecho real, no es un derecho patrimonial, sino familiar, que trae causa de un título preexistente cual es la titularidad de uno de los excónyuges y que tiene como finalidad evitar que uno de ellos pueda de forma unilateral disponer voluntariamente de la vivienda y provoque el cese del uso y de la posesión. En consecuencia, cuando el título que legitima el uso se extingue, se extingue este también.

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, el código civil exige en los arts. 1320 (situaciones de normalidad matrimonial) y 96.4 (crisis) el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial. Estos preceptos no son aplicables a las ejecuciones forzosas, pues en estas se prescinde, en todo caso, de la voluntad de los interesados y la decisión emana de un órgano judicial. Por eso Manzano Fernández considera que, inscrita la atribución judicial del uso en el registro de la propiedad, esta decae frente a las cargas anotadas o inscritas con carácter anterior y preferente a su constancia registral, por lo que el adjudicatario, tras la subasta y posterior remate, adquiere el bien libre de gravámenes. A mi juicio en este caso de ejecución de hipoteca anterior, si el derecho de uso está inscrito antes de la demanda de ejecución, debe demandarse y requerirse de pago también al titular del derecho de uso, como ocurre con el usufructuario.[12]

En cuanto al embargo anotado con posterioridad a la inscripción de la atribución del uso y llegado el momento de la adjudicación tras el remate, considera Manzano Fernández que el uso se extingue porque si ya no hay título que justifique la posesión, el Juez no puede crearlo frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. El adquirente recibe el bien libre de cargas porque así lo recibiría constante el matrimonio. La constancia registral del uso solo obliga, a tenor del 144.5 del reglamento hipotecario, a notificar al usuario de la existencia

11 Véase Manzano Solano, M. M.: "La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo 2012, núm. 730.

12 En cuanto al grado de intervención que en el proceso de ejecución hipotecaria haya de tener el cónyuge usuario, el Centro Directivo, aplicando su propia doctrina en relación con el tercer poseedor de finca sujeta a ejecución hipotecaria, resuelve que el titular del derecho de uso ha de ser demandado en el proceso de ejecución si tal derecho de uso era conocido por el ejecutante, o si constaba inscrito en el Registro con anterioridad a la iniciación del proceso (R. 8-3-2018).

del embargo, para que el registrador pueda proceder a la anotación preventiva del mismo.

Aunque el tratamiento es muy similar a los derechos reales, sin embargo, tiene alguna diferencia con ellos, pues no tiene carácter patrimonial. Así, por ejemplo, el derecho de uso no puede recaer sobre una cuota indivisa de la vivienda. Ello, dice la Dirección General, constituye una diferencia sustancial con el derecho de usufructo (R. 20-6-2019).

Hoy en día ya es consolidada la doctrinal, jurisprudencial y de la DGSJFP de la necesidad de tracto sucesivo para la inscripción y de la conveniencia -incluso imperatividad si hay hijos con discapacidad- de la inscripción del derecho de uso para su oponibilidad a terceros.

En todo caso el derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario es un derecho oponible a terceros y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad. (STS 11-12-1992). 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, a fin de evitar que una eventual manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH.

La posibilidad de que el derecho de uso sea atribuido en el convenio a los hijos menores, cuya custodia se asigna a uno de los progenitores, se ha ido abriendo paso por la jurisprudencia, y la doctrina de la DGSJPF lo aceptado finalmente, a diferencia de la limitación dispositiva en favor del cónyuge del art. 1320 CC.

En definitiva, si el juez así lo ha aprobado, es inscribible, siempre que se indiquen las circunstancias identificativas de los hijos[13].

13 Véase R. 19-5-2012. Doctrina reiterada en R. 2-6-2014, R. 24-10-2014 y R. 20-10-2016, que destacan que, igualmente por exigencias del principio registral de especialidad, el derecho de uso así atribuido deberá estar claramente determinado (ver caso práctico Madrid, BCNR-66, 2019). Doctrina que igualmente sigue la sentencia 31-3-2016 JPI nº 17 de Valencia, (dictada en juicio verbal entablado directamente contra calificación registral negativa). La doctrina sobre admisibilidad de la atribución del derecho de uso a los hijos menores y la necesidad de identificar a éstos es reiterada por la R. 11-1-2018 que señala además: que la identificación de los hijos puede efectuarse mediante la aportación del Libro de Familia, y que si la inscripción de ese derecho se solicita para cuando los hijos son mayores de edad, corresponde al registrador valorar en qué medida tal circunstancia afecta a la inscribibilidad del derecho (señalando la Dirección General que si no consta que el hijo, ya mayor de edad, haya renunciado al derecho, éste ha de entenderse subsistente). La doctrina sobre admisibilidad de la atribución del derecho de uso a los hijos menores y la necesidad de identificar a éstos es reiterada por la R. 8-3-2018, la R. 30-5-2018, y R. 16-5-2019, la última de las cuales exige una clara determinación del derecho así atribuido (en el caso debatido, parecía que lo que los cónyuges habían convenido era una simple fijación de domicilio por el cónyuge bajo cuya custodia quedaban los hijos menores). La R. 2-6-2020, la R. 17-5-2021 y la R. 29-11-2021 reiteran que es necesaria la constancia de las circunstancias identificativas de los hijos menores a quienes se atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

En particular sólo será inscribible si hay tracto sucesivo, poniendo así fin a las interpretaciones doctrinales -y alguna jurisprudencial- que consideraban oponible el derecho de uso atribuido judicialmente incluso aunque no perteneciera el inmueble a ninguno de los cónyuges o no hubiera un título habilitante para el disfrute.

En algún caso se ha considera no inscribible el derecho de uso si el usufructo de la finca está inscrito a nombre de tercero (en el caso debatido, el padre del marido). Apunta la Dirección General que cuestión distinta sería plantearse la posibilidad de inscribir el derecho de uso como sucesivo al usufructo, pero no entra en su examen dados los términos del convenio regulador calificado. (R. 21-6-2004). Por el contrario, la R. 20-6-2019 admite abiertamente la posibilidad de inscribir un derecho de uso sobre finca con usufructo a nombre de tercero, pues la limitación en cuanto al disfrute desaparecerá cuando se extinga el usufructo.

El derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales o por cualquier otra causa traslativa, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho. Por el contrario, si se ha inscrito el derecho de uso a favor de un cónyuge sobre vivienda inscrita por mitad a favor de ambos cónyuges, la disolución del condominio, con adjudicación al cónyuge no usuario, no supone sin más la extinción del uso. Tal hecho solo ocurrirá si el cónyuge usuario renuncia expresamente al derecho de uso (R. 19-1-2016).

En cuanto a la atribución del uso a uno de los cónyuges, perteneciendo la vivienda al padre del otro, habrá que estar a la causa de la cesión de la vivienda por su propietario a los excónyuges: si fue un contrato, se estará a lo que resulte de éste; si se trató simplemente de una posesión tolerada, nos hallamos ante un precario y habrá que devolver la finca a su dueño (STS 26-12-2005).

La STS 2-10-2008 considera que el cónyuge adjudicatario es un precarista que puede ser desahuciado por el dueño de la vivienda, quien no puede verse afectado por las resultas de un proceso matrimonial en el que no ha sido, no podía serlo, parte.

La inscripción del derecho de uso, conlleva la necesidad de fijación de un plazo de duración.

El Tribunal Supremo (STS 12 de junio de 2020) considera que en principio debe ser temporal. Parte de su doctrina sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de guarda y custodia compartida, considera que es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer

del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

La indeterminación de la duración de un derecho de uso impide su inscripción. Así, pactado en un convenio regulador por divorcio un derecho de uso en favor de los hijos sobre la vivienda familiar, para el caso de fallecimiento de la madre con la que conviven, y "mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico", señala el Centro Directivo que la indeterminación de este derecho, que no solo pone en cuestión su alcance, sino incluso su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que se prestaría un eventual derecho de alimentos respecto de los hijos), impediría su acceso al Registro[14].

Inicialmente el centro directivo había considerado que no era imprescindible el señalamiento de un plazo para que el derecho de uso sobre la vivienda familiar pueda ser inscrito, por las siguientes razones: a) si bien es necesario que conste en el Registro el plazo de duración de los derechos reales limitados en el tiempo, es lo cierto que el derecho de uso no tiene tal carácter real, al ser más bien un derecho de naturaleza puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda (art. 96 CC); b) aunque no se le señale un plazo de duración, el derecho de uso siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y c)la atribución del derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas adoptadas por el juez en los casos de separación y divorcio, puede ser modificada cuando se alteren sustancialmente las circunstancias (art. 91 CC), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión. (R. 20-2-2004). En la R. 2-6-2014 sin embargo, declara la Dirección General que, si bien debe fijarse su temporalidad, ello no implica que haya que fijar un día "certus" (salvo que alguna legislación civil especial así lo establezca, como ocurre en Cataluña).

A la vista de la doctrina del TS sobre el particular (STS 18-5-2015 y 29-5-2015) llega la Dirección General a la conclusión de que el tratamiento de la cuestión ha de ser diferente en función de que existan o no hijos menores que queden al

14 RDGSJFP de 1 de septiembre de 1998.

cuidado del cónyuge a quien se hubiera atribuido el derecho de uso: si los hay, no cabe imponer limitaciones temporales (que de todas formas resultarán de modo indirecto, una vez hayan llegado los hijos a la mayoría de edad), mientras que si no hay hijos, o éstos son mayores (pfo. tercero del art. 96 CC), y al no ser necesario atender, como interés superior al del cónyuge propietario, a la protección de hijos menores, necesariamente ha de imponerse un límite temporal al derecho de uso (esta fue la solución dada al caso resuelto). (R. 20-10-2016).

El derecho de uso, no inscrito, a favor del cónyuge no propietario decae ante la ejecución de una hipoteca preferente (aun cuando ésta hubiera sido constituida únicamente por el cónyuge propietario, en estado de soltero). Así lo entiende la Dirección General, sobre la base de la doctrina sentada por la STS 6-3-2015. Razona la Dirección General que, no estando inscrito el derecho de uso, su titular no puede ser protegido por el Registro, al haber él mismo prescindido del amparo registral.

Y es que el hecho incontestable de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicación al mismo de los principios reguladores del sistema hipotecario, y entre ellos el de prioridad, por lo que procede la purga del derecho de uso como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad. (R. 8-3-2018). Esta R. es invocada por la R. 29-11-2021 según la cual si el titular del derecho de uso, pudiendo hacerlo, no ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, no podrá oponerlo a un tercero que sí haya inscrito el suyo.

XIII. INCORPORACIÓN AL PATRIMONIO GANANCIAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADQUIRIDO ANTES DEL MATRIMONIO CON PRECIO APLAZADO SATISFECHO DESPUÉS DEL MATRIMONIO EN PARTE CON DINERO GANANCIAL.

El art. 1357 CC establece como regla general que los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Sin embargo, se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354 CC, según el cual los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Con ello se consigue atraer a la masa ganancial la parte proporcional de lo pagado después del matrimonio con dinero ganancial.

Desarrolla la materia el art. 91.2 RH según el cual:

"2. El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad, los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado.

3. La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal".

La interpretación "pro vivienda familiar" y para su protección se manifiesta también en los supuestos en que habiendo sido comprada antes del matrimonio, pero pagada después con dinero ganancial, se aplica la solución del art. 1354 CC. Así en un caso de adquisición de vivienda privativa, adquirida por persona soltera, pero en que en la que ésta paga el precio al contado, con el importe de un crédito hipotecario que pide sobre aquélla, esto es, pagado el préstamo, íntegramente, una vez el comprador ha contraído matrimonio y a cargo de éste, entiende el TS que en tal caso no es aplicable el párrafo 1º art. 1357 CC (en cuyo caso la vivienda sería privativa), sino que al tratarse de vivienda familiar y ser equiparables las sucesivas amortizaciones de la hipoteca con los pagos de una compraventa a plazos, la norma aplicable es el pfo. 2º de dicho artículo, que remite al art. 1354 CC, lo que lleva a reputar la finca como ganancial (STS 31-10-1989).

XIV. LA ESPECIAL REGULACIÓN QUE TIENE EN MATERIA GANANCIAL Y SUCESORIA.

Otra manifestación de la protección de la vivienda familiar habitual se produce en materia sucesoria. En concreto en el art. 822 CC, que dispone:

"La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente,

pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación".

En efecto, el art. 1406 CC establece que:

"Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.

3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".

El derecho de predetracción que el art. 1406.4º CC concede al cónyuge viudo (reclamar la atribución preferente de la vivienda familiar, hasta donde alcance su haber hereditario) no constituye un supuesto de transmisión de derechos hereditarios, sino un específico derecho de atribución preferente al que no se pueden oponer los demás interesados en la herencia (salvo los legitimarios, en el caso de que perjudique sus derechos) (R. 2-3-2015).

Por su parte el art. 1321 CC dispone que:

"Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.

No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor".

XV. EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA VIVIENDA DEL DEUDOR EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Finalmente, señalar que la ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas, en su art. 5, ha modificado el art. 8 de la Ley 14/2013,

de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que queda redactado como sigue:

"Artículo 8. Eficacia de la limitación de responsabilidad.

1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1.911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance a los bienes no sujetos con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta ley.

2. Podrán beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, así como los bienes de equipo productivo afectos a la explotación y los que los reemplacen debidamente identificados en el Registro de Bienes Muebles y con el límite del volumen de facturación agregado de los dos últimos ejercicios. En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior.

3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, y los bienes de equipo productivo, que se pretende no hayan de quedar obligados por las resultas del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo.

4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable"

También se modifica el apartado 1 del artículo 9, que queda redactado como sigue:

"1. La condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada se adquirirá mediante su constancia en la hoja abierta al mismo en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio.

Además de las circunstancias ordinarias, la inscripción contendrá una indicación de los activos no afectos conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 8 de esta

ley y se practicará en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual.

Será título para inmatricular al Emprendedor de Responsabilidad Limitada el acta notarial que se presentará obligatoriamente por el notario de manera telemática en el mismo día o siguiente hábil al de su autorización en el Registro Mercantil o la instancia suscrita con la firma electrónica reconocida del empresario y remitida telemáticamente a dicho Registro"

Por su parte, se modifica el art. 10, que queda redactado como sigue:

"Artículo 10. Publicidad de la limitación de responsabilidad en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles.

1. Para su oponibilidad a terceros, la no sujeción de la vivienda habitual o los bienes de equipo a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Bienes Muebles, en la hoja abierta al bien.

2. Inmatriculado el Emprendedor de Responsabilidad Limitada, el Registrador Mercantil expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad y al Registrador de Bienes Muebles de forma inmediata, siempre dentro del mismo día hábil, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual o del bien de equipo de aquel emprendedor.

3. Practicada la inscripción a que se refiere el primer apartado de este artículo, el Registrador denegará la anotación preventiva del embargo trabado sobre bien no sujeto a menos que del mandamiento resultare que se aseguran deudas no empresariales o profesionales o se tratare de deudas empresariales o profesionales contraídas con anterioridad a la inscripción de limitación de responsabilidad, o de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

4. En el caso de enajenación a un tercero de los bienes no sujetos se extinguirá respecto de ellos la no vinculación a las resultas del tráfico pudiéndose trasladar la no afección a los bienes subrogados por nueva declaración de alta del interesado"

BIBLIOGRAFIA

MANZANO FERNÁNDEZ, M.: "La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Marzo 2012, núm. 730.

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN ARRENDAMIENTO

SOME ISSUES ABOUT THE REGIME OF THE RENTED FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 414-445

Francisco
Javier JIMÉNEZ
MUÑOZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: La vivienda constituye uno de los elementos principales del patrimonio de las familias, lo que pone de manifiesto la importancia del estudio del régimen de la vivienda familiar en arrendamiento, ámbito sobre algunas de cuyas principales cuestiones versa el presente trabajo, partiendo del planteamiento del concepto de qué debe entenderse por "vivienda familiar" a ese respecto. En relación con este régimen arrendaticio, es importante distinguir entre las fases "fisiológica" y "patológica" del matrimonio, es decir, entre el devenir normal del matrimonio y la existencia de situaciones de crisis (nulidad, separación, divorcio), planteándonos en relación con la primera si el derecho de arrendamiento tiene carácter privativo o ganancial y tratando igualmente la normativa especial que se ha venido dictando últimamente para hacer frente a la vulnerabilidad habitacional.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; derecho arrendaticio; privatividad; ganancialidad; vulnerabilidad habitacional; crisis matrimoniales; derecho de uso de la vivienda familiar.

ABSTRACT: *Housing constitutes one of the main elements of family assets, which highlights the importance of studying the regime of rented family homes, dealing this paper about some of the main issues of this area, from the approach to the concept of what should be understood by "family home" in this regard. In relation to this tenancy regime, it is important to distinguish between the "physiological" and "pathological" phases of marriage, that is, between the normal course of marriage and the existence of crisis situations (annulment, separation, divorce), considering in relation with the first, whether the tenant's right is private or community-based, and also dealing with the special regulations that have been issued recently to deal with housing vulnerability.*

KEY WORDS: *Family house; tenancy law; private and community-based assets; housing vulnerability; marriage crises; right to use the family home.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.- III. EL ARRENDAMIENTO DURANTE LA SITUACIÓN DE NORMALIDAD DEL MATRIMONIO.- 1. Naturaleza del derecho arrendaticio.- 2. La normativa especial frente a la vulnerabilidad habitacional.- A) El concepto de persona vulnerable a efectos habitacionales.- B) Las medidas protectoras de los arrendatarios en situación de vulnerabilidad habitacional: la suspensión de los desahucios.- C) Las medidas protectoras de los arrendatarios en vulnerabilidad habitacional ya desaparecidas: moratoria del pago de la deuda y aplazamiento de las rentas arrendaticias, y prórroga de los contratos.- IV. EL ARRENDAMIENTO EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DEL MATRIMONIO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La de tener cubierto el propio alojamiento es una de las necesidades básicas del ser humano, y por ello la vivienda constituye uno de los elementos principales del patrimonio de las familias. Al respecto, si bien en España la propiedad de la vivienda familiar sigue siendo —conforme a la tendencia tradicional, propia de la idiosincrasia de nuestro país, frente a lo generalmente entendido en otros países— la forma de titularidad predominante, las viviendas familiares en arrendamiento adquieren una relevancia creciente[1]. Ello pone de manifiesto la importancia del estudio del régimen de la vivienda familiar en arrendamiento, ámbito que suscita una rica problemática, cuyo total abarcamiento excedería de los límites en que puede desarrollarse este estudio. Por ello, sobre algunas de las principales cuestiones derivadas de esta materia versa el presente trabajo.

En relación con este régimen, es importante distinguir entre las fases "fisiológica" y "patológica" del matrimonio, es decir, entre el devenir normal del matrimonio y la existencia de situaciones de crisis (nulidad, separación, divorcio), pudiéndonos plantear en relación con la primera si el derecho de arrendamiento debe ser considerado privativo o ganancial, e igualmente merece atención la normativa especial que se ha ido dictando —sobre todo a raíz de la crisis derivada de la pandemia de COVID-19— para hacer frente a la vulnerabilidad habitacional.

Pero antes de hablar de la "vivienda familiar" debemos saber a qué nos referimos con ese concepto.

1 Así, en 2021 (últimos datos oficiales publicados) el porcentaje de viviendas en propiedad era del 75,2 % del total nacional de los hogares, frente al 78,9 % de 2011; y el porcentaje de la población española con vivienda en régimen de arrendamiento alcanzó el 24,9 % (mientras que en 2011 era de solo un 20,3 %), equivalente al 15,9 % de los hogares (13,5 % en el censo de 2011). Fuente: INE, Encuesta de condiciones de vida. Base 2004 y Encuesta de Características Esenciales de la Población y las Viviendas, www.ine.es.

• Francisco Javier Jiménez Muñoz
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Correo electrónico: fjimenez@der.uned.es

II. EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

Por "vivienda familiar" podemos entender el bien inmueble en el que, con independencia de su titularidad, se desarrolla con carácter principal la satisfacción de la necesidad de alojamiento de la familia, a que antes nos referíamos[2], sin perjuicio de que además puedan existir otras viviendas o alojamientos en que la familia resida con carácter esporádico o secundario (segundas viviendas, alojamientos vacacionales…).

Sería así aquella en que los cónyuges han ubicado su domicilio, situando en ella «el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles» (art. 40 del Código Civil —en adelante, CC—), y que ha debido fijarse de común acuerdo por los cónyuges, o subsidiariamente por el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 70 CC). Sería la vivienda en que la familia reside conjunta y habitualmente, coincidiendo de este modo con el concepto de "vivienda donde tuviese la residencia habitual" que el Código Civil utiliza en otras ocasiones (así en el art. 1.406.4º). Es un concepto próximo al de domicilio conyugal[3] como sede jurídica de ambos cónyuges, al margen de que puedan existir adicionalmente domicilios individuales de cada uno de ellos, pero se diferencia en que el domicilio familiar es el de la familia, se base o no en el matrimonio (como en el caso de parejas no casadas o cuando un progenitor reside con los hijos en los casos de crisis matrimonial), y toma como punto de referencia la residencia de los hijos, cuando existen y residen con alguno de sus progenitores; por eso, disuelto el matrimonio solo cabe hablar de domicilio familiar, y no conyugal. En este sentido, a efectos de cualificar la vivienda, por "familiar" debe entenderse la de la familia nuclear, constituida por el matrimonio o miembros de la unión de hecho y los descendientes (y eventuales ascendientes a su cargo) que conviven con ellos, sin que de este modo puedan incluirse en el concepto de vivienda familiar las residencias de otros parientes y aun hijos que vivan separados de sus progenitores.

Actualmente, hay tres tipos diferentes de regulaciones de arrendamientos de viviendas: el arrendamiento de vivienda habitual, el de vivienda no habitual y el de vivienda turística[4], regulados respectivamente por la normativa específica (Título II) de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en lo sucesión, LAU o LAU-1994)

2 En ese sentido, la STS 16 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9020) apuntó que "la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad)", tratándose según la STS 31 diciembre 1994 (RAJ 1994, 10330) de un "bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario".

3 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Vol. II, 2ª ed., reimpr. revis., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 291.

4 Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 4, p. 52.

para los arrendamientos que recaen sobre una "edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario" (art. 2 LAU); la dedicada "para uso distinto del de vivienda" (Título III), heredera de la dedicada por el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (mencionado en lo sucesivo como TRLAU-1964) al arrendamiento de locales de negocio, lo que la hace en general poco apropiada para viviendas[5]; y el CC cuando estén sometidos a la normativa turística (art. 5.e) LAU), mientras que si no lo estuvieran entrarían en la regulación del arrendamiento "para uso distinto del de vivienda". Además, fuera de la regulación de la LAU quedan otras viviendas con características especiales excluidas por el art. 5 LAU:

a) Viviendas de porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten. Se regirán por el CC.

b) Viviendas militares, que se regirán por su legislación específica.

c) Casa-habitación ubicada en una finca en que el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio sea la finalidad primordial del arrendamiento, que se regirán por la legislación arrendaticia rústica.

d) Viviendas universitarias, que se regirán por la normativa establecida al efecto por la correspondiente universidad.

Por tanto, de estos tres (o cuatro) tipos de viviendas arrendadas, es al primero al que nos referiremos en el presente trabajo, dejando al margen los casos en que la familia pudiera residir en viviendas que se ubicarían en los otros tipos, bien esporádicamente (apartamentos turísticos, por ejemplo) o incluso permanentemente (así, por ejemplo, las familias de porteros, militares, aparceros agrícolas, profesores a los que su universidad ha asignado una vivienda universitaria…). De esta forma, nos centraremos en el arrendamiento de viviendas caracterizadas, conforme al art. 2 LAU, por ser una edificación habitable y que su destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, de modo que reúna las condiciones objetivas de habitabilidad que permitan que la familia desarrolle en ella su residencia, y que lo hagan en unas condiciones compatibles con el mantenimiento de la intimidad familiar.

5 Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción", cit., pp. 52-53.

III. EL ARRENDAMIENTO DURANTE LA SITUACIÓN DE NORMALIDAD DEL MATRIMONIO.

1. Naturaleza del derecho arrendaticio.

Cuando el matrimonio está sometido al régimen de gananciales, podemos plantearnos cuál es la naturaleza, ganancial o privativa, del derecho arrendaticio.

En los casos de contratos celebrados con anterioridad a la celebración del matrimonio, o en un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes, no hay dificultad en entender que el derecho es privativo del contratante, lo mismo que tampoco planteará problema el supuesto en que el contrato se realiza conjuntamente por ambos cónyuges, constante matrimonio, para ubicar en el inmueble la vivienda familiar, habiendo una cotitularidad de los cónyuges cocontratantes sobre el derecho de arrendamiento, lo que se manifestará en que por ejemplo —como veremos— no habrá subrogación por el hecho de que uno de ellos continue en el uso de la vivienda tras el fallecimiento del otro, sino una consolidación de su posición, pasando de cotitular a titular único; pero cuando el contrato se realiza constante matrimonio, a fin de instalar en el inmueble la vivienda familiar y abonando las rentas con fondos gananciales, se plantea si el derecho arrendaticio tendrá naturaleza ganancial.

La posición en favor de la ganancialidad es defendible básicamente sobre la base del criterio de ganancialidad por subrogación real del art. 1.347.3º del Código Civil, que establece la naturaleza ganancial de los bienes (incluyendo los derechos) adquiridos a título oneroso a costa del caudal común; solución también difundida en varios ámbito del Derecho comparado[6], y ha sido tradicionalmente la tesis doctrinal mayoritaria[7], de modo que solo serían privativos los arrendamientos concertados constante matrimonio cuando lo hayan sido bajo un régimen de separación de bienes o las rentas se abonen con dinero privativo del titular (incluso habiéndose realizado el contrato durante el matrimonio), aunque no han faltado autores[8] que lo han considerado un derecho de naturaleza privativa, sobre

6 Así, se mantiene la naturaleza ganancial del derecho arrendaticio en el § 584 *BGB* y los arts. 1.614 del "Codice Civile" italiano, 1.742 del "Code Civil" francés y 215.II del belga, entre otros.

7 Así, entre otros muchos, podemos citar a Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Civitas, Madrid, 2011 (facsímil de la edición de 1963), p. 490; Madruga Méndez, J.: "Transmisión del Derecho arrendaticio de Vivienda", *RCDI*, 1969, núm. 470, pp. 239-248; De La Cámara Álvarez, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *ADC,* 1986, Vol. XXXIX-2, pp. 422-425; Ragel Sánchez, L. F.: "Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1987, núm. 5, pp. 431-432; Benavente Moreda, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pp. 354-355; Moralejo Imbernón, N.: "Comentario del art. 1385", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1611□ o Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular,* Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 47.

8 Como Fonseca González, R.: "La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales", *RDP*, 1983, T. LXVII-3, marzo, pp. 261-270.

la base de que el cónyuge no titular del contrato intervendría en el arrendamiento únicamente a través de una cesión o subrogación y que el principio de relatividad de los contratos impone que no se considere parte del contrato quien no lo ha suscrito, como es el cónyuge no titular, además de que si hubiera una cotitularidad en el arrendamiento no tendrían sentido las subrogaciones legales en favor del cónyuge (si ya es titular, no necesita la cesión para adquirir unos derechos que ya ostentaría)[9].

En cuanto a la jurisprudencia, si bien inicialmente ha dado respuestas divergentes a esta cuestión, basadas en consideraciones de justicia material de cada caso, desde la STS 3 abril 2009[10] ha pasado a mantener de modo estable su naturaleza privativa[11]: se afirma que el régimen económico matrimonial no altera la aplicación de las normas arrendaticias y la titularidad del derecho corresponde al contratante, de modo que procede el desahucio de su cónyuge si aquél fallece y dicho cónyuge no reúne los requisitos del art. 16 LAU para la subrogación mortis causa.

Podemos entender que, a falta de una clara definición legal de la naturaleza privativa o ganancial del derecho arrendaticio derivado de un contrato celebrado constante matrimonio con bienes gananciales y en atención a la familia, como sí se recoge expresamente en otros ordenamientos jurídicos[12], hemos de cohonestar las reglas propiamente arrendaticias de la LAU con las atinentes al carácter privativo o ganancial de los bienes y derechos de los artículos 1.346 y 1.347 CC[13]. En tal sentido, la LAU no entra propiamente en la cuestión de la ganancialidad del derecho de arrendamiento, pero tiende a identificar la titularidad de ese derecho con la persona del contratante, de modo que podemos afirmar que la actual LAU viene a contemplar una naturaleza privativa de tal derecho: el arrendatario es el contratante, y su cónyuge (o persona vinculada con análoga relación afectiva, en cuyo caso ya es claro que no se da el problema de la ganancialidad) es simplemente eso: el cónyuge o la pareja del arrendatario, pero no un coarrendatario, como

9 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., p. 878.

10 STS 3 abril 2009 (RJA 2009, 2806).

11 Así, con posterioridad pueden citarse, entre otras muchas, las SSTS 11 diciembre 2001 (RJA 2001, 2201), 10 marzo 2010 (RJA 2010, 2335), 10 junio 2010 (RJA 2010, 5387), 9 julio 2010 (RJA 2010, 6031), 22 noviembre 2010 (RJA 2010, 7989), 24 marzo 2011 (RJA 2011, 3007), 30 mayo 2012 (RJA 2012, 8352), 22 abril 2013 (RJA 2013, 3495), 22 octubre 2013 (RJA 2013, 6993; del Pleno de la Sala 1ª), o 26 octubre 2015 (RJA 2015, 5608). El ATS 18 octubre 2017 (JUR 2017, 262193) apunta claramente, en un caso de subrogación mortis causa, que el derecho de la esposa a la subrogación es parte del contenido de la locación e independiente del régimen de bienes del arrendatario.

12 Vid. supra nota 6.

13 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., pp. 878-879: Argelich Comelles, C.: "La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar", *RDC*, 2016, Vol. III, núm. 4, p. 131.

resultaría de los arts. 12, 15 y 16 LAU[14], aunque no sean en este punto tan claros como lo era el art. 24 TLAU-1964[15], y de hecho ello estaría en consonancia con la posibilidad de una titularidad arrendaticia exclusiva que admitirían los arts. 1320.I y 96.2 CC, cuando contemplan que el derecho que atribuye la titularidad sobre la vivienda (por tanto, también el arrendaticio) pertenezca a uno solo de los cónyuges y se atribuya al "no titular"[16]. Por otra parte, el considerar existente una cotitularidad implícita (o una ganancialidad) en el caso de contratos concertados por uno solo de los cónyuges durante la vigencia del régimen de gananciales dejaría sin contenido esos preceptos[17], que resultarían de aplicación únicamente para los supuestos de contratos anteriores al inicio del régimen de gananciales o concertados en un régimen de separación de bienes.

De este modo, si bien la transmisión voluntaria de la posición de arrendatario del contratante a favor de su cónyuge es claramente una subrogación, también la atribución judicial o convencional del uso de la vivienda familiar (uso que constituye el principal contenido del derecho arrendaticio) al cónyuge no titular en los casos de crisis familiares vendría a suponer una cesión del contrato, cesión que no obstante admiten dichos preceptos siempre que se cumplan los requisitos previstos en ellos y que se relaciona exclusivamente con el contratante, ya directamente ya por constitución por la decisión judicial (en convalidación del acuerdo en convenio regulador o como resolución de un procedimiento contencioso)[18], según los supuestos, aunque se diferenciarían en que mientras en el primer caso se trataría de una cesión definitiva, en el segundo sería de carácter temporal, como veremos.

Es cierto que las rentas arrendaticias de la vivienda familiar constituirán una carga de la sociedad de gananciales, en virtud de los arts. 1.362.1ª y 1.365.1º (en relación con el 1.319) CC, pero no por ser el derecho arrendaticio de naturaleza ganancial[19], sino porque es la familia como tal (y no solo el contratante) la usuaria

14 Argelich Comelles, C.: "La naturaleza ganancial", *op. cit.*, pp. 130-133.
En cambio, bajo la vigente LAU sigue manteniendo la ganancialidad del derecho (aunque el cónyuge que arrienda una vivienda actuando solo sea el titular formal de la relación arrendaticia) Ragel Sánchez, L. F.: "La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad", en AA. VV. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Vol. III, 2ª ed., reimpr. revis., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 784-785, que mantiene la posición que ya expresó, pero bajo la vigencia del TRLAU-1964, en "Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano", cit., pp. 431-432; o Moralejo Imbernón, N.: "Comentario del art. 1385", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), 5ª ed., Aranzadi, Cizurm Menor, 2021, p. 1788.

15 Que establecía la posibilidad de que el "inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento" subrogue al cónyuge o a otros parientes, por lo que obviamente no se consideraba inquilino al cónyuge.

16 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma", *ADC*, 1988, T. XLI-3, p. 875.

17 Respecto del art. 12, Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 347.

18 A la que deben equipararse las convalidaciones del convenio regulador realizadas por el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario en los casos de procedimientos de mutuo acuerdo sin existencia de hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, en los términos previstos en los arts. 82 y 87 CC.

19 Argelich Comelles, C.: "La naturaleza ganancial", cit., pp. 134-135.

de tal vivienda y ser gastos "encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia", encuadrables por tanto en el marco de la potestad doméstica, como resulta de que esa concepción como cargas del matrimonio también se produciría cuando el régimen aplicable es el de separación de bienes. El régimen arrendaticio es aplicable con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial y, aunque relacionados, son independientes.

Por otra parte, si bien la STC 135/1986, de 31 de octubre[20], consideró que el derecho de arrendamiento tenía naturaleza ganancial, ha de tenerse en cuenta que ello fue antes de la vigente Ley de 1994 y explicable por razones de impedir una indefensión del cónyuge del arrendatario, de modo que venía a establecer la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario derivado del art. 96 CC al considerar existente un derecho del cónyuge a ser codemandado en el juicio de desahucio aun no siendo contratante, por cuanto ambos se encontrarían en la misma posición contractual. En tal sentido, las posteriores SSTC 126/1989, de 12 de julio[21], y 289/1993, de 4 de octubre[22] han matizado esa inicial posición, entendiendo que no habría indefensión del cónyuge usuario si conoció la existencia del procedimiento de desahucio y pudo enervar la acción y además no notificó al arrendador la existencia de la resolución judicial que le atribuía el uso de la vivienda.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que nos encontramos aquí con dos tipos de relaciones: las internas entre los cónyuges o excónyuges y las relaciones externas derivadas de las relaciones contractuales de los cónyuges con terceros (es este caso, fundamentalmente, el arrendador), y el cumplimiento de las obligaciones internas no debe afectar al de las externas[23]. En ese ámbito, los actos que realice el cónyuge titular del arrendamiento que puedan considerarse como de disposición (no renovación, desistimiento, subarriendo, subrogación…) requerirán, no solo la autorización expresa del arrendador en su caso, sino también el asentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria (art. 1320 CC).

En este punto, el art. 12 LAU-1994 contempla específicamente el régimen aplicable a los casos de subrogación contractual en el derecho de arrendamiento, partiendo de que —como dijimos— el titular del contrato es solo uno de los cónyuges o parejas permanentes convivientes (durante un mínimo de dos años o con descendencia en común). En estos casos, ante la existencia de una actual o potencial separación de hecho, el precepto trata de proteger al cónyuge o pareja del arrendatario para evitar que éste adopte decisiones unilaterales que puedan

20 STC 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135).

21 STC 126/1989, de 12 de julio (RTC 1989, 126).

22 STC 289/1993, de 4 de octubre (RTC 1993, 289).

23 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., pp. 879-895.

poner fin al arrendamiento, y en tal sentido modifica el régimen ordinario del art. 1320 CC poniendo a cargo del arrendador el requerimiento al cónyuge o pareja sobre si desea que el arrendamiento continúe en su beneficio (aptdos. 1-2) o a cargo de este si el arrendatario abandonó la vivienda sin manifestación alguna (aptdo. 3), contemplando así la posibilidad de que el cónyuge o pareja se subrogue en la posición de arrendatario cuando el titular manifieste su voluntad de desistir del contrato o no renovarlo, renunciando al arrendamiento, sin el consentimiento del cónyuge conviviente o pareja permanente, o simplemente abandone la vivienda sin hacer ninguna manifestación expresa al respecto. Como vemos, se plantea una situación de disposición unilateral de un derecho sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular del mismo similar a la recogida en el art. 1320 CC, configurándose una medida protectora del otro cónyuge (o, en este caso, conviviente): al igual que en el precepto del Código, se viene a establecer implícitamente la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para ese acto dispositivo del titular (aquí, desistimiento o no renovación), si bien con diferentes consecuencias: la anulabilidad de la renuncia en el 1320 CC (lo que de aplicarse implicaría la ineficacia del acto del arrendatario y la continuación del contrato en los mismos términos, con él como titular) y la posibilidad de subrogación del cónyuge o conviviente en el contrato en el 12 LAU (con cambio de titular del contrato y consecuente desaparición del anterior arrendatario de la relación contractual arrendaticia). En cualquier caso, aun recogiendo similares supuestos de hecho, el art. 12 LAU —como ley especial— excluye la aplicación de la regla general del art. 1320 CC.

En el caso de renuncia expresa, el arrendador podrá requerir al cónyuge o pareja del arrendatario para que manifieste si desea subrogarse, debiendo contestar en un máximo de 15 días. Si no lo hiciera, el contrato se extinguiría sin haberlo llegado a adquirir, pero deberá abonar toda la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada. Surge aquí el obstáculo de que el art. 12.2 dice expresamente "podrá" el arrendador, por lo que se plantea el problema de qué sucedería si el arrendador no hiciera ese requerimiento, pues la extinción del contrato se vincula a que por el cónyuge no se conteste en un plazo de 15 días desde el mismo, pudiendo pensarse que —dado que el requerimiento se contempla a cargo del arrendador— el contrato se mantendría con el cónyuge pero en una situación de provisionalidad, subordinada a que el arrendador pueda realizar ese requerimiento y el cónyuge contestar o no.

Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestar nada al respecto, el cónyuge o pareja dispondrá del plazo de un mes para notificar por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse, pasado el cual sin notificación el contrato se extinguirá y el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes.

La solución del art. 12 LAU, frente a la del art. 1320 CC, ha recibido críticas de algunos autores[24], que consideran preferible la de la segunda norma, pues puede resultar perjudicial tanto para el cónyuge subrogado, que de pronto puede verse obligado —so pena de tener que buscar una nueva vivienda—a integrarse en una posición contractual cuya renta no puede asumir económicamente (y con la desvinculación del anterior arrendatario), como para el arrendador, que se encuentra con una modificación subjetiva del contrato (una cesión del mismo, en definitiva) que no ha consentido, y el nuevo arrendatario puede no tener la misma solvencia tenida en cuenta a la hora de concertar el contrato con el anterior, siendo el desahucio una carga que en principio el arrendador no hubiera tenido que soportar si no hubiera cambiado la persona del arrendatario.

Por su parte, el art. 16.1.a) LAU contempla la posibilidad de subrogación mortis causa del cónyuge del arrendatario siempre que convivan al tiempo del fallecimiento, situación que se extiende por el aptdo. b) a las parejas de hecho convivientes al menos en los dos años anteriores o teniendo descendencia en común. En este caso, el inicio del procedimiento de subrogación se pone a cargo del cónyuge o pareja, que deberá comunicar al arrendador el fallecimiento del arrendatario en el plazo máximo de tres meses; la notificación del hecho del fallecimiento deberá realizarse por escrito, con certificado registral de defunción, e indicando la identidad del subrogado y su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse. Pasados esos tres meses sin haberse producido la notificación al arrendador, se producirá la extinción del contrato y todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses.

Esta subrogación mortis causa podrá excluirse por pacto de las partes en los arrendamientos de duración inicial superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, cuando el fallecimiento del arrendatario se produzca transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o los siete primeros años si el arrendador fuese persona jurídica; es igualmente podrá pactarse que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad, o a los siete años si el arrendador fuese persona jurídica. En todo caso, no podrá pactarse esta renuncia al derecho de subrogación en caso de que las personas que puedan ejercitar tal derecho en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años.

24 Así, Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., pp. 344-345.

2. La normativa especial frente a la vulnerabilidad habitacional.

Como es sabido, el 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19, por medio del RD 463/2020, de 14 de marzo, que procedía a limitar la circulación de las personas y a suspender la actividad educativa presencial, la apertura al público de las actividades comerciales (salvo excepciones), culturales, establecimientos y actividades recreativas, y de actividades de hostelería y restauración, entre otras. Ello lógicamente influyó en una caída de la actividad económica y una pérdida de medios patrimoniales de muchas familias, que motivó la necesidad de una normativa protectora de las familias en situación de vulnerabilidad habitacional, que se añadió a la suspensión de los de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión ya establecida con anterioridad por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Dicha normativa ha sido posteriormente reformada y prorrogada por varios Decretos-Leyes), añadiéndoseles la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y especialmente el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo (y sus modificaciones).

En este apartado veremos cuáles son esas medidas especiales contempladas en los casos de situaciones de vulnerabilidad habitacional[25].

A) El concepto de persona vulnerable a efectos habitacionales

Dicho concepto es el básico que determina la aplicación del resto de las medidas protectoras vinculadas a dicha vulnerabilidad.

La vulnerabilidad en general aparecería en primer lugar referida a los consumidores, siendo el concepto de "consumidor vulnerable" introducido por primera vez en el TRLGDCU (nuevo aptdo. 2 del art. 3) por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y concretado en su actual contenido por la Ley 4/2022, de 25 de febrero. Según dicha normativa, será consumidor vulnerable quien entre en el colectivo de las "personas físicas que, de forma individual o colectiva [concepto donde entrarían las familias], por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad".

25 Sobre esta materia en concreto, vid. más ampliamente Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 351-374.

Esa situación de especial subordinación, indefensión o desprotección vendrá determinada por el cumplimiento de ciertos requisitos económicos, vinculados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), o bien la existencia de una situación de emergencia o exclusión social, que se produciría en el caso de familias con menores, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación.

B) Las medidas protectoras de los arrendatarios en situación de vulnerabilidad habitacional: la suspensión de los desahucios.

El Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo (y sus modificaciones posteriores), constituye la normativa principal que recoge las medidas protectoras de las personas vulnerables habitacionales, que —en lo relativo a los arrendamientos— integran la suspensión de los lanzamientos, la prórroga de los contratos arrendaticios, la moratoria del pago de la deuda y el aplazamiento de las rentas arrendaticias, y ayudas para el pago mediante un aval bancario y préstamos del Estado, algunas de las cuales han decaído ya por agotamiento del plazo para el que se previeron temporalmente.

Por una parte, su art. 1 establece la suspensión extraordinaria[26] del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos arrendaticios sobre hogares vulnerables sin alternativa habitacional, aun cuando esa vulnerabilidad económica no se derive directamente de los efectos de la COVID-19[27], actualmente hasta el 30 de junio de 2023, en la línea que ya estableciera el art. 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social respecto de los lanzamientos hipotecarios. A tal efecto, en el caso de desahucios por impago de cantidades debidas por el arrendatario o la finalización del plazo contractual, el arrendatario en situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y las personas con quienes conviva podrá instar esa suspensión, acreditando su situación de vulnerabilidad económica, que viene definida por la concurrencia alternativa[28]

26 Ha de tenerse en cuenta que esta suspensión es independiente (e incluso podría acumularse a ella) de la prevista en el art. 441.5 LEC (añadido por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo), que prevé que en caso de confirmación por los servicios sociales de que el sometido a lanzamiento se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta la adopción de las medidas que indicadas por aquellos, por un máximo de un mes, o tres si el demandante es una persona jurídica, momento en el cual se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites.

27 No solo no se requiere la acreditación de que la situación de vulnerabilidad tenga ese origen, sino que su influjo total o parcial se viene a presumir iuris et de iure: la de vulnerabilidad es para el legislador una "situación que, aunque pudiera no derivarse directamente de los efectos de la COVID-19, indudablemente se ha visto agravada por estos", conforme al aptdo. IV de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes, disposición normativa que es una de las que ha reformado el precepto a que nos estamos refiriendo.

28 Si bien se contempla como alternativa [el arrendatario ha de encontrarse "en alguna de las situaciones de vulnerabilidad económica descritas en las letras a) y b) del artículo 5.1"], realmente el criterio que

de alguna de las situaciones contempladas en el art. 5 (que el arrendatario deberá acreditar, mediante los documentos recogidos en el art. 6):

a) Obligación de pago de la renta pese a haberse producido una reducción relevante de los ingresos de la unidad familiar. En concreto, el arrendatario ha de estar en situación de desempleo o Expediente Temporal de Regulación de Empleo o haber reducido su jornada por motivo de cuidados, en caso de ser empresario, u otras circunstancias similares que hayan provocado que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar, en el mes anterior a la solicitud de la moratoria, no alcance un límite que se fija con carácter general en tres veces el IPREM mensual, que se incrementará en 0,1 veces por cada hijo a cargo en la unidad familiar (0,15 veces en unidades familiares monoparentales) y por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar; cuatro veces el IPREM si alguno de los miembros de la unidad familiar tuviera declarada discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo; y cinco veces el IPREM si el arrendatario tuviera parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, tuviera un grado de discapacidad reconocida igual o superior al 65 %, o enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) La renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, debe resultar superior o igual al 35 % de los ingresos netos del conjunto de los miembros de la unidad familiar, entendiéndose por gastos y suministros básicos el coste de los de electricidad, gas, gasoil para calefacción, agua corriente, de los servicios de telecomunicación fija y móvil, y las posibles contribuciones a la comunidad de propietarios, que corresponda satisfacer al arrendatario.

En todo caso, además, efectivamente la unidad familiar no ha de disponer de alternativa habitacional: en tal sentido ni el arrendatario, ni ninguna de las personas de la unidad familiar que habitan en la vivienda, deben ser propietario o usufructuario de alguna vivienda en España, salvo cuando el derecho recaiga únicamente sobre una parte alícuota de la misma obtenida por herencia o transmisión mortis causa sin testamento[29] o la vivienda de la que sean titulares no

determinaría la vulnerabilidad es la reducción relevante en el nivel de ingresos de la unidad familiar, pues parece poco probable que —dada la limitación legal en el grado de la actualización de las rentas arrendaticias: art. 16 LAU— la renta suba tan desproporcionadamente que se dispare respecto de los ingresos mientras estos se mantienen, además de que entonces se trataría más de una vulnerabilidad habitacional que propiamente económica. En todo caso, el juicio sobre la existencia de una situación de vulnerabilidad económica ha de derivarse de una valoración conjunta de ambas situaciones.

29 Se observa aquí un defecto de técnica legislativa, pues la sucesión testamentaria contemplada se limita a la herencia, quedando fuera por ejemplo los legados. La interpretación finalista del precepto, dado que no

está a su disposición por causa de separación o divorcio u otra causa ajena a su voluntad o resulte inaccesible por razón de discapacidad de su titular o de alguno de los miembros de la unidad de convivencia.

Solicitada la suspensión, el Letrado de la Administración de Justicia trasladará inmediatamente a los servicios sociales competentes la documentación justificativa y les solicitará informe de valoración de la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador, y se identifiquen las medidas a aplicar por la administración competente, ante todo lo cual el Juez acordará la suspensión del lanzamiento si considera acreditada la situación de vulnerabilidad económica del arrendatario y que no debe prevalecer la vulnerabilidad del arrendador, o la denegará en otro caso con continuación del procedimiento.

C) Las medidas protectoras de los arrendatarios en vulnerabilidad habitacional ya desaparecidas: moratoria del pago de la deuda y aplazamiento de las rentas arrendaticias, y prórroga de los contratos.

El Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, contempla otros derechos del arrendatario, que podía solicitar transitoriamente: moratoria automática y aplazamiento del pago de la deuda, y prórroga de los contratos arrendaticios. Dado que los plazos de duración previstos para ellos finalmente no han sido ampliados, estos derechos han decaído actualmente.

Por una parte, los arts. 3 a 9 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, recogen la posibilidad de moratorias de la deuda arrendaticia para los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica a causa del COVID-19, distinguiéndose en función de quién sea el arrendador, bien grandes tenedores o empresas o entidades públicas de vivienda o bien otros arrendadores distintos.

Como primer supuesto, cuando el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda o gran tenedor (es decir, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m^2), o la vivienda pertenezca al Fondo Social de Viviendas (a los que podemos denominar "arrendadores cualificados"), el art. 4 otorgaba al arrendatario, hasta el 28 de febrero de 2022 (fecha final como resultado de sucesivas ampliaciones en diversos Decretos-Leyes posteriores), la posibilidad de solicitar el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial no se hubiera conseguido ya por acuerdo entre ambas partes. Ante ello, el arrendador

tendría sentido esa exclusión, parece abocar a considerar integradas todas las formas de sucesión mortis causa.

podrá elegir entre dos opciones, comunicándoselo al arrendatario en un máximo de siete días laborables:

a) Una reducción del 50 % de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo de cuatro meses.

b) Una moratoria automática en el pago de la renta arrendaticia, por el mismo periodo de tiempo. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses, y siempre dentro de la vigencia del contrato o sus prórrogas. El arrendatario no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas al arrendador sin intereses. La moratoria en sí, como hemos indicado, ha decaído, pero todavía se verán actualmente sus efectos en algunos casos, al establecerse un fraccionamiento de las cuotas en los tres años siguientes.

El arrendatario podrá acceder al programa de ayudas transitorias de financiación establecido en el propio Real Decreto-Ley, levantándose la moratoria y el fraccionamiento de las cuotas con la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté disponible.

Para los otros arrendadores no comprendidos en el art. 4 (o sea, cuando no se trate de una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor ni la vivienda pertenezca al Fondo Social de Viviendas), el art. 8 establece otra modificación excepcional y transitoria de las condiciones contractuales de arrendamiento. En tales supuestos, en los tres meses siguientes (inicialmente era un mes) a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (por tanto, hasta el 2 de julio de 2020), el arrendatario en situación de vulnerabilidad económica podrá solicitar del arrendador el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario, y el arrendador comunicará al arrendatario, en un máximo de 7 días laborables, las condiciones de aplazamiento o de fraccionamiento aplazado de la deuda que acepta o, en su defecto, las posibles alternativas que plantea en relación con las mismas.

La modificación prevista en el art. 8, a diferencia de la contemplada en el art. 4 para los arrendadores cualificados, no se establece como preceptiva, pues se señala que si el arrendador no aceptara ningún acuerdo sobre el aplazamiento (y, en cualquier caso, cuando el arrendatario se halle en la situación de vulnerabilidad

sobrevenida del art. 5), el arrendatario podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación establecidas en el propio Real Decreto-Ley.

Finalmente, el art. 2 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, contemplaba que, en los contratos de arrendamiento de vivienda habitual en que, antes del 28 de febrero de 2022, finalizara el periodo de prórroga obligatoria o tácita, el arrendatario podía solicitar una prórroga extraordinaria por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor, que deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes o que el arrendador hubiera comunicado la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Esta medida protectora, paradójicamente, no se vincula a la situación de vulnerabilidad habitacional del arrendatario, sometiéndose únicamente a esos requisitos.

IV. EL ARRENDAMIENTO EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DEL MATRIMONIO.

Producida y resuelta (o en vías de resolución) judicialmente[30] una situación de crisis matrimonial, puede establecerse la atribución o cesión del uso de la vivienda al cónyuge o excónyuge no arrendatario. Hemos de tener en cuenta que —como dijimos— dicha cesión sería de carácter temporal, pues los arts. 103.II y 96 CC contemplan de tal forma la atribución del uso de la vivienda familiar, ya que se vincula a la fase de medidas provisionales de un procedimiento de crisis familiar (transitoria por su propia naturaleza, desde la admisión de la demanda, mientras dura el procedimiento y hasta la firmeza de la sentencia) o se atribuye en la sentencia en atención a la guarda y custodia sobre los hijos comunes menores (provisionalidad que viene determinada por esa minoría de edad de todos ellos o el plazo que marque el juez, en función de las circunstancias concurrentes, en favor del hijo en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, o conforme a "lo procedente" resuelto por la autoridad judicial cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro) o, no habiendo hijos y cuando las circunstancias lo hagan aconsejable, a la necesidad

30 Como dijimos, también entrarían aquí los procedimientos ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, seguido de mutuo acuerdo sin existencia de hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Para simplificar el discurso, nos centraremos en los procedimientos judiciales.

del cónyuge no titular cuyo interés fuera el más necesitado de protección (y por "el tiempo que prudencialmente se fije").

Ya bajo la vigencia del TRLAU-1964 se planteó cómo conceptuar la posición del cónyuge usuario en este caso, manteniéndose al respecto una dualidad de posturas[31]: por una parte, una orientación doctrinal consideraba que se trataría de una verdadera subrogación del cónyuge del arrendatario en el arrendamiento, por lo que debería notificarse necesariamente al arrendador la atribución del derecho de uso de la vivienda[32], incurriéndose de otro modo en causa de resolución[33], y sin que la sentencia de divorcio actuara como tal notificación fehaciente al arrendador[34]; y por otra, una segunda entendía que, sobre la base de que el cónyuge usuario no era tercero en la relación arrendaticia, no se produciría tal cesión, y no era un tercero bien porque el arrendamiento de una vivienda familiar se entendía concertado siempre "en interés o representación de la familia", bien porque se partía de que la titularidad arrendaticia tenía naturaleza ganancial[35].

En concreto, no faltaron autores[36] que, bajo el régimen del TRLAU-1964, criticaban la conceptuación como cesión (o subrogación) de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, precisamente por esa temporalidad, que determinaría su desaparición con la extinción del derecho de uso, causándose una situación de inseguridad para el arrendador; y porque el cedente solo puede ser el contratante, y el subrogado inter vivos o mortis causa que viera atribuido el uso de la vivienda a su cónyuge sería titular del arrendamiento, pero no contratante. Ello vendría a ser aún más claro en el caso de los arrendamientos sometidos al TRLAU-1964, que limita el número de subrogaciones mortis causa a dos (art. 59), planteándose el problema cuando se produce esa atribución del uso al cónyuge no titular y el titular lo es en virtud de la última subrogación permitida[37]; si bien esta objeción ha perdido fundamento con el enfoque que da a la subrogación mortis causa el art. 16.1.a) de la vigente LAU de 1994, que —salvo pacto en

31 Moralejo Imbernón, N.: "La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial", *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, pp. 112-113.

32 Art. 24 TRLAU-1964.

33 Arts. 25 y art. 114.5ª TRLAU-1964.

34 Así, la STC 126/1989, de 12 de julio (RTC 1989, 126), consideró que sí se había producido una auténtica subrogación, y que la sentencia que atribuye el uso de la vivienda no produce efectos de cosa juzgada frente a terceros (como aquí el arrendador) y por tanto no es equivalente a la notificación fehaciente que exige el art. 24 TRLAU-1964, ni exime a la interesada de notificar la subrogación como presupuesto para la conservación de su derecho.

35 Moralejo Imbernón, N.: "La vivienda familiar", cit., pp. 112-113. La STC 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986, 135), mantuvo que, aunque el contrato se hubiera suscrito sólo por un cónyuge, no puede mantenerse que tenga la exclusiva de la titularidad ni de la posesión, pues habría una coposesión del art. 445 CC y consecuentemente se habría creado un litisconsorcio pasivo necesario al equiparse a ambos cónyuges, considerándose a ambos en la misma situación jurídica contractual.

36 Como Cobacho Gómez, J. A.: "El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 1985, núm. 8, p. 150; o Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., pp. 867-870.

37 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., pp. 871-872.

contrario en los términos del art. 16.4 y siempre que se cumplan los requisitos del 16.3— permite la subrogación del cónyuge conviviente con el arrendatario en el momento de su fallecimiento, sin limitar el número de subrogaciones[38]. Por ello, ante la insuficiencia del TRLAU-1964 para contemplar estas situaciones de atribución del uso de la vivienda familiar, bajo su régimen había que buscar un cauce distinto del de las subrogaciones arrendaticias ordinarias, no siendo posible aplicarlas analógicamente ni considerar existente una cesión ex iudice de derechos arrendaticios[39].

Actualmente, la situación ya aparece claramente resuelta en la LAU-1994, que contempla las consecuencias de las crisis matrimoniales de iure (nulidad del matrimonio, separación legal o divorcio) en el art. 15, que se refiere específicamente a los casos de crisis matrimoniales del arrendatario, por lo que, a diferencia de los arts. 12 (separación de hecho) y 16 (subrogación mortis causa), se relaciona exclusivamente con el cónyuge y no con persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge[40]. El precepto, prescindiendo del régimen económico-matrimonial existente, establece que el cónyuge o excónyuge no arrendatario "podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida", planteándose entonces cómo calificar ese derecho, si como subrogación o cesión del contrato establecida legalmente o como mero derecho a continuar[41] en el uso pero sin ninguna modificación en la titularidad del contrato. En todo caso, la continuación en el uso será por el tiempo establecido en la sentencia que lo atribuya y, lógicamente, como máximo por el de vigencia del contrato, no pudiendo durar más allá, pues no se crea un título nuevo a favor del cónyuge atributario del uso.

38 Por tanto, podríamos pensar en el caso —quizás de laboratorio— en que el cónyuge del arrendatario inicial se subrogue al fallecimiento de éste, contraiga nuevas nupcias y fallezca, subrogándose a su vez su cónyuge, y así sucesivamente en una cadena de matrimonios, fallecimientos del arrendatario y subrogaciones del cónyuge que solo estaría limitada por la duración del contrato de arrendamiento.

39 Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar", cit., pp. 872-873.

40 Aunque alguna resolución, como la SAP Burgos 25 junio 1999 (AC 1999, 1571), ha aplicado analógicamente el precepto a las rupturas de parejas de hecho (en base a una aplicación analógica del art. 96 CC), el hecho de que el art. 15 expresamente hable de "matrimonio del arrendatario" y no haga referencia a la simple convivencia, a diferencia de los arts. 12 y 16, y que venga a determinar una restricción de derechos del arrendador, por lo que debe interpretarse restrictivamente, así como la diferencia entre una y otra situación, parece excluir tal posibilidad. A favor de esa analogía se pronuncian, entre otros, Achón Bruñén, 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*, 2006, núm. 28, pp. 58-59; y Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales", *Actualidad Civil*, 2012, núm. 15-16, pp. 1579-1580.

41 Es pacífico entender en la doctrina que la expresión legal de "continuar en el uso de la vivienda arrendada" no debe entenderse literal y estrictamente, de modo que acogería también los casos en que ese cónyuge no vivía ya en la vivienda en el momento de dictarse la sentencia, por ejemplo, por haber tenido que abandonarla por maltrato. En tal sentido, Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., p. 49.

En tales casos, en la doctrina ya bajo la vigencia de la LAU-1994, una mayoría de autores[42] mantenía que se produciría una propia subrogación en el contrato, aunque otros[43] rechazaban la existencia de la subrogación y consideran que se trataría de una mera cesión del uso de la vivienda, manteniendo el arrendatario su titularidad contractual aunque no tenga ya el uso. Los primeros se basaban principalmente en cuatro argumentos[44]:

a) La Exposición de Motivos de la LAU se refiere a la asignación del derecho de uso en el marco de los casos de subrogaciones inter vivos, por lo que vendría a equiparar ambos[45], a lo que los segundos contestaban que se refiere a uno y otro caso en frases separadas (a lo que podría contraobservarse que dentro del mismo párrafo y cuando se trata la materia de las subrogaciones).

b) Frente a la regla general de necesidad del consentimiento del arrendador para toda cesión contractual (art. 8 LAU), el art. 15 no requiere ese consentimiento —solo su conocimiento, como veremos— por cuanto sería una cesión de origen legal, contra lo que se indica que no existiría esa excepción puesto que se trataría de un caso de cesión del uso, no del contrato, ya que para aquella la Exposición de Motivos de la LAU especifica que "sólo se reconoce su existencia previo consentimiento escrito del arrendador". Como hemos dicho antes, efectivamente, se dice que "sólo se reconoce" con consentimiento del arrendador, pero a continuación —como excepción— se contempla la situación prevista en el art. 15.

c) El contenido propio del derecho de arrendamiento es el uso de la cosa arrendada (art. 1.543 CC), por lo que no es lógico considerar que siga siendo arrendatario el cónyuge que no tiene ese uso y en cambio no lo sea quien lo tenga, a lo que los segundos responden que es posible distinguir entre un poseedor inmediato (que sería el cónyuge usuario) y un poseedor mediato (el titular no usuario). Sin embargo, a esto puede contradecirse que se confunden derecho de arrendamiento (derecho personal cuyo contenido es un uso efectivo) con

42 Así, Moralejo Imbernón, N.: "Comentario del art. 1385", cit., p. 1611 (y lo sigue manteniendo en la 5ª ed., 2021, p. 1788); o Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., p. 58. Es la posición que también mantienen las SSAAPP Asturias 28 junio 1996 (AC 1996, 1167), 11 septiembre 1996 (AC 1996, 1481) y 4 septiembre 2000 (AC 2000, 2112), Granada 21 abril 1998 (AC 1998, 4732) o Málaga 18 junio 1999 (AC 1999, 1564).

43 Como Carrasco Perera, A.: "Comentario del art. 15", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 356; Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU", *Diario La Ley*, núm. 6.562, 3-10-2006, p. 3, que defiende que "lo único que puede cederse es el uso". En la jurisprudencia menor, se orientan en ese sentido las SSAAPP Cáceres 25 mayo 2000 (JUR 2001, 36113), Álava 20 septiembre 2000 (AC 2000, 4631), Córdoba 19 diciembre 2000 (AC 2001, 6), La Coruña 27 septiembre 2002 (JUR 2003, 14466) o Barcelona 1 febrero 2005 (JUR 2005, 83511).

44 Expuestos por Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso", cit., pp. 3-4.

45 "En relación con las subrogaciones ínter vivos, sólo se reconoce su existencia previo consentimiento escrito del arrendador. Al mismo tiempo, se introduce una novedad en casos de resoluciones judiciales que, en procesos de nulidad, separación o divorcio, asignen la vivienda al cónyuge no titular" (aptdo. 2).

derecho de posesión (derecho real que puede conllevar o no ese uso efectivo, pues efectivamente el poseedor mediato posee a través del poseedor inmediato, que es quien usa la cosa). El derecho de arrendamiento, de este modo, debe conllevar necesariamente un uso directo de la vivienda, o al menos la posibilidad de ejercitarlo, cosa que en este caso el cónyuge titular no tendría.

d) El mantenimiento de la condición de arrendatario en la persona del cónyuge privado del uso podría perjudicar al cónyuge o excónyuge usuario, si el primero hiciera dejación de los derechos y deberes derivados de esa titularidad, como si dejara de abonar las rentas arrendaticias, hiciera una subrogación improcedente, desistiera del contrato o no lo renovase a su vencimiento…

e) Añadimos por nuestra parte como quinto argumento que, si no hubiera cesión del contrato y los derechos y obligaciones contractuales continuaran recayendo sobre el cónyuge inicialmente arrendatario, no tendría sentido la necesidad de comunicación al arrendador, claramente orientada a efectos de vincularle con el nuevo usuario, que pasaría así a ser también arrendatario, de modo similar a lo que se contempla en el art. 1.527 CC en relación con la notificación al deudor cedido de las cesiones de créditos. Si no hubiera cambio en la persona del arrendatario, realmente al arrendador le sería indiferente que sea este quien siga usando la vivienda o bien su cónyuge, cuando obviamente no es así, pues no necesariamente será igual la solvencia de uno y otro y si el arrendatario no fuera usuario el arrendador pierde frente al primero la garantía que le supone la posibilidad de recurrir al desahucio en caso de impago de la renta arrendaticia, y de ahí que —como decimos— se establezca la necesidad de comunicación al arrendador.

Los autores que defendían la existencia de una mera cesión de uso, que no del contrato, lo hacían sobre la base de cuatro argumentos[46]:

a) Una interpretación literal y sistemática, por cuanto no se habla de subrogación sino de continuación en el uso, y cuando la Ley ha querido referirse a la subrogación lo ha hecho expresamente, como en los arts. 12 y 16; y que a lo largo de la tramitación parlamentaria se habló de "subrogación", siendo finalmente sustituida por "uso", lo que pone de manifiesto una intencionalidad. A esto puede objetarse que la del art. 15 no es una subrogación "normal" basada en la voluntariedad, y de ahí que la Exposición de Motivos de la Ley la contemple como excepcional, y que finalmente —para distinguirla de la subrogación ordinaria— se utilizara ese término. Por otra parte, ello vendría vinculado también con el hecho de que —como defenderemos posteriormente— no todos los casos del art. 15 LAU pueden considerarse propiamente de subrogación.

46 Indicados por Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso", cit., pp. 4-7.

b) Al igual que cuando el cónyuge titular lo es de un derecho de propiedad y no se le priva de esa propiedad por la atribución del uso al otro cónyuge, cuando el derecho es de arrendamiento continua con esa titularidad, cediéndose el uso a la familia, que continua con el uso que ya tenía, al margen de quién sea el arrendatario. En contra, podemos remitirnos a lo ya visto en torno a que en tal caso habría un derecho de arrendamiento vacío, pues el uso es el contenido propio del mismo.

c) La subrogación viene vinculada por la LAU al previo consentimiento del arrendador, que aquí no se da (salvo lógicamente que sí hubiera una cesión expresa del titular contando con dicho consentimiento, en cuyo caso sí habría una autentica subrogación), a lo que puede replicarse nuevamente que se trata de una subrogación distinta de la ordinaria voluntaria, pues es establecida forzosamente ex lege, y que por ello se sustrae de ese consentimiento (dado que el arrendador no puede negarse a esta cesión).

d) La Ley habla de continuación en el uso, y por tanto se trataría simplemente de mantener la situación anterior a la ruptura, y por tanto si el cónyuge usuario no era arrendatario no pasará a serlo ahora. A ello puede objetarse que el art. 12 también hace referencia a una continuación del arrendamiento en beneficio del cónyuge o conviviente, de modo similar al art. 15, y sin embargo los autores que rechazan que en el art. 15 exista una subrogación sí defienden ahí —contradictoriamente— la existencia de una auténtica subrogación[47].

e) La temporalidad de las medidas judiciales excluye la existencia de una subrogación, por definición permanente. Respecto de este argumento, volveremos más adelante.

No obstante, esta polémica ha quedado resuelta a raíz de la reforma de este precepto por la Ley 4/2013, de 4 de junio. En principio sí podrá producirse una subrogación en favor del cónyuge o excónyuge al que se le atribuya el uso de la vivienda arrendada, si bien para calificar propiamente el fenómeno debemos distinguir aquí en función de la duración del derecho de uso atribuido, pues si la atribución fue de forma permanente[48] o en un plazo superior al que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, el cónyuge usuario pasará a ser el titular del contrato, produciéndose una propia subrogación y por tanto atribuyéndose al cónyuge subrogado los derechos y obligaciones derivados de la posición de arrendatario (destacadamente, el pago de la renta), pero si el derecho atribuido

47 Así, Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso", cit., p. 7.

48 Lo que raramente se dará, pues como indicamos anteriormente en el texto, el derecho de uso suele tener una configuración provisional, marcada por la minoría de edad o dependencia económica de los hijos comunes o el tiempo "que prudencialmente se fije" respecto del cónyuge no titular que ostente el interés más necesitado de protección.

es de inferior duración (como cuando la atribución se hace en sede de medidas provisionales[49], hasta su ratificación —en su caso— en la sentencia) deberá entenderse que realmente habrá una mera continuación en el uso y esa subrogación no se producirá, de modo que el cónyuge arrendatario seguirá siéndolo al margen de que quien ocupe la vivienda familiar sea el otro, y mantendrá los derechos y obligaciones del arrendamiento, pues se parte de que recuperará el uso del inmueble a la finalización del plazo de su atribución al otro cónyuge[50]. Ello no obsta para que también en el segundo caso se aplique igualmente el mecanismo del art. 15, pues el propio precepto solo distingue la duración a efectos de considerar existente una subrogación, y por tanto la atribución del uso —siquiera temporalmente por una medida provisional— deberá comunicarse al arrendador, en los términos que veremos, pues si finalmente resultara revocada bastaría con una nueva comunicación al arrendador[51].

De este modo, el art. 15 LAU vendría a superar finalmente la ambigüedad existente bajo el TRLAU-1964, que no contemplaba las consecuencias de las crisis familiares, ambigüedad que como vimos llevó a una división doctrinal entre quienes consideraban que existiría una auténtica subrogación contractual que impondría el cumplimiento de los correspondientes requisitos de los arts. 24 ss. de dicha disposición legal, so pena de posibilidad de resolución del contrato; y los que mantenían que no habría cesión, bien por la ganancialidad del contrato concertado vigente la sociedad de gananciales bien porque tal contrato se consideraba firmado en interés y representación de la familia y por tanto en una especie de cotitularidad implícita[52].

En todo caso, para la continuación en el uso de la vivienda, el cónyuge al que se atribuya deberá comunicarlo al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la correspondiente resolución judicial, acompañando copia de

49 Posición que es prácticamente unánime en la doctrina: así, Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., p. 49; Guilarte Gutiérrez, V.: "Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU", *Aranzadi Civil*, 1998, núm. 3, pp. 65-96; y Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 387; si bien no faltan autores que niegan que el art. 15 LAU sea aplicable a las medidas provisionales o provisionalísimas, sobre la base de su carácter no definitivo, la omisión de una referencia a ellas en la Ley o que la previsión legal se basaría en una cierta continuidad en el uso atribuido, no siendo razonable que el cónyuge usuario debiera notificar al arrendador para que luego en la sentencia esas medidas no se ratificaran y se le retirara ese uso. Al respecto, podemos indicar que el art. 15 LAU precisamente no excluye esta posibilidad y se refiere indeterminadamente a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda al cónyuge no arrendatario, sin establecer que esa atribución deba ser necesariamente en la sentencia, e incluso contemplándolo indirectamente al señalar la posibilidad de una duración breve del derecho atribuido.

50 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., pp. 385-386. Similar posición parece mantener Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 58-59. En cambio, Quicios Molina, S. (en "La reforma de los arrendamientos urbanos según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, Vol. 2, núm. 8, p. 37) considera que también en los casos de atribución del uso por tiempo inferior al restante de duración del contrato habría una auténtica subrogación del cónyuge y, a la finalización del uso atribuido, el contrato se extinguiría o bien retornaría al arrendatario inicial.

51 Achón Bruñén, M. J.: "La problemática del embargo", cit., p. 59.

52 Moralejo Imbernón, N.: "La vivienda familiar", cit., p. 112.

dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda. Ello no obsta para que esa comunicación también pueda realizarse por el cónyuge anterior titular[53] u otra persona[54], pero en tal caso el usuario se arriesgaría a que no lo realizaran, con las correspondientes consecuencias; y que igualmente pueda considerarse como efectuada (como notificación tácita), en virtud del principio de la buena fe, en caso de que pueda acreditarse que el arrendador ha tomado conocimiento de la transmisión por otra vía[55]. Parece claro que, dados los importantes efectos que se derivan de la comunicación, deberá realizarse de modo fehaciente, de modo que quede prueba tanto del hecho de la comunicación como de su contenido, que deberá ser la resolución judicial (o parte de ella) que atribuya el uso de la vivienda.

El efecto de esa comunicación no es la generación de la subrogación, pues se produce ex lege como consecuencia de la sentencia atributiva del derecho de uso[56], sino el de vincular contractualmente al arrendador con el cónyuge usuario que pasa a ser el nuevo arrendatario, a fin de que le sea oponible a aquel la transmisión, como dijimos de modo similar a lo que se produce en la notificación al deudor cedido de la cesión de créditos (art. 1.527 CC): de este modo, la subrogación en el arrendamiento no le será oponible al arrendador al que no se le ha comunicado[57], produciendo efectos únicamente entre los cónyuges, por lo que por ejemplo frente a él el cónyuge contratante seguirá siendo responsable del pago de las rentas[58] y deberá demandar al mismo en caso de impago (es decir, la legitimación pasiva del atributario solo nacería con la comunicación)[59], y por ello desde la comunicación será el cónyuge subrogado el nuevo arrendatario, obligado

53 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 389. Así se admitió en las SSAP Asturias 28 junio 1996 (AC 1996, 1167) y 4 septiembre 2000 (AC 2000, 2112). Considera que debería ser exigible —o cuando menos, deseable— que la obligación afectara a los dos antiguos cónyuges Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución", cit., p. 1573.

54 Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., p. 59; Achón Bruñén, M. J.: "La problemática del embargo", cit., p. 61.

55 Como se establece en la SAP Jaén 30 enero 1998 (AC 1998, 3155), en que el propio arrendador reconoció tener conocimiento del divorcio del arrendatario inicial, que este vivía en otro domicilio y que era la exesposa quien pagaba los recibos de la renta arrendaticia. En el mismo sentido, Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución", cit., p. 1574; y Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 60-61.

56 Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., pp. 387-389. En el mismo sentido, SAP Madrid 15 septiembre 2005 (JUR 2005, 219775).

57 Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 53-54 y 60-61.

58 Supuesto contemplado por las SAP Madrid 8 junio 2007 (JUR 2007, 312295). Cfr. Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 386.

59 Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución", cit., p. 1574; e indirectamente se viene a mantener lo mismo por Berrocal Lanzarot, A. I.: "Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar", *RCDI*, 2017, núm. 762, p. 1973. Como pone de manifiesto Díaz Martínez, A.: "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales", *Actualidad Civil*, 1998, núm. 2, p. 369, pese a lo indicado en la STC 135/1986, de 31 de octubre, no habría en tal caso indefensión del cónyuge que tuviera la posesión exclusiva de la vivienda por no haberle sido notificada la demanda dirigida únicamente contra el otro: el litisconsorcio pasivo necesario existiría solo desde el momento en que el arrendador hubiera sido notificado de la atribución judicial del uso de la vivienda.

al pargo de las rentas (y por tanto legitimado pasivamente para su reclamación)[60] y legitimado para el ejercicio de los demás derechos y obligaciones derivados de tal posición. No obstante, como para que se produzca tal subrogación ex lege no es necesario el consentimiento del arrendador, la falta de comunicación no implicará que se considere como un supuesto de cesión inconsentida o de que la vivienda haya dejado de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario a fin de permitir al arrendador a la resolución del contrato al amparo del art. 27.2.c) o f) LAU[61], y mucho menos del art. 27.1 (como "incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato")[62] o del art. 1.124 CC[63]: la comunicación defectuosa, realizada fuera de plazo o simplemente no realizada no determinará más que el que el cónyuge subrogado no podrá acogerse a su nueva posición frente al arrendador hasta que la misma no se haya realizado correctamente[64]. Por otra parte, dada la finalidad de la comunicación, no será necesaria cuando el uso de la vivienda haya sido atribuido al propio arrendatario[65], pues no habrá habido cambio alguno en la titularidad del contrato.

V. CONCLUSIONES.

La creciente tendencia en España a que la titularidad de la vivienda familiar sea en régimen de arrendamiento incrementa continuamente la importancia del estudio de la regulación de la vivienda familiar en arrendamiento, que genera una rica problemática, sobre algunas de cuyas principales cuestiones nos hemos centrado en este trabajo.

60 De este modo, tras la comunicación, no consideramos que pueda seguir manteniéndose que haya bajo la regulación vigente un litisconsorcio pasivo necesario y deba demandarse necesariamente a ambos cónyuges, como señalaba bajo la regulación de 1964 la STC 135/1986, de 31 de octubre, y bajo la Ley de 1994 (pero antes de su reforma por la Ley 4/2013) continuaba afirmando Roca Trías, E.: Comentario al art. 96, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Vol. I, Civitas, Madrid, 2011, p. 524, pues estableciéndose legalmente una auténtica cesión o subrogación del contrato en favor del cónyuge al que se atribuye el derecho de uso, el cónyuge anterior titular desaparece de la relación contractual arrendaticia y sólo muy incidentalmente puede considerarse que tenga "interés directo y legítimo en el resultado del pleito" como requiere el art. 13.1 LEC, en especial en los casos en que no haya hijos comunes.

61 Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso", cit., p. 7; y Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución", cit., p. 1573. En el mismo sentido, SAP Cáceres 25 mayo 2000 (JUR 2001, 36113). En cambio, considera que sí habría esa posibilidad de resolución contractual por cesión inconsentida —a nuestro entender, erróneamente— Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, 2006, núm. 3, pp. 354 y 355.

62 Díaz Martínez, A.: "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar", cit., p. 368; Achón Bruñén, M. J.: "La problemática del embargo", cit., p. 61.

63 Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., p. 61.

64 Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 60-61.

65 Para Berrocal Lanzarot, A. I.: "Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar", cit., p. 1974, no sería necesaria tampoco, aunque sí conveniente, en caso de que la vivienda hubiera sido arrendada conjuntamente a ambos cónyuges. Sin embargo, aquí discrepamos, pues el cónyuge no usuario desaparece de la relación contractual, y sí se produciría una subrogación parcial, en la medida en que el cónyuge atributario pasaría a ser titular único del arrendamiento, lo que lleva a entender igualmente necesaria la comunicación de esa concreción de la titularidad.

La vivienda familiar es el bien inmueble en el que, con independencia de su titularidad, se desarrolla con carácter principal la satisfacción de la necesidad de alojamiento de la familia. Se identificaría con la vivienda habitual de la familia y sería un concepto más amplio que el de domicilio conyugal, pues toma como referencia a la familia, se base o no en el matrimonio, y específicamente a los hijos cuando existen y residen juntamente con alguno de sus progenitores.

Durante el desarrollo en normalidad del matrimonio, se plantea en primer lugar cuál sería la naturaleza, ganancial o privativa, del derecho arrendaticio del cónyuge titular cuando el contrato se realiza constante un matrimonio sometido al régimen de gananciales, con fondos gananciales y a fin de instalar en el inmueble la vivienda familiar. Si el contrato se realizara con anterioridad al inicio del régimen de gananciales o en un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes, es clara su naturaleza privativa, al igual que no planteará problema el arrendamiento concertado por los dos cónyuges conjuntamente y en cotitularidad, pues ambos serán arrendatarios en plano de igualdad.

Si bien la posición en favor de la ganancialidad del derecho es defendible sobre varios argumentos, y de hecho ha sido tradicionalmente la tesis doctrinal mayoritaria, la defensa de la privatividad del derecho ha ido ganando posiciones en la doctrina, y en la jurisprudencia ha sido la mantenida establemente desde la STS 3 abril 2009[66]. Actualmente, podemos considerar que la LAU no entra propiamente en la cuestión de la ganancialidad del derecho de arrendamiento, pero tiende a identificar la titularidad de ese derecho con la persona del contratante, de modo que, aun cuando las rentas arrendaticias de la vivienda familiar constituirán una carga de la sociedad de gananciales, vendría a contemplar una naturaleza privativa de tal derecho, como se pone de manifiesto por el contenido de las subrogaciones contractuales establecidas por los arts. 12 y 16 LAU en favor del cónyuge conviviente o pareja con convivencia de más de dos años o con descendencia común.

El art. 12 LAU contempla la situación de renuncia expresa o tácita del titular del contrato de arrendamiento sin el consentimiento del cónyuge conviviente o pareja permanente o con descendencia común, estableciendo la posibilidad de subrogación de este en el arrendamiento.

Por su parte, el art. 16.1.a) LAU establece la posibilidad de subrogación mortis causa del cónyuge del arrendatario siempre que conviva con este al tiempo del fallecimiento, lo que se extiende por el aptdo. b) a las parejas de hecho convivientes en los dos años anteriores o con descendencia común.

66 STS 3 abril 2009 (RJA 2009, 2806).

En segundo lugar, hemos estudiado, en relación con los inmuebles en arrendamiento, la normativa protectora de las viviendas ocupadas por familias en situación de vulnerabilidad habitacional, dictada a raíz de la crisis económica consecuencia de la pandemia de COVID-19 y la consecuente ralentización de la economía, que se añadió a la ya existente suspensión de los de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. El concepto de persona (o familia) vulnerable a efectos habitacionales viene determinado por el cumplimiento de ciertos requisitos económicos vinculados al IPREM, o bien la existencia de una situación de emergencia o exclusión social, en el caso de familias con menores, mayores dependientes, personas con discapacidad, víctimas de violencia de género o personas desempleadas sin derecho a prestación.

Las medidas protectoras se centran actualmente en la suspensión extraordinaria del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos arrendaticios hasta el 30 de junio de 2023, en el caso de que así lo solicite el arrendatario en situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite encontrar una alternativa habitacional para sí y las personas con quienes conviva, vulnerabilidad determinada por la concurrencia alternativa de las situaciones de haberse producido una reducción relevante de los ingresos de la unidad familiar, o de que la renta arrendaticia, más los gastos y suministros básicos, resulte superior o igual al 35 % de los ingresos netos del conjunto de los miembros de la unidad familiar; junto a que efectivamente los miembros de la unidad familiar carezcan de alternativa habitacional en España.

Además, también se contemplaron transitoriamente la prórroga de los contratos arrendaticios, la moratoria del pago de la deuda y el aplazamiento de las rentas arrendaticias, y ayudas para el pago mediante un aval bancario y préstamos del Estado, pero dichas medidas han decaído al agotarse el plazo para el que se establecieron.

Como conclusión de una situación de crisis matrimonial, o durante el procedimiento para ello, el Juez (o el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, si así lo acuerdan los cónyuges en los respectivos procedimientos de competencia de aquellos) puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge o excónyuge no arrendatario, en los términos previstos por el CC en los arts. 103.II (respecto de las medidas provisionales) y 96 (respecto de las definitivas contenidas en la sentencia). Al respecto, ya bajo la vigencia del TRLAU-1964 se planteó cómo conceptuar la posición del cónyuge atributario en este caso, manteniéndose en esta cuestión una dualidad de posturas: por una parte, la que consideraba que se trataría de una subrogación del cónyuge del arrendatario en el arrendamiento, y por otra la de quienes entendían que se trataría de una simple atribución o continuación en el uso, sin cesión del contrato en favor del cónyuge usuario, que determinaría que el titular del contrato siguiera siendo el primitivo arrendatario.

La situación, no recogida en la legislación arrendaticia de 1964, aparece ya expresamente contemplada en la LAU-1994, que determina las consecuencias de las crisis matrimoniales de iure (nulidad del matrimonio, separación legal o divorcio) en su art. 15, que se refiere específicamente a los casos de crisis matrimoniales del arrendatario por lo que entendemos que no sería aplicable a las crisis en parejas no matrimoniales. No obstante, la ambigüedad de la redacción inicial de la norma hacía que siguiera discutiéndose por la doctrina sobre la existencia o no de una auténtica subrogación en el contrato por parte del cónyuge atributario.

Esta polémica podemos estimar que ha quedado ya resuelta a raíz de la reforma de este precepto por la Ley 4/2013, en base a la cual consideramos que se debe distinguir en función de la duración del derecho de uso atribuido, pues si la atribución fue de forma permanente o en un plazo superior al que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, el cónyuge usuario pasará a ser el titular del contrato, produciéndose una propia subrogación y por tanto atribuyéndosele los derechos y obligaciones derivados de la posición de arrendatario, mientras que si el derecho atribuido es de inferior duración (como cuando la atribución se hace en sede de medidas provisionales) deberá entenderse que realmente habrá una mera continuación en el uso y esa subrogación no se producirá, de modo que el cónyuge arrendatario seguirá siéndolo al margen de que quien ocupe la vivienda familiar sea el otro, y mantendrá los derechos y obligaciones del arrendamiento. Ello no obsta para que en ambos casos se aplique igualmente el procedimiento de comunicación previsto en el art. 15, pues el propio precepto solo distingue la duración a efectos de considerar existente una subrogación.

En tal sentido, para la continuación en el uso de la vivienda, el cónyuge o excónyuge al que se atribuya deberá comunicarlo al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la correspondiente resolución judicial, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda, si bien podrá realizarse igualmente por el cónyuge anterior titular u otra persona, e incluso tácitamente si puede acreditarse que el arrendador ha tomado conocimiento de la transmisión por otra vía. El efecto de esa comunicación al arrendador será vincularle contractualmente con el cónyuge o excónyuge usuario que pasa a ser el nuevo arrendatario, a fin de que le sea oponible a aquel la transmisión, sin que la falta de comunicación implique que se pueda considerar como un supuesto de cesión inconsentida o de que la vivienda ha dejado de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario que pudiera autorizar al arrendador a proceder a la resolución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, 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*, 2006, núm. 28, pp. 37-86.

Argelich Comelles, C.: "La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar", *RDC*, 2016, Vol. III, núm. 4, pp. 125-150.

Benavente Moreda, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges,* Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

Benavente Moreda, P.: "Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma", *ADC*, 1988, T. XLI-3, pp. 849-895.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar", *RCDI*, núm. 762, pp. 1964-2005.

Carrasco Perera, A.: "Comentario del art. 15", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 551-568.

Cervilla Garzón, M. D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Cobacho Gómez, J. A.: "El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos", *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 1985, núm. 8, pp. 141-151.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA. VV.: *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Vol. II, 2ª ed., reimpr. revis., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 285-490.

De La Cámara Álvarez, M.: "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *ADC,* 1986, Vol. XXXIX-2, pp. 339-536.

Díaz Martínez, A.: "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales", *Actualidad Civil*, 1998, núm. 2, pp. 363-389.

Fonseca González, R.: "La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales", *RDP*, 1983, T. LXVII-3, marzo pp. 261-270.

Guilarte Gutiérrez, V.: "Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU", *Aranzadi Civil*, 1998, núm. 3, pp. 65-96.

Lacruz Berdejo, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Civitas, Madrid, 2011 (facsímil de la edición de 1963).

Lasarte, C. y Sáenz-Cantero, B.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil* VI, 20ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2022.

Madruga Méndez, J.: "Transmisión del Derecho arrendaticio de Vivienda", *RCDI*, 1969, núm. 470, pp. 239-248.

Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, 2021, núm. 4, pp. 49-101.

Moralejo Imbernón, N.: "La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial", *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, pp. 91-119.

Moralejo Imbernón, N.: "Comentario del art. 1385", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1610-1612.

Moralejo Imbernón, N.: "Comentario del art. 1385", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. por R. Bercovitz y Rodríguez-Cano), 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 1787-1789.

Moreno Velasco, V.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU", *Diario La Ley*, núm. 6.562, 3-10-2006.

Quicios Molina, S.: "La reforma de los arrendamientos urbanos según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, Vol. 2, núm. 8, pp. 31-74.

Ragel Sánchez, L. F.: "Observaciones sobre el contrato de arrendamiento urbano concertado por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 1987, núm. 5, pp. 427-442.

Ragel Sánchez, L. F., "La sociedad de gananciales (2). El activo de la sociedad", en AA. VV. *Tratado de Derecho de la Familia* (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M.

Cuena Casas), Vol. III, 2ª ed., reimpr. revis., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 784-785.

Rabadán Sánchez-Lafuente, F.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 351-374.

Roca Trías, E.: Comentario al art. 96, en AA.VV.: *Código Civil Comentado* (dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Vol. I, Civitas, Madrid, 2011, pp. 521-526.

Sánchez-Calero Arribas, B.: "Atribución del uso de la vivienda familiar", *Actualidad Civil*, 2006, núm. 3, pp. 343-364.

Santos Martínez, A. M.: "Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales", *Actualidad Civil*, 2012, núm. 15-16, pp. 1571-1583.

PERCEPCIÓN DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO ANTES O DURANTE LA CONSTRUCCIÓN EN OPERACIONES DE COMPRA DE VIVIENDA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA, UNA OPORTUNIDAD PERDIDA*

PERCEPTION OF SUMS IN ADVANCE OF THE PRICE BEFORE OR DURING CONSTRUCTION IN RESIDENTIAL PROPERTY PURCHASE TRANSACTIONS IN THE HOUSING RIGHTS BILL OF LAW: A MISSED OPPORTUNITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 446-475

* Este trabajo se enmarca también dentro del Proyecto "Red temática vivienda y familia en el siglo XXI", dentro del Programa Acciones de dinamización y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, subprograma estatal de generación de conocimiento, en el marco del plan estatal de investigación científica y técnica y de innovación 2017-2020. (01/01/2020-31/12/2022). Investigadoras principales: María Dolores Cervilla Garzón e Isabel Zurita Martín.

Rocío LÓPEZ
SAN LUIS

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: La regulación de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas en la D. A. primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, modificada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, (LOSSEAR), no mejoró la posición de los compradores frente a las compañías aseguradoras y entidades financieras garantes de las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compra de viviendas, en comparación con lo establecido en la derogada Ley 57/1968 de 27 de julio. El capítulo II, del título IV del Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda (18/02/2022), ha sido eliminado en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, de tal forma que se ha desaprovechado la oportunidad de recuperar algunos derechos perdidos, así como la doctrina jurisprudencial en beneficio del comprador que anticipa cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción de viviendas. Aun así, a lo largo del trabajo, se analiza el texto del Proyecto al objeto de que nos sirva de estudio y reflexión sobre aquellos aspectos que en un inicio se plantearon en torno a la nueva regulación de la percepción de las cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de vivienda.

PALABRAS CLAVE: Cantidades anticipadas; seguro de caución; aval bancario; garantías, compraventa.

ABSTRACT: *The regulation of the perception of sums on account of the price during the construction of residential properties in the First Additional Provision of Law 38/1999, on Building Regulation, modified by Law 20/2015, of July 14 (LOSSEAR), did not improve the position of buyers before insurance companies and financial entities guaranteeing the advanced amounts in residential property purchases, in comparison with what was established in the repealed Law 57/1968 of July 27th. Chapter II of Title IV of the Housing Rights Bill (18/02/2022) has been eliminated in Law 12/2023, of May 24, for the right to housing, thus missing the opportunity to recover some lost rights, as well as the Supreme Case-Law doctrine in favor of the buyer who advances amounts on account of the price before or during the construction of residential properties. Nevertheless, throughout the study, the text of the Bill is analyzed in order to serve as a study and reflection of those aspects that were initially raised regarding the new regulation of the receipt of amounts in advance of the price before or during construction in residential property purchase transactions.*

KEY WORDS: *Advance amounts; safe deposit; bank guarantee; guarantees; buying.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. OBLIGACIÓN LEGAL DEL PROMOTOR DE GARANTIZAR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN OPERACIONES DE COMPRA DE VIVIENDA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS POR PARTE DEL PROMOTOR EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- IV. EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- V. RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDAS CUANDO LA CONSTRUCCIÓN NO SE HUBIESE INICIADO O LA VIVIENDA NO SE HUBIESE ENTREGADO EN EL PLAZO ESTIPULADO EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- VI. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS EN EL PROYECTO DE LEY DE VIVIENDA.- 1. El seguro de caución como garantía de la devolución de las cantidades a cuenta del precio en la compra de viviendas en construcción en el Proyecto de Ley por el Derecho a la vivienda.- 2. El aval solidario como garantía de la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en el Proyecto de Ley por el Derecho a la vivienda.

I. INTRODUCCIÓN.

Es doctrina compartida que la regulación de la percepción de cantidades a cuenta de precio en la compraventa de viviendas en la D.A. primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (en adelante D.A. de la LOE) [1] no mejoró la posición de los compradores frente a las entidades garantes de la devolución de las cantidades entregadas en comparación con lo que establecía la derogada Ley 57/1968 de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, tras eliminarse, entre otros aspectos, el carácter irrenunciable de sus derechos, la imperatividad de la norma, y el carácter ejecutivo del contrato de seguro de caución o aval[2].

Igualmente, con la reforma de la D.A. primera de la LOE perdió vigencia la doctrina del TS que realizaba una interpretación "pro consumatorem" de los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, al considerar responsables a las entidades

1 Modificada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (en adelante LOSSEAR). BOE. núm. 168, de 15/07/2015. Entrada en vigor e 01/01/2016. Con esta Ley se incluyó una Disposición derogatoria tercera en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) en virtud de la cual se derogó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas(BOE-A-1968-909, de 29 de julio de 1969), el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de Julio, a las Comunidades y Cooperativas de viviendas, y, la Orden 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor.

2 Sobre la reforma introducida tras la aprobación de la LOSSEAR se puede consultar, López San Luis, R.: "Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LOSSEAR), *RCDI.,* 2017, núm. 763, pp. 2349-2390. Sáez de Jubera Higuero, B.: "Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de vivienda en construcción", *RCDI,* 2020, núm. 778, p. 1265-1293.

• Rocío López San Luis
Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: rlopez@ual.es

financieras y aseguradoras, como garantes, de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más los intereses, cuando las viviendas objeto de compra no llegaban a buen fin, o se retrasaban en su entrega, a pesar de no cumplirse las exigencias legales.

El Proyecto de Ley por el derecho a la vivienda[3] (en adelante PLV) quiso recuperar aquella doctrina jurisprudencial y algunos de los derechos perdidos por parte de los compradores frente a las compañías aseguradores y entidades financieras, pues así se desprendía de su Exposición de Motivos "La mayor parte de estas medidas vienen a recoger y recuperar la doctrina jurisprudencial del TS sentada a partir de la sentencia 275/2015, de 13 de enero, anterior a la modificación de la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras".

Sin embargo, para gran sorpresa, el capítulo II, del título IV del PLV ha sido eliminado en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[4], de tal forma que se ha desaprovechado la oportunidad de recuperar algunos derechos perdidos, así como la doctrina jurisprudencial en beneficio del comprador que anticipa cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción de viviendas. Aun así, a lo largo del trabajo, se analiza el texto del Proyecto al objeto de que nos sirva de estudio y reflexión sobre aquellos aspectos que en un inicio se plantearon en torno a la nueva regulación de la percepción de las cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de vivienda.

II. OBLIGACIÓN LEGAL DEL PROMOTOR DE GARANTIZAR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN OPERACIONES DE COMPRA DE VIVIENDA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

En nuestro Ordenamiento jurídico la obligación legal de garantizar la percepción de cantidades anticipadas a cuenta del precio comenzó con la Ley 57/1968, de 27 de julio. Este texto legal fue consecuencia de las situaciones gravísimas a las que se vieron sometidas muchas familias en la crisis de años sesenta, tras la pérdida de las cantidades que entregaron a cuenta para la adquisición de viviendas, al carecer de garantías sobre la recuperación de las mismas cuando las construcciones no tenían lugar o no llegaban a buen fin por diferentes causas o motivos[5].

3 B.O. de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (18/02/2022).

4 BOE, núm. 124, de 25 de mayo 2023. Ref. BOE-A-2023-12203.

5 Sobre la Ley 57/1968, de 27 de julio Vid. Sillero Crovetto, B.: "La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 57/1968 *versus* Disposición adicional primera LOE", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre,

Aunque esta Ley fue novedosa en su momento realmente no fue hasta los años de crisis económica generada en parte por la burbuja inmobiliaria, cuando los tribunales de justicia comenzaron a realizar una interpretación "pro consumatorem", de los arts. 1 y 3 de la citada norma[6], con el objetivo de paliar la situación de las familias que no sólo perdían sus ahorros, sino también sus futuras viviendas[7]. Esta doctrina jurisprudencial generó cierto malestar en las entidades de crédito y compañías aseguradoras, garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio por parte de los compradores, provocando la modificación de la D.A. primera de la LOE, con la aprobación de la LOSSEAR que como he manifestado, perjudica más que beneficia a los compradores de viviendas[8].

El ámbito de aplicación de las normas que hasta ahora han regulado la percepción de cantidades a cuenta del precio en la compraventa de viviendas -Ley 57/1968 y D.A primera de la LOE- se refiere a aquellos supuestos en los que el promotor-vendedor pretende obtener de los compradores de viviendas en proyecto de construcción -bien mediante régimen de comunidad de propietario bien mediante sociedad cooperativa- cantidades anticipadas antes de iniciar la construcción o durante la misma. Se exige que las viviendas sean destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, por lo que únicamente estarán protegidos por la norma los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas. En el PLV no se modificó el ámbito objetivo, pues el art. 32. 1.º establecía que: "Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción…".

La denominación del contrato sigue siendo indiferente. Así, en la Ley 57/1968 se aludía a "contratos de viviendas", "cesión de viviendas" y de "contrato", evitando

2016, núm. 3, vol. III, pp. 49-92; Estruch Estruch, J.: "Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato"; *Diario La Ley,* 2009, núm. 7210, pp. 1-15.

6 Así se puso de manifiesto, entre otras, en las STS 20 enero 2015 (Roj 429, 2015) y STS 30 abril 2015 (Roj. 1930, 2015).

7 El Abogado De Castro, J., del Gabinete COSTALUZ LAWYERS afirma que "España es exclusiva entre todos los países de la Unión Europea en cuanto a la existencia de esta Ley que protege las entregas a cuenta de compradores sobre plano. La aplicación que los jueces y tribunales españoles están haciendo de esta Ley está siendo estricta y categórica, hasta las más altas instancias judiciales, el tribunal Supremo, que está produciendo jurisprudencia clara y contundente a favor del consumidor". https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSA_LEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRIL_2016.pdf

8 Muñoz Pérez, D., realiza un estudio de las novedades introducidas por la LOSSEAR, así como de la doctrina jurisprudencial de referencia en "Regulación y jurisprudencia en materia de Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución", *Actualidad civil,* 2017 núm. 2, sección Derecho de los contratos/a fondo, febrero, 2017, (LA LEY/2017), pp. 1-10. También es interesante el comentario realizado por López San Luis, R., a la STS 8 enero 2020 (RJ 2019, 5391), en "Generación de confianza en el comprador por las entregas a cuenta en la adquisición de vivienda sobre plano y responsabilidad de las entidades avalistas. Comentario a la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019, 5391). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* 2020, núm.114, pp. 237-250.

la palabra "compraventa". En la legislación vigente -D.A. primera de la LOE- se menciona "cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", de "contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, de "contrato de cesión", de "contrato para la adquisición de la vivienda", de "contrato de compraventa"[9]; mientras que en PLV toda esta terminología se englobaba en la rúbrica del Capítulo segundo del Título IV "Percepción de cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de vivienda".

La obligación principal de la regulación de la percepción de cantidades a cuenta del precio en la construcción de viviendas consiste en la obligación de constituir garantía por parte del promotor, para las cantidades entregadas a cuenta, adoptando la forma de contrato de seguro o aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda. De la normativa vigente se desprende, -y así se mantuvo en el PLV-, que el promotor tendrá que percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas a través de entidades de créditos en las que habrán de depositarse en cuenta especial con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, *y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.* (D.A. primera uno, b) LOE, y 32. 1.º b) PLV)[10].

En torno a la obligación legal de garantía o afianzamiento de las cantidades anticipadas surgieron abundantes controversias que dieron lugar a diversos pronunciamientos por parte de TS, provocados, sobre todo, por el incumplimiento de las entidades promotoras de la constitución del aval o el seguro que unido a

9 Gallego Domínguez, I.: "Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015", en *RDP,* nov-dic 2015, p. 32. Sillero Crovetto, B.: "La protección", cit. p. 57.

10 Interesante es la SAP Albacete 23 junio 2020. En la que se hace un estudio jurisprudencial sobre el contenido tipo de la apropiación indebida en relación al incumplimiento de las obligaciones del comprador, estableciéndose en el FJ. 4 lo siguiente: "1. La Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (..), de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio (…) impone la obligación a los promotores de garantizar mediante un seguro o aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores para la construcción de viviendas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de entidades de crédito en las que habrá de depositarse en una cuenta especial con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, y de las que sólo puede disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las referidas viviendas. 2. el mero incumplimiento, por sí solo de las obligaciones diligencias previstas en la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (…), de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio (…), dará lugar a la correspondiente sanción administrativa, y a la responsabilidad civil respecto de los compradores, pero no constituye título hábil para subsumir en el delito de apropiación indebida. 3. Para que ese incumplimiento tenga respuesta en la vía penal, es preciso acreditar que esas cantidades recibidas a cuenta por el promotor, no sólo no se garantizaron ni se depositaron en una cuenta especial, sino que se destinaron a un fin distinto del propio, esto es, que no se destinaron a la construcción de las viviendas para cuyo fin fueron entregadas…" (ARP 2020, 1623).

la crisis del sector y a la no entrega de las viviendas en fecha, puso de manifiesto un problema hasta entonces menor, cuál era la responsabilidad de las entidades depositarias de tales cantidades ante la imposibilidad de las promotoras de devolver a los compradores las sumas por éstos anticipadas, agravada por la no constitución de las garantías a favor de los compradores que realizaron los anticipos[11].

Para analizar toda esta problemática y la doctrina fijada por el TS, que se pretendía recuperar, partimos de la premisa de que el promotor -persona física o jurídica- es el que promueve la construcción de viviendas -ya sean en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa- y el que adquiere las cantidades a cuenta para la construcción de la misma. El promotor es, por tanto, el que tiene que cumplir con las exigencias establecidas en la norma: celebrar contrato de seguro o aval solidario que garantice la restitución de las cantidades y sus intereses e ingresar los anticipos en una cuenta especial. (D.A. de LOE). Por tanto, el responsable principal de la devolución de las cantidades es el promotor para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda[12] y, las entidades créditos, -en las que se hacen las aperturas de cuenta especial, así como los depósitos de las cantidades-, son responsables del manejo de esos fondos, asegurándose de que solamente se podrá disponer para las atenciones derivadas de las construcción, así como que, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior. (D.A. primera de la LOE). Dicho de otra forma, sobre la entidad de crédito recae la responsabilidad de que el promotor contrate la garantía -aval solidario o seguro de caución-, para las cantidades depositadas en la cuenta especial, y también del manejo de las mismas -bajo su responsabilidad-. Por lo que, si no se contratan las garantías la entidad de crédito será responsable subsidiaria, por depositaria de las cantidades. Y en un plano distinto nos encontramos a las compañías aseguradoras que, a través de los seguros de caución o las entidades financieras mediante avales, van a responder junto con el obligado principal (el promotor-vendedor)[13].

11 Las entidades financieras y compañías aseguradoras, para no responder de tal incumplimiento, alegaron todo tipo de motivos para eludir la aplicación los arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968, cuando los promotores o cedentes de viviendas en construcción quedaban insolventes evitando a toda costa su posición de garantes de la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses legales. Sobre el tema se puede ver Pérez Velasco, J.R.: "Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", Sala&Abogados, blog, 2014

12 En este sentido, y ahondando en la esencialidad de la constitución de las garantías por el promotor de las viviendas, la STS 23 mayo 2014 concluye que "el incumplimiento por la sociedad promotora de la obligación de garantizar al comprador las cantidades entregadas anticipadamente en caso de resolución del contrato de compraventa, constituye un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, actuando como órgano social, que ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el art. 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o el de la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de esta última pretensión al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. Añadiendo que el incumplimiento de una norma sectorial, de *ius cogens*, cuyo cumplimiento se impone como deber del administrador, en tanto que deber de diligencia, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable". (RJ 2014, 2943).

13 De esta opinión son, entre otros, Marí Farinós, J., y Muñoz Pérez, D.: "Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución", *A.C.*,

Partiendo de las comentadas premisas, el TS fijó doctrina en torno a las siguientes preguntas: 1) ¿qué ocurre si la entidad de crédito no obliga al promotor a garantizar las cantidades depositadas mediante aval solidario o seguro de caución?, ¿quién responde?; 2) ¿quién responde si no se abre cuenta especial, realizándose depósitos en otra cuenta de la misma entidad?; ¿desde cuándo hay obligación legal de garantizar las cantidades depositadas?; Si bien, el legislador de la actual regulación obvió en parte dicha jurisprudencia al no recoger la interpretación "pro consumatorem" del TS sobre de la Ley 57/1968 provocando un retroceso en derechos del consumidor/comprador de viviendas que entregaba cantidades a cuenta que, como se ha manifestado, el PLV pretendía recuperar cuando afirmaba que: "…la mayor de estas medidas vienen a recoger y recuperar la doctrina jurisprudencial del TS sentada a partir de la sentencia 275/2015, de 13 de enero, anterior a la modificación de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras" (EM).

III. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS POR PARTE DEL PROMOTOR EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

Sobre la responsabilidad subsidiaria de las entidades de crédito es preciso señalar que nos encontramos con dos tipos de negocios jurídicos: el primero, el de compraventa entre promotor y comprador, y, el segundo, de garantía al comprador del reintegro de las cantidades anticipadas por razón de la compraventa, en la que intervienen, promotora, garante y entidad de crédito, pero no el comprador.

La entidad de crédito, para la apertura de la cuenta especial, tendrá que verificar previamente la constitución por el promotor-vendedor de las garantías para la devolución de las cantidades anticipadas, mientras que la obligación de ingresar las cantidades en esa cuenta especial es una obligación que se impone al promotor/vendedor[14], siendo que al garante -avalista o entidad aseguradora-, le incumbe urgir a la promotora, que percibe las cantidades, para su ingreso en

2017, núm. 2, La Ley digital360, *La Ley 1224/2017,* pp. 4 y 5.

14 La STS 8 marzo 2001, establece que "La obligación de depositar las cantidades entregadas en cuenta especial no es del comprador sino del promotor. Finalidad tuitiva y carácter imperativo del art. 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas con independencia de su ingreso en cuenta especial de la entidad". (RJ 2001, 2731). En el mismo sentido, STS 30 abril 2014 (Roj STS 1930, 2015), STS 21 diciembre 2015 (RJ 2015, 5403).

la cuenta especial constituirla al efecto, así como verificar que de los fondos se dispone para atender a los gastos de la promoción[15].

De todo ello se deduce que, ninguna de estas obligaciones ni las consecuencias desfavorables por el incumplimiento de las mismas por alguno de los tres agentes mencionados pueden ser trasladables al comprador, pues ello implicaría responsabilizarles de los deberes propios de la promotora, y del deber de vigilancia de la entidad bancaria[16]. Si bien, la STS 16 enero 2015 aclaró que dicha responsabilidad sólo alcanzaba a la entidad que recibía las aportaciones de los compradores, no a la entidad acreedora hipotecaria que otorgaba al promotor un préstamo para construir la promoción y en la que aquélla ingrese fondos periódicamente para cubrir dicho crédito hipotecario"[17].

Ahora bien, es preciso advertir que la responsabilidad que asume la entidad de crédito no consiste en garantizar el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, ni tampoco garantizar una obligación dineraria de restituir las cantidades anticipadas por el comprador sustituyendo así al promotor, sino que su obligación consiste en garantizar la obligación del promotor de constituir el aval o seguro para la devolución de las cantidades anticipadas como condición para aperturar una cuenta especial ("bajo su responsabilidad")[18]. Esto es, solo al tiempo de la apertura de las cuentas y depósitos especiales por la promotora nace la obligación de la entidad bancaria de exigir la constitución del aval o la celebración

15 Mondéjar Peña, M.ª I.: "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas", *RJUAM*, 2007, núm. 16, p. 212. Al respecto pueden verse las STS 7 junio 1983 (RJ 1983, 3450), STS 25 octubre 1985 (RJ 1985, 4961); STS 23 marzo 1990 (RJ 1990, 1720), STS 30 diciembre 1998, (RJ 1998, 9984).

16 Así lo ha venido afirmando el TS en la sentencia de 21 de diciembre de 2015: "En este sentido, ha señalado que "La "responsabilidad" que el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si proviene de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma entidad o en otra, pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de "exigir". En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera su eficacia". (RJ 2015, 5403). A más, STS 21 diciembre 2015 (RJ 2015, 5403). Esta sentencia ha sido ratificada por STS 30 abril 2015(RJ 2015, 2017), STS 9 marzo 2016 (RJ 2016, 959); STS 17 mayo 2016 (RJ 2016, 862); STS 8 abril 2016 (RJ 2016\1239). Pérez Velasco, J.R.: En cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de la sala 1, ª (SSTS 13 enero 2015, Roj. 275/2015 y 30 abril 2015, Roj: 1930/2015), ha concluido que "La ley impone al promotor la obligación de depositar en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador (…). El hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, siendo irrenunciables el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecerse la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro", "La responsabilidad", cit., p. 3,

17 STS 16 enero 2015 (RJ 2015, 278).

18 Vid. Sánchez Cabanelas, I.: "Responsabilidad de la entidad bancaria por incumplimiento legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de una vivienda. Comentario a la sentencia n.º 384/2019 de la Audiencia Provincial de Burgos del 29 de julio", *Cooperativismo e Economía Social (CES),* núm. 42. Curso 2019-2020, pp. 215-221.

del contrato de seguro previsto por la norma, siendo responsable de los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a los compradores en el caso de que, por no haberse constituido las garantías previstas, no pudieran obtener la restitución de lo anticipadamente pagado[19].

Aspecto interesante a recordar es el carácter irrenunciable de los derechos de los compradores de vivienda otorgados en la derogada la Ley 57/1968, pues ya no se encuentran recogidos como tal en la D.A primera de la LOE. El PLV tampoco recuperaba el carácter irrenunciable de los derechos de los compradores por lo que esperemos que en un futuro el legislador quiera volver al proteccionismo del consumidor comprador de viviendas con entrega de cantidades a cuenta del precio de la Ley 57/1968. Máxime cuando parte de la doctrina sigue sosteniendo el carácter irrenunciable de los derechos, al considerar que para que una norma sea imperativa no es necesario que la misma lo diga expresamente [20], además de que iría contra la finalidad de la ley y de sus antecedentes legislativos (art. 7 de la Ley 57/1968), así como en los arts. 6. 2.º y 3.º CC y 10 TR 1/ 2007[21].

IV. EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

La extensión de la garantía ha sido, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más polémicos de la regulación de la percepción de las cantidades anticipadas en operaciones de compra de viviendas. Durante la vigencia de la Ley 57/1968 se cuestionó si la garantía (seguro de caución o aval solidario) se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de la construcción, o si por el contrario se devengaba la obligación al comienzo de dicha fase. Podemos decir que con la modificación de la D.A. primera de la LOE la polémica quedó zanjada, pues en

19 En este sentido la SAP Burgos 15 de enero 2014 (JUR 2014, 440677), reiterando lo expuesto en la sección segunda de la misma Audiencia Provincial en la sentencia de 20 de junio y 25 de octubre de 2012 "la responsabilidad se atribuye necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad (refiriéndose a la entidad de crédito) surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero. Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, ésta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera lo que significa la frase "bajo su responsabilidad". SAP de Málaga 17 enero 2022 (JUR 2022, 98942) "Considera el TS que la obligación que la Ley impone a las entidades de crédito "desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad, pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de exigir". En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque, de otra forma, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia".

20 Gallego Domínguez, I.: "Los intereses", cit., p. 34.

21 Casado Casado, B.: "Percepción de cantidades a cuenta en la compraventa de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía", *InDret, (Revista para el Análisis del Derecho)*, 2016, p.10, y, Salas Carceller, A.: "Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas", *Revista Aranzadi doctrinal,* 2016, núm. 6, pp. 1-4.

su texto se establece que las cantidades adelantadas se garantizarán "desde la obtención de la licencia de edificación". Por tanto, con la normativa vigente, las cantidades adelantadas antes de la obtención de dicha licencia han quedado fuera de la garantía quedando derogada la doctrina de TS[22]. Con esta modificación, el nivel de protección que el adquirente de vivienda a plazos había recibido hasta ahora ha sufrido un gran retroceso[23], pues el riesgo de la construcción de una promoción inmobiliaria para un consumidor se encuentra, en abundantes ocasiones, en la fase anterior a la licencia de obras[24].

Este retroceso en los derechos de los compradores de viviendas es lo que provocó que que el legislador del PLV quisiera volver a la doctrina jurisprudencial establecida al amparo de la Ley 57/1968, al extender la garantía de las cantidades entregadas a cuenta al momento de la adquisición de la vivienda, eliminando la vinculación de esta garantía a la obtención del título habilitante de la edificación. Así como impedir que en las pólizas se fijasen cantidades máximas inferiores a las cantidades aportadas por los adquirentes, cuando estableció que: "la garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidas las anteriores a la obtención del título administrativo habilitante de la edificación, los impuestos aplicables más el interés legal del dinero desde la fecha de entrega de las cantidades correspondientes. No podrán fijarse cantidades máximas inferiores en las pólizas". Por ello, no se entiende la supresión en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, el contenido del art. 32. 2.º PLV [25].

22 Entre otras, la STS 13 septiembre 2013 (RJ 2013, 5931). Interesante el comentario disidente realizado por Yzquierdo Tolsada, en el que realiza un estudio sobre el funcionamiento de los Seguros de Tramo I y II (art. 68 LCS), así como su diferencia con las póliza individuales de los seguros de afianzamientos de la Ley 57/1968 ; sostiene que el Alto Tribunal se equivoca al sentar una doctrina con un marcado carácter expansivo y que no se puede obligar a un asegurador a atender un tipo de siniestro diferente a aquél para el que fue concebido y contratado haciéndolos instrumentos de ingeniería social, de redistribución de las rentas o de pura justicia distributiva, en "¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,* 2014, núm. 49, p. 28.

23 De la misma opinión, Carrasco Perera, A., y Almarcha, J.: "El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Análisis GA&P,* 2016 p. 2; Sillero Crovetto, B.: "La protección", cit., pp. 54 y 55.

24 Fernández Manzano y Ruiz Echauri consideran que "seguiremos con una gran inseguridad jurídica hasta el momento en que se obtenga la licencia de edificación, lo que puede repercutir en una falta de oferta de estos productos en el mercado, en la consiguiente fase de competencia y en una elevación de precios que finalmente redundará en perjuicio de los adquirentes de viviendas que es precisamente a quienes se trata de proteger", en AA.VV.: *Comentarios a la LOSSEAR,* p. 107 citado por Sillero Crovetto, B.: "La protección", cit., pp. 76 y 77.

25 https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/nueva-ley-de-vivienda-y-cantidades-a-cuenta-en-la-compraventa-de-viviendas-en-construccion-i-1.html

V. RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDAS CUANDO LA CONSTRUCCIÓN NO SE HUBIESE INICIADO O LA VIVIENDA NO SE HUBIESE ENTREGADO EN EL PLAZO ESTIPULADO EN EL PROYECTO DE LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

En lo que se refiere a la prórroga o resolución del contrato el PLV mantenía la misma redacción que la D.A primera de la LOE. En efecto, el art. 35 establecía que "Si la construcción no hubiere llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda".

Igualmente, mantenía las mismas causas de resolución del contrato desde Ley 57/1968, además de la utilización errónea del término de rescisión. Así del apartado 4 de la D.A 1.ª de la LOE se desprende que, el comprador podrá resolver legalmente el contrato de compraventa cuando: a) Haya transcurrido el plazo previsto de iniciación de las obras y éstas no hubieran comenzado; b) Cuando hubiera transcurrido el plazo para entrega de la vivienda y ésta no se hubiese entregado a los compradores.

En torno al plazo de entrega como excepción a la doctrina general sobre el término como causa de resolución por incumplimiento del art. 1124 CC, el TS determinó que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no era aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma del art. 1124 CC, consideraba que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte[26]. Es decir, en el caso de retraso en la entrega de una vivienda por su promotor, se podrá conseguir la resolución

26 STS 20 enero 2015 (RJ 2015, 361), en el Fundamento sexto, apartado 3, rectifica el criterio de la Sentencia de 9 de junio de 1986, sentando nueva doctrina interpretativa del art. 3 de la Ley 57/1968 al afirmar que "…3.ª Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento del vendedor del plazo estipulado para la terminación de la entrega de la vivienda justifica, conforme el artículo 3 de la Ley 57/1968, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta (…), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega. Lo anterior significa que el art. 3 de la Ley 57/1968 introduce en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante…". Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. *http://notin.es/el-ts-cambia-su -interpretación-de- art-3-ley-57/1968 -resolución-de-la- CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su entrega.*

de la compraventa en cuestión por incumplimiento, aun cuando dicho retraso sea mínimo, argumentado no ex art. 1124 CC sino ex art. 3 de la Ley 57/1968.

Otras de las causas de resolución del contrato de compraventa es la no obtención de la licencia de habitabilidad o de primera ocupación. El art. 36 LPV -relativo a la cancelación de la garantía-, señalaba que: "Expedida por el órgano administrativo competente la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda".

Qué duda cabe que la licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad constituye el documento administrativo que acredita el cumplimiento por las viviendas de la normativa que les resulta de aplicación, siendo necesario para que cualquier vivienda sea considerada apta a efectos de uso residencial, y debiéndose obtener dicha autorización administrativa con carácter previo u obligatorio a la ocupación de la vivienda. En este sentido, la entrega de la vivienda únicamente podrá considerarse como tal si va acompañada de la correspondiente licencia administrativa que autorice la habitabilidad y ocupación de la misma[27]. En consecuencia, si el promotor pretendiera la entrega de la vivienda sin la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación porque no se hubiese obtenido en el plazo previsto dicha autorización administrativa para la utilización de la vivienda, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución del contrato de compraventa[28].

En cuanto a si el incumplimiento de la obligación legal de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente, consecuencia del contrato de compraventa, puede ser causa de resolución del contrato, nada dicen los textos normativos analizados, sin perjuicio de lo establecido en el régimen sancionador (apdo. 7 de la D.A. Primera de la LOE y el art. 38 PLV)[29]. No obstante, podemos decir que, es doctrina aplicable la STS 11 abril 2013, en el sentido de que: "En efecto, en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta

27 Así se ha puesto de manifiesto el STS 11 marzo 2013 afirmando que "el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda .los sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia…. (Roj 1051, 2013). En la STS 9 marzo 2016, en la que "la vivienda se encontraba terminada cuando el comprador fue requerido para otorgar la escritura, pero sin embargo no en disposición administrativa de ser entregada, y ello no por deficiencias de habitabilidad sino urbanísticas (…)". (Roj 976, 2016).

28 Sillero Crovetto, B.: "La protección", cit., pp. 60 y 61.

29 "El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el artículo 32 dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las CCAA".

prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de la infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha esforzado recientemente en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado, al igual que ha hecho con la licencia de primera ocupación"[30].

Por último, PLV sí introducía como novedad que el promotor no podrá contemplar en el contrato de compraventa la recisión del mismo por la mera falta de atención de pagos parciales, si estos no se han reclamado previamente mediante requerimiento al comprador, debiéndose fijar para ello un plazo no inferior a 30 días para su pago (art. 34, relativo a la información contractual).

VI. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS EN EL PROYECTO DE LEY DE VIVIENDA.

En la regulación vigente se establece la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no

30 Continua la sentencia: "Este desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar como primera fase, STS 25 de octubre 2011, esta sala ya resaltó, como principio general, que la omisión del aval o de las garantías, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/1968, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o de esencial. Posteriormente, en una segunda fase, en la ya citada STS de 10 de diciembre de 2012, se profundizó en la configuración contractual de la figura declarándola, por una parte, como obligación esencial del vendedor, y por la otra, determinando su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas, como son las derivadas del contrato de compraventa, de forma que, en verdad, subsista dicha reciprocidad, o dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía. Sentadas estas bases, la configuración contractual de la figura puede responder a los siguientes criterios: en el plano de su caracterización nos encontramos ante una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato: construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación, por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos: en la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar de la cantidad y viceversa (art. 1274 del CC). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual, (…)". (RJ 2013, 3490). En el mismo sentido STS 25 octubre 2011 (RJ 2012, 433), STS 10 diciembre 2013 (RJ 2013, 914), STS 11 abril 2013 (RJ 2013, 3490), STS 19 julio 2013 (Roj 4423, 2013), STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 3126), STS 5 febrero 2013 (RJ 2013, 1995), STS 11 abril 2013 (RJ 2013, 3490), STS 29 enero 2014 (RJ 2014, 1034), STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 3126).

llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda (Cfr. apdo. Uno.1. a) de la D.A. 1.ª de LOE).

Estas garantías fueron reguladas en la Ley 57/1968 sin un desarrollo legislativo adecuado, propiciando resoluciones judiciales en las que se abordaron diversos aspectos como: la extensión de las mismas, la eficacia de la póliza colectiva frente a la ausencia de certificados individuales, las excepciones oponibles por parte de los garantes al comprador de la vivienda ante el incumplimiento del promotor del ingreso en cuenta especial, y el carácter autónomo de la garantía y no accesorio respecto de la obligación principal. Todas ellas se fundamentaron en torno a una interpretación extensiva "pro consumatorem", en virtud de la cual se exigía una responsabilidad objetiva aun de no cumplir los requisitos legales (arts. 1 y 3 de la Ley 57/1968). Sin embargo, con la normativa vigente, los garantes han ganado en protección en detrimento del consumidor comprador de vivienda que anticipa cantidades de dinero a cuenta del precio en la construcción sobre plano, generando unos perjuicios para éstos que en el PLV se pretendió solventar, pues recuperaba la doctrina del TS al amparo de la Ley 57/1968.

1. El seguro de caución como garantía de la devolución de las cantidades a cuenta del precio en la compra de viviendas en construcción en el Proyecto de Ley por el Derecho a la vivienda.

En la D.A. primera de la LOE se establece como requisito para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de devolución de las cantidades anticipadas en la construcción de viviendas que se suscriba una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales[31]. Esta exigencia se mantuvo en el PLV: "Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales". (art. 33 PLV). Sin embargo, como sostuve en otra ocasión, la exigencia de la póliza individual emitida por la entidad aseguradora, una vez determinado el comprador tras la conclusión del contrato de compraventa, quebraba la doctrina del TS en la que se establecía

31 El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para los promotores constituye una modalidad del seguro de caución, en la que el tomador del seguro es la persona física o jurídica que realiza una promoción de viviendas, y los asegurados son los compradores de dichas viviendas. De conformidad con el art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, por el seguro de caución el asegurador se obliga , en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato y que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro; véase a Mondéjar Peña, M.ª I.; "El afianzamiento", cit., pp. 216 y 217.

que la devolución de las cantidades anticipadas quedaba garantizada desde la constitución de la póliza colectiva[32]. Y es que, bajo la vigencia de la Ley 57/1968 el TS optó por otorgar virtualidad y eficacia a las pólizas colectivas, garantizando la devolución de las cantidades anticipadas desde la suscripción del contrato de seguro por parte del promotor a pesar de no estar emitidas las certificaciones individuales[33]. Por tanto, el legislador de la LOSSEAR conocía perfectamente el sistema de doble póliza -póliza colectiva/certificado individual-[34] y en torno al cual nuestros tribunales se habían pronunciado a favor del comprador de viviendas que había anticipado cantidades a cuenta del precio final, interesando la devolución de las mismas una vez producido el siniestro incluso de no estar emitidas las certificaciones individuales respecto de cada una de las cantidades aportadas por parte de la entidad aseguradora. Y, a pesar de ello, el último párrafo del apartado 3 de la D.A. primera de la LOE, estableció que "En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de

32 Así la STS 23 septiembre 2015 declaró que ""la norma -Ley 57/1968- no le impone al banco la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese la obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor, (…), pero esta interpretación pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de la garantía contenida en los arts. 1, 2, y 3 de la Ley 57/1968, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva cuya copia se entregaba al comprador, éste no tiene porqué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales. (…). No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta de la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales. Por ello, podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores, legitima a éstos para hacer efectivo el aval por la vía ejecutiva, conforme al art. 3 de la Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva"". (RJ 2015, 4020). En el mismo sentido véase el Comentario a la sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia de fecha de 14 de enero de 2014, realizado por Gualde Capó, P., y Montes Jiménez, M.: "La limitación de responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", en *Práctica contenciosa para abogados",* 2015, *La Ley 4056/2015,* p. 1-9.

33 En el mismo sentido las STS 24 octubre 2016 (RJ 2016, 4971), 16 noviembre 2016 (Roj STS 5104, 2016), STS 21 diciembre 2016 (RJ 2016, 5919); TS (Auto) 23 abril 2016 (JUR 2016, 96413), SAP Cádiz 9 septiembre 2015 (JUR 2015, 25850).

34 La Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, diseño lo que entonces se llamó "seguro de afianzamiento", y hoy conocemos como seguro de caución bajo la forma de seguro colectivo, en el que el grupo asegurado es el "conjunto constituido por los aseguradores adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas (art. 2 in fine). Y lo que generalmente se conoce en los seguros colectivos o de grupo como certificado individual, que la Orden de 1968 lo llamó "póliza individual", aunque en la práctica en algunos contratos de seguro de afianzamiento se utilizan las expresiones "certificado individual" y "póliza colectiva"; de este modo la Orden, actualmente derogada, acogía un sistema que se ha dado en llamar "sistema de doble póliza": "Póliza colectiva" suscrita por el tomador (promotor, vendedor o cedente), y "póliza individual", suscrita por el asegurado (adquirente o cesionario).

ser anticipadas a cuenta del precio". En definitiva, en la regulación actual no hay devolución de las cantidades anticipadas si la entidad aseguradora no emite las pólizas certificadas individuales por cada una de las cuotas que vayan anticipando los compradores de las viviendas.

Por más de todas las advertencias realizadas al legislador, el PLV mantuvo el mismo texto de la D.A primera de la LOE, en el art. 34, in fine: "En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada, a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio". Por lo que se espera que el legislador, en un futuro, recupere este retroceso en la protección de los consumidores compradores de viviendas, pues es conocedor de que primero se firman los contratos de compraventa con entrega de anticipos del precio y, posteriormente, se emiten los certificados individuales; y que, difícilmente la entidad aseguradora puede emitir certificados individuales si el promotor no le informa de los contratos de compraventa de manera individualizada -identificación del comprador, precio de la vivienda, cuantidades anticipadas, etc.- Por ello, hubiese sido un buen momento para acomodar la norma a la jurisprudencia, hasta ahora, imperante. A más, aunque la norma obligue al promotor a entregar al comprador el documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio, realmente el hecho de que el promotor no entregue al adquirente esa garantía individual al tiempo de firmar el contrato no es algo que pueda achacársele, pues a pesar de que la ley contenga esa exigencia, la entidad aseguradora solo emitirá la póliza o el certificado individual cuando se le acredite la firma del contrato entre el promotor y el adquirente[35].

Situación distinta es aquélla en la que el asegurador tenga conocimiento de la entrega de anticipos, pues en este caso sí le corresponde la obligación de instar al tomador a regularizar la situación de los mismos, pues el apartado Dos.1.g) de la D.A. primera de la LOE (LOSSEAR) faculta al asegurador, que no obliga, a comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados[36].

En conclusión, tanto la regulación vigente, como la regulación que establecía el PLV la póliza colectiva no supone la concesión de cobertura para los adquirentes que han anticipado cantidades, sino que ésta no se produce hasta que no se expidan los certificados o pólizas individuales[37]. No cabe duda que sobre este

35 Sobre el tema véase Mondéjar Peña, M.ª I.: "El afianzamiento", cit., p. 213.

36 Lo mismo establecía la Orden 29 de noviembre de 1968 (4. Letra b).

37 Opinión compartida, Estruch Estruch, "únicamente estarán garantizadas la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores cuando la compañía de seguro haya emitido la

aspecto tendrá el legislador que reflexionar si pretender una nueva regulación de la percepción de cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción de compra de viviendas.

En cuanto a la extensión de la garantía y las cantidades indemnizables por la entidad aseguradora, manifestar que con la normativa actual ésta se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero, y que no serán indemnizables, en ningún caso, las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión. Sobre este aspecto, resaltar que existe una concordancia con la doctrina del TS en la que se establece que la póliza del contrato de seguro comprende todas las cantidades contempladas en el contrato, aun cuando la póliza se emita por cantidad inferior[38]. Si bien, aunque el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que la mismas se entreguen, no podemos olvidar que ahora la garantía sólo será exigible desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor, lo que pone de manifiesto que la actual regulación no soluciona las situaciones de inseguridad jurídica a la hora de asegurar las cantidades anticipadas en las fases iniciales de los proyectos, como en el caso de las cooperativas[39]. Situaciones que se esperaba que quedaran resueltas en Ley de por el Derecho a la vivienda, pues era una de las bondades del PLV: "La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidas las anteriores a la obtención del título administrativo habilitante de la edificación, los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero

correspondiente póliza individual respecto de cada uno de ellos; Camacho De Los Ríos, en relación a la no emisión de certificados individuales afirma que "sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por las existencias de la póliza colectiva -previa siempre a los certificados individuales- pues tal posibilidad choca además con lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro: bilateralidad, deber de comunicación del riesgo, importe de la prima, pago de la prima…etc. En especial, con el hecho fundamental de que el asegurador no conoce la entidad del riesgo ni su importe económico"; López y García De La Serrana, "difícilmente se puede admitir que dicha póliza colectiva pueda servir como título ejecutivo; todos ellos citados por Maldonado Molina, F.J.: "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas", en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros",* 2011, núm. 27, pp. 19-21.

38 STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 3126), " No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza del seguro, pues la misma, al constatar se efectuaba al amparo de la Ley 57/1968, que obligaba a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores…La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la Ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores. En el mismo sentido, STS 30 abril 2014 (RJ 2015, 2017) y STS 13 septiembre 2013 (RJ 2013, 5931) señalando que "En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro se ha declarado que comprende todas cantidades entregadas a cuenta del precio; es decir, aunque la póliza del seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el art. 2 de la Ley 57/1968 y el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro. STS 3 julio 2013, (RJ 2013, 5913).

39 Sobre el seguro de caución y los seguros de Tramo I, véase Sanz Acosta, L.: "Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013", *Actualidad Civil,* 2013 núm. 12, p. 1461. *LaLeydigital 360,* La Ley 8732/2013.

desde la fecha de entrega de las cantidades correspondientes. No podrán fijarse cantidades máximas inferiores en las pólizas". (art. 32. 2º. PLV).

Y, por último, en relación a las cantidades que son objeto de devolución por parte de la entidad aseguradora, manifestar que el comprador tiene que probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas ("en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado"), carga probatoria que limita la responsabilidad del garante, pues le corresponde al adquirente de la póliza individual actualizarla cada vez que realiza una nueva aportación[40]. Exigencia mantenida el PLV. (art. 33.1º. i) y de la que se esperaba una modificación por parte del legislador.

Otra cuestión importante, que no resolvió la LOSSEAR ni tampoco PLV (art. 33. 1.º). es la relativa a la prórroga del seguro. El TS venía sosteniendo que la aseguradora no podía imponer a su obligación un término final que precediera al tiempo previsto en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda. Esta doctrina quedó positivizada en la letra f del apartado dos de la D.A 1.ª de la LOE -"La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de la vivienda". Sin embargo, la polémica suscitada entonces sobre si la prórroga del contrato de compraventa arrastraba la del seguro, hubiese o no pago de nueva prima, y si es oponible por parte de la aseguradora quedaba sin resolver, por lo que con la eliminación de la regulación en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la vivienda, se pierde otra vez la oportunidad de no dejar al arbitrio del promotor de garantizar las cantidades entregadas por los compradores en el momento más crítico, pudiendo sobrevenir dificultades que dejen desamparados a los adquirentes[41]. Así, la normativa vigente "en caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga". Como se observa, el texto no lo exige con carácter imperativo sino dispositivo, por lo que hubiese sido mucho más adecuado, como sostuve en otra ocasión, utilizar el verbo "deberá", al estar en consonancia con las obligaciones establecidas en la norma y con el carácter irrenunciable de estos derechos. (D.A. 1.ª, 2. 1.f), LOE y art. 33.1º. f), relativo a los requisitos del seguro de caución, en el PLV). De igual forma que debería haberse incluido en la ejecución de las garantías la obligación de entregar nueva garantía bajo sanción de resolución y no que establecía que "…o conceder al promotor prorroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado,

40 Carrasco Perera, A., y Almarcha Jaime, J.: "El nuevo", cit., p. 2

41 https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/nueva-ley-de-vivienda-y-cantidades-a-cuenta-en-la-compraventa-de-viviendas-en-construccion-i-1.html.

especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda" (art. 35 PLV)[42].

En materia de ejecución de las garantías PLV no introducía modificación alguna (art. 32. 1.º h); Por tanto, se mantiene lo establecido en la D.A primera de la LOE, acontecido el siniestro -el no inicio de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido, incluyendo la falta de obtención de licencia de ocupación o cédula de habitabilidad- el asegurado, previo requerimiento fehaciente de las cantidades al promotor y el incumplimiento de la obligación por este último en el plazo de treinta días, podrá dirigirse contra el asegurador para reclamar el abono de la indemnización correspondiente[43]. A su vez, el asegurador dispone de otros treinta días para abonar la indemnización al asegurado desde que éste hubiese presentado la reclamación. Asimismo, podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor[44].

En carácter ejecutivo de la póliza o del aval bancario desapareció con la reforma de la D.A Primera de la LOE[45] y tampoco el PLV lo recuperaba, olvidándose, de nuevo, de una de las ventajas más interesantes que ofrecía la Ley 57/68[46].

El PLV tampoco zanjó la duda en torno a si era es necesario que el asegurado resuelva previamente el contrato de compraventa con el promotor para poder reclamar el pago frente a la aseguradora. No obstante, sobre este tema el TS fijo doctrina en la sentencia de 22 de abril de 2015 en el sentido de que "sobre la alegada necesidad de una previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante la sentencia de 7 de mayo de 2014[47], relativa a un aval pero igualmente aplicable al seguro de afianzamiento declara "que el art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma por lo que una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que, incumplida la obligación de

42 Opinión compartida referida a la D.A. primera de la LOE, Casado Casado, B.; "Las garantías", cit., p. 8; Sillero Crovetto, b.: "La protección", cit., p. 80.; carraco perera, a.: "Sobre una propuesta", cit., p. 3.

43 La STS 27 mayo 2004 (RJ 2004, 4264), señala que incumbe al asegurador probar las circunstancias que hacen nacer el siniestro que da origen a la indemnización.

44 Reclamación que como sostuvo Carrasco Perera, a., y Almarcha Jaime, J.: "El nuevo", cit., p. 5. Sobre las formalidades legales para reclamar la devolución de las cantidades anticipadas al promotor y a la compañía aseguradora véase PEREZ VEGA, A.: "Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda", *RDP,* 2016, núm. p. 13.

45 El párrafo segundo del art. 3. 2.º de la Ley 57/1968 afirmaba que: "El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley".

46 Así también lo ha entendido parte de la doctrina como Martínez Catalá, r.: *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas,* 2015, p. 325.

47 STS 7 mayo 2014 (RJ 2014, 3126).

entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta debidamente reclamadas", y establece como doctrina jurisprudencial que "cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del art. 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa"[48]. Doctrina que a la vista de la D.A 1.ª de la LOE y la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda debe ser mantenida, pues no se ha producido cambio al respecto[49].

En cuanto a las excepciones oponibles por parte de la entidad aseguradora frente al asegurado comprador de la vivienda, para la no devolución de las cantidades a cuenta del precio, la normativa vigente prevé que le "corresponde al tomador del seguro -promotor- realizar el pago de la prima por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase cooperativa o instrumento jurídico equivalente". Por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder contra el tomador del seguro, señalando que la falta de pago de la prima por el promotor no será en ningún caso, excepción oponible. (D.A. primera, aparatado segundo, 1.e), LOE, y art. 33. 1.º C, PLV).

Esta regulación tiene su lógica en el carácter autónomo de las garantías y en la no aplicación del art. 1853 CC, al encontrarnos ante una ley especial que obliga a dar una interpretación favorable atendiendo a su finalidad protectora[50]. Las entidades aseguradoras no pueden oponer frente al asegurado las excepciones personales que pueda tener frente al deudor -tomador del seguro-, y respecto a las objetivas que se puedan derivar de la propia garantía no podrá alegar el pago de la prima, si bien, tal y como ha entendido la doctrina y jurisprudencia, sí podrá

48 STS 22 abril 2015 (RJ 2015, 1357).

49 En el mismo sentido, véase Sanz Acosta, L.: "Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura (A Propósito de la STS de 7 de mayo de 2014), *Actualidad Civil,* 2014, núm. 10, *La Ley digital369,* La Ley 5736/2014.

50 El TS venía entendiendo desde la aplicación de la Ley 57/1968 la finalidad protectora de la norma. Así, a modo de ejemplo: STS 7 de mayo 2014 (RJ 2014, 3126), "Examinado por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución como antes dijimos. Por este reforzamiento de la garantía establece el art. 1, regla primera de la Ley 57/1968: Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin "por cualquier causa" en el plazo convenido. Cuando el precepto establece que "por cualquier causa" no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del CC. El art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas". STS 25 abril 2015 (RJ 2015, 1357) STS 3 marzo 2014 (RJ 2014, 1425), STS 19 octubre 2015 (RJ 2015, 4847), SAP Zaragoza 24 marzo 2015 (JUR 2015, 114218); SAP Badajoz 23 octubre 2014 (JUR 2015, 1465).

alegar la resolución del contrato de seguro como consecuencia del impago de la prima -como permite la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro-, así como la reclamación tardía de la misma.

En relación a la acción de regreso que tiene la entidad aseguradora frente al promotor-tomador por las cantidades satisfechas a los asegurados, o subrogación en los derechos que les correspondieran a éstos, manifestar que fue una novedad introducida por la LOSSEAR en la disposición adicional primera de la LOE y que el PLV mantenía en los mismos términos -"El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que les correspondan" (art. 33.1.j)) . Con esta inclusión, desde su inicio, surgieron posiciones divergentes, pues un sector doctrinal consideró que esta regulación es norma especial frente a la LCS y que, por tanto, el asegurador de esta modalidad de seguro de caución no tiene un derecho de reembolso frente al tomador como establece el art. 68 de la LCS, sino un derecho de subrogación[51], mientras que otro sector mayoritario sostuvo que lo que hay es una contradicción entre la D.A primera de la LOE y art. 68 LCS, por cuanto que ésta última no prevé la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado frente al promotor, sino un derecho de reembolso frente a éste, que no es lo mismo[52].

Por último, el PLV mantenía la prohibición de que "En el caso de que la entidad aseguradora hubiese satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada" (D.A. primera Dos. 1. K, y 33. 1.º K PLV), quedando, de nuevo, sin resolver si se trata de una prohibición legal de disponer, si requiere constancia en el RP, y si es oponible frente a un comprador de buena fe; además de no encontrarle sentido a su no enajenación, cuando la entidad aseguradora puede asegurarse su vía de regreso mediante una anotación de embargo[53].

La duda en torno al plazo de prescripción del ejercicio de la acción quedó resuelta con la modificación de la D.A. primera de la LOE - "que todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro"-, estableciéndose un plazo de prescripción de dos años[54]. Plazo que supuso un retroceso en la protección de los compradores que

51 Fernández manzano y Ruiz echauri en AA.VV.: Comentarios a la LOSSEAR, Hogan, Loveells, Madrid, 2015, citado por Sillero Crovetto, B.: "La protección", cit., p. 81.

52 Entre otros, Pérez Vega, A.: "Algunas", cit., p. 14.

53 Carrasco Perera, A.: "Sobre", cit., p. 5

54 Un amplio sector doctrinal y jurisprudencial venía aplicando el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales del art. 1964 CC, al no considerar al adquirente de vivienda en la condición de asegurado. Interesante es el comentario a la STS de 5 de junio de 2019 (Ponente Francisco Marín Castán), realizado por López García De La Serrana, J.L.; "Seguro de caución. La prescripción de la acción para reclamar las cantidades entregadas a cuenta en una compraventa de vivienda, garantizadas mediante este seguro, tiene el plazo general del artículo 1964 CC y no el de dos años del artículo 23 LCS", 2019, pp. 49-53.

anticiparon cantidades a cuenta del precio en la compra de vivienda, y que en el PLV mantenía en los mismos términos sin justificación alguna (33. 1.º. l), PLV).

2. El aval solidario como garantía de la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en el Proyecto de Ley por el Derecho a la vivienda.

Como segunda modalidad de garantía de la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio para el caso de que la construcción de la vivienda no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para su entrega, nos encontramos con el aval solidario, emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. Si bien, si tenemos en cuenta su regulación en comparación con la del seguro de caución, podemos afirmar que es donde el legislador ha creado mayor confusión[55].

En redacción del PLV nada cambiaba respecto la normativa vigente. Se establece que para que el aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas "deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor". (apart. Dos, 2, a) de la D.A. 1.ª LOE, y art. 33.2.a) PLV).

Ahora bien, si las garantías de cantidades adelantadas las presta una entidad de crédito, el aval comprenderá todas las cantidades que "deban anticiparse hasta la entrega", por lo que se desprende, de una lectura inicial, que el aval no tiene que ser actualizado a medida que se realicen los sucesivos pagos aplazados. Sin embargo, atendiendo al párrafo final del apartado tres de la norma entendemos que el aval ha de ser igualmente individualizado para cada adquirente por las cantidades por él adelantadas, sin que sea suficiente el aval general o la línea de avales que hasta ahora la jurisprudencia venía admitiendo como garantía suficiente

https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/seguro-de-caucion-la-prescripcion-de-la-accion-para-reclamar-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-una-compraventa-de-vivienda-garantizadas-mediante-este-seguro-tiene-el-plazo-general-del-art-1-96/., Salmerón Manzano, E.: "Aplicación analógica a demandas en virtud de la Ley 57/1968 del plazo de prescripción establecido por la Ley 50/1980 de contrato de seguro", *Revista de Derecho Civil,* (julio-septiembre, 2017), vol. IV, núm. 3, Cuestiones, pp. 137-140.
En el mismo sentido la STS 16 enero 2015 (RJ 2015, 278); TS (Auto) 11 noviembre 2015 (JUR 2015, 271815).

55 Monserrat Valero, A.: analiza el aval como figura distinta de la fianza, señala que en nuestra jurisprudencia encontramos una figura jurídica de garantía, que denominan aval (no es el aval a primer requerimiento), distinta de la fianza. Concretamente la STS 7 diciembre 1968 (RJ 1968, 5478) señala que "la doctrina moderna admite el aval, no solo como afianzamiento propio de contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como un contrato de garantía otorgándole carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, (Cdo 9)", en *El Contrato de Fianza y el aval a primer requerimiento*, 2017, pp. 95-96.

para la devolución de las cantidades[56]. Concretamente, la norma establecía que "En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, hará entrega al adquirente el documento que acredite la garantía, referida en individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio". Esta precisión podría haberse solventado añadiendo que "la no entrega del documento facultará al comprador para la resolución del contrato", tal y como hasta ahora lo viene afirmado la doctrina del TS. Si bien, respecto del aval, a diferencia del seguro, en el PLV no se decía que el avalista no desembolsará cantidad que no estuviese debidamente acreditada, como tampoco lo dice en la normativa vigente.

Asimismo, en el PLV observamos la misma incoherencia interna que advertimos con la redacción de la D.A, primera de la LOE, por lo que esperamos que al legislador no se le olvide si vuelve sobre una regulación sobre la materia, pues seguía manteniendo que el aval deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito "hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda del promotor", mientras que para el seguro de caución exige al promotor el pago de la prima "por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente". En definitiva, esta incoherencia se debe resolver en un futuro, dado que según lo establecido para el seguro de caución: "Expedida por el órgano administrativo competente la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda". (art. 35 PLV).

56 La SAP Almería 6 de julio 2021 (JUR 2021, 33321), recoge la doctrina jurisprudencial en relación a la existencia de póliza colectiva y falta de certificados individuales "… se reitera la doctrina de la STS de 29-9-2015, en la STS de 22-4-2016: "En atención a la finalidad tuitiva de la norma (…) que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un certificado individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales. Por ello, podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía: ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al art.3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la póliza colectiva…"".

Finalmente, señalar que el PLV seguía manteniendo que en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses y éste en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

Sobre este aspecto el legislador olvidaba, de nuevo, el funcionamiento de las obligaciones solidarias y la diferencia entre la fianza solidaria, el aval a primer requerimiento y el aval solidario[57]. Es cierto que la garantía es autónoma respecto del contrato principal, y que por ese motivo el garante no puede oponer las excepciones del art. 1853 CC. Sin embargo, a pesar de ser garantías autónomas, son solidarias y no subsidiarias, por lo que entiendo que no debería requerirse de manera fehaciente al promotor antes de poder dirigirse contra el avalista, pues se está contraviniendo todo el régimen normativo de las obligaciones solidarias de nuestro Ordenamiento jurídico.

Finalmente, y en relación a la ejecución de la garantía, el art. 35 del PLV - norma común para el seguro y el aval-, establecía que si se concede prorroga al promotor, ésta "se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda"- copia exacta del apartado cuarto de D.A. 1.ª de la LOE (LOSSEAR)-. Sobre este aspecto, tal y como sostuve cuando se aprobó la LOSSEAR hubiese sido más acertado añadir que "debe entregarse nueva garantía con nueva fecha de terminación bajo sanción de resolución"[58].

Si bien, el PLV sí introducía una modificación en cuanto al plazo para la extinción del aval, siendo este de cuatro años desde el incumplimiento del promotor sin que el adquirente le haya requerido para la rescisión del contrato y la devolución de

57 Sobre la solidaridad del aval y la fianza solidaria, así como el aval requerimiento, véase Monserrat Valero, A.: "El contrato", cit., p. 723-731. Embrid Irujo, J.M.: "Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de julio de 1991", *Diario La Ley,* 1992, tomo I, *LaLeydigital360,* La Ley 17737/2001, pp. 1-4. López San Luis, R.: "Principio de accesoriedad en la Fianza solidaria", en AA.VV.: *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada,* 2000, Vol. II, pp. 987-1007; Díaz Martínez, A.: sostiene sobre el carácter solidario del aval que se constituyen en garantía de la devolución de las cantidades anticipadas, por aplicación del artículo 1822.2.º CC, el fiador solidario puede ser demandado directamente por el comprador, con independencia de que no lo sea la promotora afianzada, desaparece la subsidiariedad de una fianza normal", en "cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción", *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil,* 2015, núm. 9, p. 5

58 Carrasco Perera, A., y Almarcha Jaime, J.: considera que "es una exigencia absurda que el promotor deba consentir la prórroga en una cláusula adicional. Es claro que esta exigencia es innecesaria respecto del promotor y del comprador e insuficiente frente al garante, pues será él y no el promotor el que deba consentir la prórroga.", en "El nuevo", cit., p. 7.

las cantidades anticipadas[59]. Plazo que, a diferencia del seguro de caución, es de caducidad [60].

Y, para terminar, el PLV tampoco entraba a resolver qué ocurre con el aval si se concede prórroga del contrato de compraventa, esto es, si arrastra o no al aval. Sobre este aspecto el legislador a futuro debe establecer lo mismo que para el seguro de caución; es decir, la prórroga del contrato debería arrastrar la prórroga al aval, además de que hubiese sido más acertado exigir nueva garantía con sanción de resolución.

59 Actualmente el plazo es de dos años. (D.A. 1.ª 5)).

60 STS 20 enero 2014 (RJ 2015, 361). Sobre la caducidad del aval la SAP Málaga 17 enero 2022 (JUR 2022, 98942), "La reforma operada por la Ley 20/2015, a diferencia de la derogada Ley 57/1968, establece un periodo de caducidad de los avales, respecto de los cuales y del contrato de seguro no se establece ahora el carácter ejecutivo, que anteriormente reconocía el artículo 3 de la Ley 57/1968 ,(…), Ahora al establecerse que los avales caducan a los dos años desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada, sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, el comprador o consumidor se encuentra claramente más desprotegido que con el marco anterior".

BIBLIOGRAFÍA.

AA.VV.: Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. *http://notin.es/el-ts-cambia-su -interpretación-de- art-3-ley-57/1968 -resolución-de-la- CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su entrega.*

AA.VV.: "Nueva Ley de vivienda y cantidades a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción", (I y II) https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/nueva-ley-de-vivienda-y-cantidades-a-cuenta-en-la-compraventa-de-viviendas-en-construccion-i-1.html.

AA.VV.: Sala&abogados en blog. "Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", 2014, pp. 1-5.

Cabanillas Sánchez, A.: "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción", *Derecho privado y Constitución*, 1995, núm. 6, pp. 9-42.

Casado Casado, B.: "Percepción de cantidades a cuenta en la compraventa de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía", *InDret, (Revista para el análisis del Derecho*, 2016, pp. 1-22.

Carrasco Perera, A.: "Sobre una propuesta del partido popular de modificación del régimen de cantidades anticipadas en la compra de vivienda", 2015, http//www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2015/24/pdf.

Carrasco Perera, A. y Almarcha Jaime, J.: "El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)", *Análisis GA&P*, 2016, pp. 1-8.

Carrión, S.: "Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario", en AA.VV.: *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada,* Universidad de Almería, El Ejido (Almería), Vol. I, 2000, pp. 311-360.

De Castro, M.L., (2016), Costaluz Lawyers. https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSA_LEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRIL_2016.pdf.

Díaz Martínez, A.: "Cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción"., *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil,* 2015, núm. 9, pp. 1-7.

Embrid Irujo, J.M.: "Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 30 de julio de 1991", *Diario La Ley,* 1992, tomo I, Leydigital360, *La Ley* (177737/2001), pp. 1-4.

Estruch Estruch, J.: "Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato"; *Diario La Ley,* 2009, núm. 7210, pp. 1-15.

Gallego Domínguez, I.: "Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015", en *RDP*, 2015, pp-23-74.

Gualde Capó, P., y Montes Jimenez, M.: "La limitación de la responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas y venta de viviendas. Comentario a la Sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha de 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 Valencia, de fecha 14 de enero de 2014", en *Práctica contenciosa para Abogados,* 2015, *La Ley 4056/2015,* pp. 1-9.

López García De La Serrana, J.L.: "Seguro de caución. La prescripción de la acción para reclamar las cantidades entregadas a cuenta en una compraventa de vivienda, garantizadas mediante este seguro, tiene el plazo general del artículo 1964 CC y no el de dos años del artículo 23 LCS", 2019, https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/seguro-de-caucion-la-prescripcion-de-la-accion-para-reclamar-las-cantidades-entregadas-a-cuenta-en-una-compraventa-de-vivienda-garantizadas-mediante-este-seguro-tiene-el-plazo-general-del-art-1-96/, pp. 49-53.

López San Luis, R.: "Principio de accesoriedad en la Fianza solidaria", en AA.VV.: *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, Universidad de Almería, El Ejido (Almería), vol. II, 2000, pp. 987-1007.

López San Luis, R.: "Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LOSSEAR), *RCDI.,* 2017, núm. 763, pp. 2349-2390.

López San Luis, R.: "Generación de confianza en el comprador por las entregas a cuenta en la adquisición de vivienda sobre plano y responsabilidad de las entidades avalistas. Comentario a la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019, 5391). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* 2020, núm.114, pp. 237-250.

Maldonado Molina, F.J.: "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas", en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros",* 2011, núm. 27, pp.10-24.

Marí Farinós, J., y Muñoz Pérez, D.: "Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución", *A.C.,* 2017, núm. 2, La Ley digital360, *La Ley 1224/2017,* pp. 1-9.

Martínez Catalá, R.: *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas,* (Tesis doctoral), 2015, pp. 3-511.

Mondéjar Peña, M.ª I.: "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas", *RJUAM,* 2007, núm. 16, pp. 209-221.

Monserrat Valero, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento.* Aranzadi, Pamplona, 2017.

Muñoz Pérez, D.: "Regulación y jurisprudencia en materia de Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución", *Actualidad civil,* sección Derecho de los contratos/a fondo, febrero, 2017, núm. 2, (LA LEY/2017), pp. 1-10.

Pérez Velasco, J.R.: "Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", Sala&Abogados, blog. 2014.

Pérez Vega, A.: "Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda", *RDP*, 2016, pp. 1-15.

Sáez De Jubera Higuero, B.: "Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de vivienda en construcción, *RCDI,* 2020, núm. 778, pp. 1265-1293.

Salas Carceller, A.: "Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas", *Revista Aranzadi doctrinal,* 2016, núm. 6, pp. 1-4.

Salmerón Manzano, E.: "Aplicación analógica a demandas en virtud de la Ley 57/1968 del plazo de prescripción establecido por la Ley 50/1980 de contrato de seguro", *Revista de Derecho Civil,* julio-septiembre, 2017, vol. IV, núm. 3, Cuestiones, pp. 137-140.

Sánchez Cabanelas, I.: "Responsabilidad de la entidad bancaria por incumplimiento legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de una vivienda. Comentario a la sentencia n.º 384/2019 de la Audiencia Provincial de Burgos del 29 de julio", en AA.VV.: *Cooperativismo* e *Economía Social (CES),* núm. 42, curso 2019-2020, pp. 215-221.

Sanz Acosta, L.: "Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013), *Actualidad Civil,* 2013, núm. 12, tomo 2, p. 1461, laleydigital360, *La Ley 87/2013,* pp. 1-3.

Sanz Acosta, L.: "Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura. A propósito de la STS de 7 de mayo de 2014), *Actualidad Civil,* 2014, núm. 10, LaLeydigital360, *La Ley 5736/2*.

Sillero Crovetto, B.: "La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 57/1968 *versus* Disposición adicional primera LOE", *Revista de Derecho Civil,* 2016, vol. III, núm. 3, pp. 49-92.

Yzquierdo Tolsada, M.: "¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,* 2014, núm. 49, pp. 25-36.

LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA "INTER VIVOS" COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

"INTER VIVOS" SURROGACY AS A FAMILY PROTECTION MEASURE

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 476-505

Covadonga
LÓPEZ
SUÁREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo se examina cuán efectiva es la subrogación arrendaticia "inter vivos" como medida de protección de la vivienda familiar y, por ende, de la familia. Para ello es obligado un estudio inicial acerca de la institución jurídica protagonista, esto es, de la vivienda familiar, gracias al cual se logra desarrollar el análisis realizado posteriormente sobre lo estipulado en los artículos 12 y 15 LAU, pudiendo concluir cuáles son los aciertos y cuáles las posibles mejoras de la legislación vigente en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; arrendamiento; subrogación "inter vivos", protección de la familia.

ABSTRACT: *This paper examines how effective "inter vivos" tenancy subrogation is as a measure for the protection of the family home and, therefore, of the family. In order to do so, an initial study of the legal institution involved, i.e. the family home, is required, allowing us to develop the subsequent analysis of the provisions of articles 12 and 15 LAU, and to conclude which are the successes and which are the possible improvements of the current legislation in this field.*

KEY WORDS: *Family dwelling; rental contract; inter vivos subrogation; family protection.*

SUMARIO.- I. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO INSTITUCIÓN NECESITADA DE PROTECCIÓN.- 1. La vivienda familiar: concepto y delimitación.- A) Concepción jurídica actual de familia.- B) Concepto de vivienda familiar.- 2. La protección de la vivienda familiar en el Derecho Civil. En particular, la vivienda arrendada.- A) La subrogación arrendaticia inter vivos como medida de protección.- II. LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA A RAÍZ DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA: ARTÍCULO 15 LAU.- 1. Fundamento jurídico: el artículo 96 CC.- 2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico.- A) La notificación. -3. Posibles conflictos jurídicos en la aplicación del artículo 15 LAU: ¿puede ser revertida la subrogación?- III. EL DERECHO A CONTINUAR EN LA VIVIENDA ARRENDADA DEL CÓNYUGE Y DEL CONVIVIENTE: EL ARTÍCULO 12 LAU.- 1. Fundamento y naturaleza jurídica.- 2. Régimen jurídico.- A) Notificación.- B) Aplicación del precepto a las parejas de hecho.- IV. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES: ¿ES LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA INTER VIVOS UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EFECTIVA?

I. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO INSTITUCIÓN NECESITADA DE PROTECCIÓN.

Con el paso de los años se ha podido apreciar cómo cada vez más familias optan por poseer la que fuera a ser su vivienda familiar en virtud de un contrato de arrendamiento y no en propiedad[1], teniendo esto consecuencias evidentes en las medidas que pudieran resultar de una eventual crisis matrimonial o de pareja.

Partiendo de esta premisa, nos disponemos en las siguientes páginas a analizar la subrogación "inter vivos" que se prevé en la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) en sus artículos 12 y 15 como mecanismo garante de la especial tutela que esta figura requiere del ordenamiento. Para esta labor, sin embargo, es condición necesaria comenzar por ahondar en el concepto de aquello que se protege, esto es, de la vivienda familiar.

1. La vivienda familiar: concepto y delimitación.

No son pocas las obras de gran importancia y extensión que ha dedicado la doctrina hasta el momento a la vivienda familiar[2]: institución cuya relevancia está fuera de toda duda, a la que se refieren en multitud de ocasiones diversas

1 Tal y como avala el INE en su nota de presa de 22 de febrero de 2023 sobre la Encuesta de Características Esenciales de la Población y Viviendas del año 2021 (disponible en https://www.ine.es/prensa/ecepov_2021_feb.pdf), en la que afirma que "la tendencia a vivir en régimen de alquiler se ha incrementado en los 10 últimos años".

2 Entre otros pueden mencionarse: Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018; García Mayo, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019; AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (coord.. por P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; o AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

• Covadonga López Suárez
Investigadora Predoctoral FPU en Derecho Civil, Universidad de Cádiz. Correo electrónico: covadonga.lopez@uca.es

normas del ordenamiento jurídico español [desde el Código Civil[3] -en adelante, CC-, hasta la LAU, como ya se ha mencionado, o el Reglamento Hipotecario[4] (en adelante, RH)], pero de la que no existe a día de hoy una delimitación por parte del legislador[5], una definición que guíe, "grosso modo", sobre sus aspectos más importantes al intérprete de la norma[6].

Como decíamos, la concreción de qué se entiende por vivienda familiar es prioritaria al abordar el tema de su protección por cuanto para ello se coartan los derechos de unos (en este caso, del arrendador que sufre la novación subjetiva en el contrato sin poder negarse a ello) en pro de los derechos de otros (la familia tutelada)[7]. De esta forma, si no se lograra acotar con precisión dicho término, podría suceder que los derechos de unos fueran coartados injustamente en pro de los derechos que otros no ostentan legítimamente.

A) Concepción jurídica actual de familia.

Un primer acercamiento a la vivienda familiar nos permite apreciar con nitidez la importancia de en qué sentido concreto se haya de entender la "familia" en este contexto, ya que, en sí, el adjetivo "familiar" es el que justifica que se dé un trato especial a un determinado inmueble[8].

3 Dedicándole los artículos 90.1.c); 91; 96 párrafos 1º y 4º; 103.2º; 1320 párrafos 1º y 2º; 1321; 1357 párr. 2º; y 1406.4º CC.

4 Vid. García De Blas Valentín-Fernández, M.L. "Vivienda familiar", *Cuadernos de estudios manchegos,* 2011, núm. 36, pp.43-60.

5 Por el contrario, tal y como advierten autores como Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la familia, Vol. 3 (Los regímenes matrimoniales (I))*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 289, a ello se suma la "indeterminación terminológica" de la que hace gala el legislador al hacer referencia a esta figura, empleando para ello expresiones tales como "domicilio familiar", "hogar familiar" o "domicilio conyugal", sin aclarar si estos vocablos se refieren o no a la misma realidad. La autora relata la relación entre los conceptos "vivienda familiar", "domicilio conyugal" y "domicilio familiar", manteniendo que el domicilio conyugal tiene su origen en una unión matrimonial, mientras que el domicilio familiar se constituye en relación a los hijos, sin importar el vínculo existente entre los progenitores. Además, afirma que la vivienda familiar es su "base física". En este mismo sentido se pronuncia Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español,* PPU, Barcelona, 1992, p.42; y Gil Membrado, C.: *La vivienda familiar,* REUS, Madrid, 2013, p.11.

6 De ello se hace eco la doctrina, poniéndolo de relieve casi en su totalidad al llevar a cabo su estudio. Ejemplo de ello serían Berrocal Lanzarot, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, p. 1358; Cuena Casas, M.: "El régimen", cit., p.290; Gómez Linacero, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Revista Actualidad civil*, 2021, núm. 2, p.12; Gómez Valenzuela, M. A.: "La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista de Derecho de Familia*, 2020, núm. 89, p. 32.

7 En este mismo sentido, Herrero García, M. J.: "Comentario al artículo 1320 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil T. II* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Diez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, R. y P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 587, quien pone el acento en que para proteger o satisfacer un derecho de la familia puede que se proceda a afectar el derecho de uno de los cónyuges, aunque, como decimos y como más adelante detallamos, a quien verdaderamente afectan las medidas que tratamos en estas páginas es al arrendador.

8 Así lo afirma Espiau Espiau, S.: *La vivienda,* cit., p. 19.

No puede negarse que la sociedad es un ente vivo y dinámico que cambia conforme lo hacen las personas. Esto mismo puede predicarse sobre la familia, que durante los últimos años ha experimentado una evolución notable[9], evolución que ha desembocado en que ya no se tenga por tal exclusivamente a aquella originada a raíz de un vínculo matrimonial, como sí habría sucedido históricamente, aunándose actualmente otras muchas realidades dentro de este concepto[10].

Lo aquí expresado queda patente con la promulgación de la Constitución Española (en adelante, CE) en 1978, pues desliga la protección a la familia (a la que dedica el artículo 39) del matrimonio (derecho consagrado en el artículo 32); dando pie a que doctrina y jurisprudencia defiendan un concepto amplio de familia en el que acoger todas las posibles alternativas[11].

Consecuencia directa de ello será que de la protección dada a la vivienda familiar no se beneficiarán en exclusiva las familias matrimoniales, pues en este sentido será tenida en cuenta para conformar el concepto de "vivienda familiar" la familia "en sentido amplio" y no "en sentido estricto". Así, no obstante la existencia de normas únicamente aplicables a la vivienda familiar que trae causa en el matrimonio[12], no se puede ni se debe extrapolar esto mismo a la totalidad de los artificios creados por la ley para tutelar esta figura; de tal manera que puede

9 Vid. Ureña Carazo, B.: "Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente", *Diario LA LEY*, 2015, núm. 8641., p.2.

10 Incide en la idea Salar Sotillos, M. J.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. extra 8, 2, p. 199, recalcando que familia incluye numerosas situaciones, tales como "familias nucleares, homoparentales, monoparentales, parejas de hecho, con pares separados o divorciados…" haciendo referencia al tratamiento dado por nuestro TC.

11 El Tribunal Constitucional dicta desde sus inicios numerosas sentencias de indudable importancia en este ámbito. Así, en la década de 1990 destacan especialmente en este sentido la STC 74/1997, de 21 de abril (RTC 1997, 74) en su FJ 4, la STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222) en su FJ 5 y la STC 45/1989 de 20 de febrero (RTC 1989, 45) en su FJ 4. Algo más reciente es la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), en cuyo FJ 5 vuelve a recalcar este tribunal lo previamente explicado. Esta no es una visión exclusiva del Tribunal Constitucional Español, sino que la comparte con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como así lo denotan, entre otras, la Sentencia Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979; la Sentencia Rodriguez da Silva y Hoogkamer c. Holanda, de 31 de enero de 2006; la Sentencia Keegan c. Irlanda, de 26 de mayo de 1994; la Sentencia Kroon c. Holanda, de 27 de octubre de 1994; la Sentencia Xyz c. Reino Unido de 22 de abril de 1997; y la Sentencia Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012.

12 Es posible que esta existencia de medidas de protección destinadas a la familia matrimonial haya sido impulsada por la especial importancia de esta en la sociedad y cultura españolas. Como así ya lo afirmó en su momento el Tribunal Constitucional en la ya mencionada STC 222/1992, de 11 de diciembre (RTC 1992, 222), FJ 5. Esto mismo se advierte también debido a que la propia carta magna dedica en exclusiva uno de sus preceptos a velar por el derecho al matrimonio (concretamente, el artículo 32 CE). Así, ha previsto el legislador medidas para la protección de la misma, por ejemplo, al hilo del régimen económico matrimonial (artículo 1357.2 CC) o del régimen matrimonial primario (artículo 1350 CC). Cabe decir a este respecto, además, que si bien se contempla su protección tanto en situaciones de normalidad matrimonial como en situaciones de crisis (en este sentido, García De Blas Valentín-Fernández, M. L.: "Vivienda familiar", cit., p.47 afirma que en el primero de los casos lo que se protege es el domicilio conyugal del artículo 70 CC, mientras que en el segundo se protegería a la vivienda familiar, tal y como se aprecia en el artículo 96 CC), en estas últimas la tutela de la vivienda familiar es, si se quiere, mayor en intensidad, pues rota la relación deben articularse medidas para establecer los sujetos beneficiados por su uso. Numerosos autores se hace eco de esto, y diferencian en su estudio sobre esta figura ambas situaciones. Ejemplo de ello son Espiau Espiau, S.: *La vivienda,* cit., p.74; García De Blas Valentín-Fernández, M. L., "Vivienda familiar", cit., p.47 o Cuena Casas, M., "El régimen", cit., p.288-289. Destaca además la postura adoptada por esta última, pues hace hincapié en la discriminación que sufre al respecto la familia en situación de estabilidad matrimonial.

concluirse que, respecto a la vivienda familiar, primará, como regla general, la familia entendida, como decíamos, en sentido amplio, siendo una excepción que se salvaguarde solo la familia matrimonial.

B) Concepto de vivienda familiar.

La vivienda familiar, tal y como su propio nombre indica, no es más que una vivienda en la que habita una familia. Para definirla, por ende, el primer escollo que se ha de salvar es desentrañar qué entiende el Derecho por familia. Mas una vez salvado este, aún son muchos los interrogantes que quedan por responder para poder identificarla y, en consecuencia, protegerla: qué sucedería si la familia posee más de una vivienda, cuál sería la vivienda familiar en caso de que no todos los miembros de esta viviesen en una misma residencia, entre otras. Para evitar confusiones y facilitar esta tarea, dado que, como decíamos, no existe referencia legislativa alguna al respecto, tanto doctrina como jurisprudencia han ido esculpiendo este concepto a lo largo del tiempo, llegando a las siguientes conclusiones.

En primer lugar, es primordial que el uso del inmueble se produzca de manera habitual y conjunta por la familia[13]. Esta característica despeja alguna de las anteriores dudas, pues implica necesariamente que, si una familia dispone de varias viviendas, no podrán ser bajo ningún concepto consideradas como tal aquellas a las que se les dé un uso vacacional o temporal[14].

No obstante, ello deja incógnitas sin resolver, pues no es peregrina la situación en la que la familia reside de forma diseminada en varias viviendas diferentes, siendo este el caso en el que los hijos estudian fuera de la ciudad en la que sus padres viven o de aquellas parejas en las que uno de sus miembros trabaja lejos y, en consecuencia, habita la mayor parte del tiempo en otro inmueble. Tanto en una como en otra se complica la calificación de la vivienda familiar, pues la familia no reside de manera "habitual y conjunta" en ninguna de ellas. Para ello se añade la exigencia de la existencia de lo que ha venido denominando la doctrina "elemento volitivo"[15]. Esto es, se tomará en consideración cuál es la intención de los cónyuges o, en general, de las partes, cuál es el inmueble que desean que sea considerado y constituya su vivienda familiar. Así, aunque los hijos o uno de los cónyuges o miembros de la pareja resida durante gran parte del tiempo en otra ciudad y, por

13 Mantiene esto la SAP de Ciudad Real 30 diciembre 1995 (AC 1995, 2306) FJ2.

14 Esto queda precisado en la SAP de Madrid 14 septiembre 2009 (JUR 2010, 30708) FJ2.

15 En este sentido, interesa el punto de vista aportado por De La Puente Alfaro, F.: "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* 2004, núm. 698, p.2360, pues destaca que la vivienda prosigue considerándose vivienda familiar a pesar de que bien los hijos, bien uno de los cónyuges, por diversas contingencias, ya sean laborales o académicas, no residan allí; o aunque no se haya procedido aún a la ocupación de la vivienda. Esto es así por la "común intención de las partes de dedicarla a tal fin".

tanto, en otro inmueble, aquel al que vuelve, aquel considerado centro neurálgico de la familia, será el único que se califique como vivienda familiar y que, como consecuencia, goce de la tutela diseñada por el ordenamiento para esta.

Finalmente, cabe decir que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de debatir, asimismo, si ha de considerarse parte de la vivienda familiar, y así ser objeto de los mecanismos de protección previstos para la misma, el trastero y el garaje anejos a esta, sin haberse logrado un criterio unánime, siendo posible encontrar sentencias en las que los tribunales se pronuncian en sentidos contrapuestos[16].

2. La protección de la vivienda familiar en el Derecho Civil. En particular, la vivienda arrendada.

A sabiendas, pues, de qué es la vivienda familiar, resulta indiscutible su relevancia: se trata del escenario de gran parte del devenir de la familia, el lugar en el que esta se forma, crece y evoluciona, y sin el que no se concibe una vida digna a día de hoy[17].

Tanto la vivienda como la familia, siguiendo esta misma argumentación, gozan de una posición preeminente en instrumentos normativos nacionales e internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 25 el derecho que tiene toda persona, entre otros, a la vivienda, así como resalta en el artículo 16.3 la necesidad de protección de la familia por parte de la sociedad y del Estado. Se pronuncia en este mismo sentido nuestra Constitución, dedicando en exclusiva un precepto en su articulado a la protección de la familia y otro al derecho a una vivienda digna: la tutela de la familia por parte de la Carta Magna se materializa en su artículo 39, cuyo primer apartado establece que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia"[18] ; mientras que el derecho a una "vivienda digna y adecuada", por su parte, se contempla en su artículo 47.

16 Así, mientras la SAP de A Coruña 22 marzo 2013 (JUR 2013, 160170), en su FJ 13, afirma que la vivienda familiar los incluye; la SAP de Granada de 6 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 45145), FJ4, mantiene lo contrario.

17 Se pronuncian en este sentido tanto García De Blas Valentín-Fernández, M. L.: "Vivienda familiar", cit., p. 44; como Cuena Casas, M.: "El régimen", cit., p.293.

18 Esta cuestión se ha tratado con mayor profundidad en las páginas anteriores, resaltando la importancia del concepto amplio de familia que se mantiene en cuanto a su protección. Como establece el Tribunal Constitucional en las sentencias ya mencionadas, no se tutela a la familia en cuanto a fruto del matrimonio, sino a la familia en todos sus sentidos, independientemente de que se trate de una pareja de hecho, homosexual, monoparental… Es interesante, además, mencionar en este punto la reflexión realizada por Salar Sotillos, M. J.: "La familia", cit., pp. 222 y 223, sobre la protección constitucional de la familia. Concretamente, concluye que lo realmente amparado no es como tal la familia, sino las personas que la conforman "en función de sus lazos familiares".

Ello desemboca en una doble protección de la vivienda familiar por parte del ordenamiento[19]. Y, aunque en esta confluyen ambos bienes jurídicos, tanto el derecho a una vivienda digna como la familia, su tutela cobra especial importancia por esta última, esto es, por ser el lugar en el que esta reside y se desarrolla, dado que, como decíamos, es el carácter de "familiar" el que motiva al ordenamiento a tutelar esta figura. Esta misma razón, "a sensu contrario", llevaría a la inaplicación de las medidas aquí desarrolladas respecto de aquellos inmuebles que perdieran dicha calificación, tal y como se deduce de la sonada STS 20 noviembre 2018[20].

En definitiva, todo lo dicho nos lleva a concluir que la vivienda familiar, al ser el seno en el que discurre la vida de las personas a las que alberga, está dotada de funciones que van más allá de la protección de la intimidad o del simple carácter de morada, de tal manera que la intersección entre el derecho a la vivienda y la protección a la familia da como resultado una figura jurídica merecedora de un tratamiento no comparable al que estos disfrutan por individual.

Con todo, no es de extrañar que en múltiples textos normativos se regulen fórmulas y mecanismos que garanticen esta tutela, yendo mucho más allá de la normativa civil anteriormente mencionada[21], llegando a abarcar otros ámbitos como el mercantil (pudiendo mencionarse la Ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores[22]).

19 Así lo recogen, por ejemplo, Ureña Carazo, B., "Ruptura de", cit., p.2; Gil Membrado, C., *La vivienda,* cit. p.9; y García De Blas Valentín-Fernández, M. L., "Vivienda familiar", cit., pp. 45 y 46.

20 En la STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018\5086) el Alto Tribunal, afirma que la convivencia "more uxorio" en el propio hogar por parte del cónyuge que, por ostentar la custodia de los hijos, se ve beneficiado por el uso del mismo, conlleva la pérdida del "estatus del domicilio familiar" y, con ello, el derecho a mantenerse en dicho uso. Todo esto se basa en el argumento de que la familia que ahora convive en dicho domicilio es una "familia distinta y diferente". Opina en este mismo sentido al respecto Gómez Valenzuela, M. A.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *LA LEY Derecho de Familia*, 2019, núm. 21, p. 13, justificando, a su vez, por qué no implica ello que se conculque el interés del menor anteriormente mencionado y que tanta importancia tiene.

21 Concretamente, en el CC destacan los siguientes preceptos en cuanto a la protección de la vivienda familiar: el artículo 1320 CC, que limita las capacidades de disposición de los cónyuges respecto de la vivienda habitual, independientemente de cuál sea el régimen económico matrimonial por el que se rijan; los artículos 90 (sobre el convenio regulador), 96 (sobre la atribución de la vivienda familiar) y 103 (sobre las medidas provisionales) CC; o, en caso de haberse constituido sociedad de gananciales, los artículos 1357.2 (sobre la vivienda y ajuar familiar comprados a plazos antes de la constitución de la sociedad), 1406 (sobre las reglas de preferencia en la adjudicación de los bienes que hubieren pertenecido a la sociedad) y 1407 (sobre la posibilidad de constituir derecho de uso o habitación sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge supérstite) CC .

22 Con ella se busca, en términos generales, incentivar el ejercicio de la actividad comercial, brindando la posibilidad de que las personas físicas excluyan su vivienda habitual de la responsabilidad que se derive de sus deudas empresariales, siempre y cuando se cumplan unos determinados requisitos. Es muy crítica con ello Cuena Casas, M.: "El régimen", *op. cit.*, pp. 465-469, quien destaca que los requisitos impuestos son tan restrictivos que realmente no dispensa apenas protección. Al hilo de esto, interesa la reflexión llevada a cabo en la p. 290 sobre el carácter general de las medidas previstas en la normativa española: limitan la libre disposición de la vivienda familiar pero no se pronuncian en cuanto a la responsabilidad patrimonial universal. En el ámbito mercantil, destaca sin embargo la falta de protección de esta figura en el concurso de acreedores. Trata concretamente este aspecto Yáñez Vivero, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm.1, 2021, pp. 43-47. A lo largo de estas páginas, la autora pone de manifiesto la necesidad de librar a los jueces de buscar las formas de salvaguardar

Evidentemente, en lo que a la protección de la vivienda familiar arrendada respecta, la LAU también contiene en su articulado multitud de instrumentos que velan por esta, siendo tal la importancia que esta norma da a dicha figura que diferencia en su regulación los arrendamientos de vivienda de los arrendamientos de uso distinto de vivienda[23]. Estos primeros son dotados, a su vez, de un régimen especialmente tuitivo, como así lo expone el propio preámbulo del texto legislativo[24]. Esta particular protección se aprecia con claridad, por ejemplo, en la primacía de las normas imperativas para los arrendamientos de vivienda, quedando principalmente relegados a la voluntad de las partes, por el contrario, los arrendamientos de uso distinto de vivienda.

Además, se regulan medidas mucho más concretas con este mismo cometido, como la prórroga (artículo 10 LAU), los derechos de tanteo y retracto (artículo 25 LAU), la limitación de la renta, medidas encaminadas a la protección de los colectivos vulnerables o la subrogación arrendaticia (artículos 12, 15 y 16 LAU).

A) La subrogación arrendaticia inter vivos como medida de protección.

El Derecho en general, y, en cuanto al uso de la vivienda familiar en particular, parece que hiberne en situaciones de normalidad. Durante la época de luna de miel de una familia, en la que todo fluye y nada preocupa, no tiene gran relevancia cuál sea el título que permite a sus miembros el disfrute del inmueble: no inquieta en demasía si se trata de un contrato de arrendamiento, si se tiene en propiedad o si se posee en virtud de una relación de precario o comodato. Sin embargo, cuando esta situación de estabilidad se tambalea, y procede la separación, el divorcio, la ruptura de la pareja o el fallecimiento de uno de los integrantes de la misma, todos los problemas que hasta el momento estaban en el más profundo de los sueños se despiertan, y el Derecho entra en juego[25].

la vivienda familiar, o recurrir necesariamente a la denominada "segunda oportunidad" prevista en la Ley 25/2015. Para ello propone que, por medio de una "normativa paraconcursal" y cumpliéndose determinados requisitos, se "desvinculen del acuerdo con los acreedores aspectos tan importantes como la conservación de la vivienda familiar".

23 La propia ley concreta en sus artículos 2 y 3 qué ha de entenderse por "arrendamiento de vivienda" y por "arrendamiento para uso distinto del de vivienda", respectivamente. En virtud de estos preceptos, solo será considerado arrendamiento de vivienda aquel "cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario". Esto mismo justifica las exclusiones expresas previstas en su artículo 5.

24 Concretamente, se subraya la importancia de "conceder medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas".

25 Claro ejemplo de ello sería la discusión doctrinal que gira en torno a si procede o no ejercer una acción de desahucio por precario cuando una familia, a la cual se cedió el uso gratuito e indefinido de un domicilio para que conformara su vivienda familiar, atraviesa una ruptura que lleve a cuestionarse la atribución del uso de dicho domicilio. Dependiendo de si se entiende que esta cesión lo fue en virtud de comodato o precario, procederá o no dicha acción, pero no es hasta que no entra en crisis la pareja que se plantean estas cuestiones. Sobre ello profundiza Gómez Linacero, A., "Precario y", cit. pp. 22-28.

Cuando la vivienda familiar es objeto de un contrato de arrendamiento, y es en virtud de este que se posee, pueden surgir numerosas incógnitas en caso de que una de estas situaciones acontezca. Puede ser que, de entre los miembros de la pareja o matrimonio, solo uno figure como arrendatario; y cabe cuestionarse, entonces, qué sucedería si fuera este quien abandonara la morada o falleciera o cómo se procedería en caso de que se atribuyera a la otra parte de la pareja o matrimonio el uso del inmueble por medio de convenio regulador (en virtud de lo regulado en el artículo 90 CC) o decisión judicial (conforme a lo establecido en el artículo 96 CC). El ordenamiento, ante dichos interrogantes, debe imperiosamente trazar las rutas que fueran necesarias para garantizar una respuesta clara, ya no solo parapetándose esta urgencia en la importancia incalculable que esta figura tiene en el desarrollo de la vida de toda persona, sino además, porque a diferencia de si la vivienda fuera propiedad de los cónyuges o miembros de la pareja (de uno de ellos o de ambos), en caso de que esta fuera arrendada habrían de tenerse en cuenta los derechos de un tercero: el arrendador.

En este contexto, la LAU ha regulado, en los artículos 12, 15 (dedicados a la subrogación "inter vivos") y 16 (que desarrolla la subrogación "mortis causa"[26]), la subrogación como solución a las cuestiones planteadas, esto es, la sustitución de una de las partes del contrato de arrendamiento (en este caso, del arrendatario) por un tercero en la posición que este primero ocupa en el mismo, siendo, a partir del momento en que se produzca, sujeto de derechos y obligaciones de la relación contractual original[27]; una novación subjetiva por medio de la cual varía uno de los contratantes, manteniéndose inmutable lo demás (como la renta o la duración). Por lo tanto, el nuevo inquilino, independientemente de cuál sea el artículo que dé pie a que se produzca esta novación, no pasa a ser sujeto de un nuevo contrato,

26 En cuanto a este artículo, destaca, principalmente, la cuestión de cuántas subrogaciones se permite. Mientras que Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 16 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, p. 571 afirma que no se pone coto al número de ocasiones en las que puede subrogarse un nuevo arrendatario en un mismo contrato, Fuentes Lojo, J.V.: *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, afirma que no tienen cabida ulteriores subrogaciones. Sin embargo, esta divergencia de criterio carece de relevancia práctica por cuanto, como ya se ha dicho, rige la temporalidad y ya no se prevé un sistema de prórroga como sucedía bajo la norma anterior. Ahondan en lo relativo a los demás aspectos de este precepto Quicios Molina, S.: "Los arrendamientos urbanos", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Contratos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Bercal, S. A., Madrid, 2016, pp. 224-226; o Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 16 LAU", cit., pp. 569-594, entre otros.

27 Esta definición se corresponde, en esencia, a la aportada por Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "El Contrato de Arrendamientos Urbanos", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos, y responsabilidad por hechos ilícitos*, (coord. por F. J. Sánchez Calero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 293; Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva en el arrendamiento de vivienda protegida", *e-spacio. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2015 (disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Dmontero/MONTERO_FERREIRA_Daniel_Tesis.pdf; última consulta 21/05/2023) p. 324 o Pérez Gurrea, R.: "La subrogación "mortis causa" del arrendatario en el arrendamiento de vivienda en base al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2007, núm.700, p. 833-834.

sino que se mantendrá en el anterior[28], con los consecuentes efectos jurídicos que de ello se derivan[29].

Pero hablar de subrogación arrendaticia implica necesariamente la mención de su predecesora, de la Ley 40/1964, de 11 de junio de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU 64). De hecho, esta sigue siendo conocida a día de hoy por diseñar un régimen especialmente tuitivo para con el arrendatario (particularmente, en el arrendamiento de vivienda), debido a la prórroga forzosa de su artículo 57[30] y al sistema de subrogaciones "mortis causa" que se desarrollaba en sus artículos 58, 59 y 60; aunque en 1985 el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, más conocido como el Decreto Boyer, matizó estas medidas y dio por finalizada la ya mencionada prórroga forzosa contemplada por la LAU 64. A raíz de la entrada en vigor de la LAU, los contratos que se amparaban en lo dispuesto por dichos textos legales pasaron a ceñirse a lo establecido por la Disposiciones Transitorias 1ª y 2ª LAU.

El papel que la subrogación ocupaba en aquel momento y en virtud de la LAU 64 no es, en absoluto, el que ostenta en el presente. Hoy día se busca aportar estabilidad al entorno familiar en un momento de completo caos y desequilibrio, pues, por ejemplo, si se hubiese determinado que, en caso de fallecimiento, o de separación o ruptura, el cónyuge (o miembro de la pareja, en caso de convivientes "more uxorio") no arrendatario no pudiera permanecer en la vivienda, dándose, por el contrario, por extinguido el contrato[31], se estaría claramente desprotegiendo

28 Se pronuncia en este sentido Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, p. 446.

29 En Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., p. 446 se abordan con detalle todos los efectos que pueden derivar de la subrogación en este contexto. En cuanto a las garantías, el autor afirma que aquellas prestadas por terceros con anterioridad a que la subrogación se produjese se extinguirán, a excepción de aquellas que pudieran haber sido prestadas por quien se subroga. Por otro lado, también se cuestiona el autor si podría resolver el contrato el cónyuge subrogado por incumplimientos en los que el arrendador incurriera antes de que la subrogación se produjese (concluyendo que tan solo cabría si se viera afectado el uso) o anularlo en base a cualquier incidencia respecto de su celebración (lo que niega categóricamente pues, en primer lugar, la subrogación implicaría una confirmación; y, en segundo lugar, porque, al no mediar una contraprestación para que se produzca la subrogación, no cree que pueda haber "una lesión en la economía del intercambio contractual"). Las deudas y créditos que hubieran vencido antes de producirse la subrogación son asimismo estudiadas y se llega a la conclusión de que son responsables ambos cónyuges. Finalmente, se hace mención a la posibilidad que tiene el cónyuge subrogado de oponer contra el arrendador las excepciones personales que tuviera.

30 Concretamente, la literalidad del mentado artículo establecía que una vez se alcanzase el vencimiento pactado en el contrato, procedería una prórroga que sería obligatoria para el arrendador, pero potestativa para el inquilino. Esto tenía como consecuencia que, en puridad, la duración del contrato vendría determinada por la voluntad del arrendatario, en quien estaba la decisión de dar por finalizado o no el mismo. La STC 89/1994, de 17 de marzo (RTC 1994, 89) se pronunció sobre si podría llegar a entenderse que, con este régimen de prórroga forzosa, y por lo justo arriba referido, se conculcaba el derecho de propiedad del artículo 33 CE. Aunque la Sentencia lo niega, justificando su posición en el FJ 5, un voto particular a la misma pronunciado por el Magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo sostiene la postura contraria. De todo ello se habla con algo más de detalle en Flores Rodríguez, J.: "Subrogación *mortis causa* del hijo minusválido en los contratos de arrendamiento de vivienda de renta antigua", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm. 10, pp. 2 y 3.

31 En Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 16 LAU", cit., p. 571, se enumeran una serie de alternativas por las que podría haber optado el legislador, en lugar de determinar que se procedería a la subrogación. Entre

a la familia, que se vería desamparada y obligada a la búsqueda desesperada de un nuevo hogar o a la negociación imprevista de un nuevo contrato de arrendamiento sobre el que ya ocupaban. En cualquier caso, esta situación tendría un carácter manifiestamente temporal (debido al artículo 9 LAU), lo que la diferencia del régimen anterior: en la LAU 64, debido a esta especial protección del inquilino, la subrogación podía postularse como una forma en que la familia del arrendatario permaneciera "sine die" en la vivienda bajo el contrato primigenio sin que pudiera interceder el arrendador, como resultado de la confluencia de la regulación de la subrogación con el sistema de prórrogas.

II. LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA A RAÍZ DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA: ARTÍCULO 15 LAU.

1. Fundamento jurídico: el artículo 96 CC.

Este precepto, el artículo 15 LAU, establece que, para aquellos casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial de los inquilinos en los que haya sido atribuida la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario, este podrá "continuar en el uso de la vivienda arrendada"[32] (exigiéndose para ello el cumplimiento de una serie de requisitos); por lo que no cabe duda de que su fundamento radica en el artículo 96 CC.

En este, el legislador realiza una enumeración de los criterios a los que el juez se ha de atener al determinar quién se beneficia del uso de la vivienda familiar a falta de acuerdo entre los cónyuges en momentos de crisis matrimonial. Como atestigua el párrafo primero de este precepto, el interés del menor se erige "eje vertebrador", debiendo prevalecer en todo caso[33]. Sin embargo, es necesario recalcar que la protección de la vivienda familiar con causa en el interés del menor no se circunscribe en exclusiva a la unión matrimonial, sino que la sobrepasa, siendo aplicable el artículo 96.1 a las parejas de hecho al apreciar los Tribunales "identidad de razón" entre ambas uniones familiares en este supuesto concreto[34].

ellas, se destaca no solo la "extinción automática del contrato", sino también, entre otros, "la heredabilidad del derecho arrendaticio conforme a las reglas generales" o "la extinción del derecho por denuncia del arrendador o de los herederos o parientes del arrendatario fallecido".

32 Debe mencionarse a este respecto que, tal y como afirma Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, p. 49, esta afirmación literal de la norma no prohíbe su aplicación para con quien no resida en el momento de determinarse la atribución por medio de resolución judicial en la vivienda familiar.

33 No obstante, merece especial atención la puntualización realizada al respecto por Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso,* cit, p. 48, quien afirma que, aunque en efecto sean los beneficiados por esta medida los descendientes, a quien es atribuido el uso de la vivienda es al cónyuge.

34 Esto mismo ha sido defendido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, de entre las que puede mencionarse, a modo de ejemplo, la reciente STS 24 marzo 2021 (JUR 2021, 105765), en cuyo FJ 3 afirma que "las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda del art. 96 CC, que se refiere a los cónyuges, son aplicables también en los casos de hijos menores de parejas no casadas, dada la situación de analogía que existe por lo que se refiere a la protección del menor". Por otro lado, a raíz de la STS 10 marzo 1998 (RJ

Como criterio subsidiario, y tan solo en aquellos casos en los que no haya hijos (menores o con discapacidad) involucrados, brinda la posibilidad el legislador de que sea el "cónyuge más necesitado de protección" el que, de manera temporal y tan solo para el caso en el que no hubiera hijos, se hospede en el hogar que la familia hasta el momento compartía. Por último, cuando ninguno de estos presupuestos concurriere, sería el titular del inmueble quien disfrutara de su uso.

2. Naturaleza jurídica y régimen jurídico.

La combinación de palabras elegida por el legislador para la redacción de este precepto, con apenas dos apartados, ha dado lugar a una profusa discusión doctrinal en torno a su naturaleza jurídica, habiendo quien negaba que su aplicación diese pie a una subrogación "inter vivos". Podría llegar a decirse, incluso, que esta ha sido la cuestión más polémica en lo que a este artículo respecta[35].

Para hallar el origen de estas discrepancias hemos de remontarnos a la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio[36], ley que marca un punto de inflexión, al introducir nuevamente en el ordenamiento jurídico español el divorcio. Por aquel entonces, la norma vigente en materia de arrendamiento era la LAU 64, previa a la modificación y, en consecuencia, no previsora de soluciones para aquellos problemas que pudieran ocasionarse con motivo de la misma: desde 1981 hasta 1994, los efectos que en cuanto a los contratos de arrendamiento tuvieran los divorcios y separaciones que pudieran producirse, se regían por una norma que fue promulgada cuando ello ni siquiera se vislumbraba como una posibilidad.

Durante este periodo tanto la jurisprudencia como la doctrina barajaron diversas opciones que pudieran servir para colmar la laguna legal a la que ni el CC ni la LAU 64 habían sido capaces de poner fin. Entre otras, el artículo 24 LAU 64 se presentaba como una solución plausible, pues, aunque no preveía como tal una subrogación "inter vivos" como la que se desencadena al amparo del artículo 15 de la actual LAU, sí que establecía la posibilidad de que se produjera una cesión "inter vivos" entre los cónyuges; así como la acogida en numerosos casos por las Audiencias que, basándose en la STC 135/1986 de 31 de octubre[37], avalaban la posibilidad de que este contrato fuese de "titularidad común de los cónyuges" y,

1998, 1272), se abre también la atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja en atención al principio de "protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho".

35 No obstante, este no ha sido el único precepto objeto de discusión, pues, como refleja Pérez Gurrea, R.: "La subrogación "mortis causa"", cit., p. 834, tampoco fue pacífica la naturaleza de lo previsto en el artículo 16 LAU, habiendo quien sustentaba que no se regulaba aquí una subrogación "mortis causa", sino que se trataba de una sucesión "mortis causa".

36 Hace alusión a esto Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 85-86

37 STC 135/1986 de 31 de octubre (RTC 1986, 135)

en consecuencia, no procediese una cesión entre los mismos, teniendo esto como principal consecuencia la no obligatoriedad de notificación al arrendador (como sí exigía el ya mencionado artículo 24 LAU 64); habiendo quien se postulaba a favor de la simple "continuidad posesoria" [38]. Por otro lado, se acentuaban en este contexto las consecuencias prácticas de la consideración del arrendamiento como privativo o ganancial: al igual que sucedería de entenderse que este contrato fuese de titularidad común de los cónyuges[39], devendría innecesaria la búsqueda de soluciones de considerarse el contrato de arrendamiento ganancial[40].

El legislador, conocedor de todo ello, procedió en 1994 a la redacción de un artículo que clarificara estos extremos[41]: el artículo 15 LAU[42]. Sin embargo, si la intención de este era dar por finalizadas estas discrepancias, lo cierto es que estuvo lejos de lograr su cometido, dando lugar a opiniones contrapuestas en torno a si se trataba de establecer con el mismo una subrogación "ex lege" o si, simplemente, se procedía a la regulación de la cesión de su uso.

Aquellos que abogaban por que tras esas palabras se escondía la regulación de una subrogación personal se basaban para ello, precisamente, en que por medio de la subrogación del cónyuge no arrendatario se lograba una mejor tutela de la vivienda familiar. Si se desligara la condición de arrendatario del derecho de uso (como sostenía la corriente contrapuesta) podrían sucederse numerosos conflictos relativos, por ejemplo, a los pagos, prórrogas o incluso a aspectos procesales[43]: así, en el caso de que el, en consecuencia, cónyuge arrendatario que no goza del disfrute de la vivienda cesara en el pago de la renta, y ejerciera el arrendador acción de desahucio se produciría una clara desprotección de quien reside en la vivienda, pues, a pesar de ser quien sufriera el desahucio, no podría participar activamente en el procedimiento por no ser titular del contrato[44]. Siendo, además,

38 Sobre todo, profundiza sobre ello Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 553-558.

39 Afirma esto mismo Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 566, ahondando aún más en la idea en Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 437-438.

40 Trata en profundidad esta cuestión Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp.431-437. Esta ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina (que por lo general era partidaria de su ganancialidad), y sobre la que no siempre se ha pronunciado en el mismo sentido la jurisprudencia. A día de hoy sucede que, mientras esta última ha cesado en su discrepancia, defendiendo la naturaleza privativa del contrato de arrendamiento a raíz de la STS 3 abril 2009 (RJ 2009, 2806), la doctrina no ha logrado alcanzar una postura unánime. A este respecto, Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 434-435, llega a la conclusión de la difícil interrelación entre lo regulado en los artículos 12, 15 y 16 LAU y la afirmación de la ganancialidad de este contrato "se resuelve de acuerdo a una cierta concepción de ganancialidad" según la cual la titularidad de un bien concreto es de quien celebra el contrato.

41 Se postula en este sentido Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, 2003, núm. 2, p. 5.

42 Mientras que el principal motivo de enfrentamiento entre las diversas opciones propuestas por la doctrina y por la jurisprudencia durante la vigencia de la LAU 64 versaba sobre la necesidad o no de notificación, a la luz de lo previsto en el artículo 15 LAU, esta resultaba preceptiva.

43 Tal y como comenta Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 90-91.

44 Como explica Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

reseñable la falta de coherencia resultante de prever que, para un contrato de arrendamiento, en el que es transcendental el uso y disfrute del domicilio, se prive de este a su titular[45].

Por otro lado, esta corriente doctrinal entendía que el hecho de que la norma estableciera como condición indispensable para que surtiera efecto lo regulado la comunicación de ello al arrendador, tan solo era racional si con ello se anunciaba un cambio en la persona del arrendatario[46]. En consecuencia, y partiendo de que el artículo 8 LAU establece que, para que pueda llevarse a cabo cualquier tipo de cesión del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario, es necesario que esta haya sido consentida por escrito por el arrendador, afirmaban que el presente precepto es una excepción al mismo, regulando una subrogación "ex lege'[47].

Por el contrario, aquellos que negaban que el precepto permitiera la subrogación del cónyuge no arrendatario, se parapetaban en la interpretación literal del precepto. Ya se ha mencionado previamente que la expresión elegida por el legislador para su regulación fue algo confusa y nada técnica, haciendo mención en todo momento al "uso" y no a la "subrogación". Para los defensores de este pensamiento, esta no fue una elección aleatoria, sino que se reflejó así con premeditación, tratando de instaurar un derecho de uso por encima de una novación subjetiva del contrato. Se fundamentaban de igual manera en la comparación de lo dicho en este precepto respecto de la literalidad del artículo 16 LAU, en el que no dudó el legislador en ser cristalino en sus intenciones de otorgar la posibilidad de subrogarse a los sujetos que en este se mencionan[48].

Además, este sector de la doctrina defendía que, al igual que cuando se trata de una vivienda propiedad del cónyuge que no ha sido beneficiado con la atribución de la misma, se le atribuye al otro el uso, pero no este título, si la vivienda fuera arrendada se tendría que ceder el uso al cónyuge no arrendatario,

45 Este motivo es asimismo estudiado tanto por Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 90-91 como por Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.7. Este primero, compara lo aquí expuesto en cuanto al contrato de arrendamiento con qué sucedería si el título en virtud del cual se hace uso del inmueble (con anterioridad a la crisis matrimonial) es el de propiedad, pues en este último de los casos, sí sería factible que se desligue titularidad y uso y disfrute.

46 Así lo explica Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

47 Así lo explican también Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., p. 88 y Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 7.

48 Observan esto mismo en su estudio al respecto de esta corriente Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 87-88 y Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9. Por su parte, Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 561, afirma que esta omisión fue intencional, y que el legislador negaba con ella la propia subrogación en este precepto concreto.

no produciéndose cambio alguno en la titularidad del contrato[49] (siendo igualmente relevante en este sentido la marcada temporalidad de estas medidas[50]).

Por último, negaban rotundamente las acusaciones arrojadas por los primeros acerca de la desprotección de la vivienda familiar que supondría esta interpretación de la norma, considerando cumplida su tutela por medio de la aplicación de otros preceptos de este mismo texto legal. Así, lejos de dejarse desamparado al otro cónyuge en aquel caso en el que el arrendatario (cónyuge que, recordemos, no tiene atribuido su uso) dejara de satisfacer la renta, entendían que sí sería posible su participación en el procedimiento si se hubieran cumplido todas las formalidades previstas[51].

Este cúmulo de opiniones contrapuestas es el motivo por el cual el artículo 15 LAU no ha permanecido inmutable desde que se redactase la norma que lo hospeda, siendo reformado por medio de la Ley 4/2013 de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, añadiéndosele así un pequeño apéndice al primero de sus apartados: si bien antes el precepto tan solo preveía que "(e)n los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación", ahora finaliza recalcando que "(e) l cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato". Aunque la presente redacción de este artículo aún no comprende entre sus vocablos el término "subrogación", ya sí contempla que, en caso de que se atribuya la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario, este pase "a ser el titular del contrato".

Con ello se despejaban tajantemente todas las dudas que hasta el momento había suscitado este precepto, inclinándose definitivamente la balanza a favor de quienes consideraban que se corresponde con una subrogación "ex lege" [52], aunque ello, sorprendentemente, fuera contrario a la opinión reinante entre los tribunales[53]: a pesar de que en un principio la jurisprudencia se encontraba claramente dividida, con el paso de los años fue apaciguándose, hasta que para

49 Esto mismo se especifica en Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9.

50 Así se recoge tanto en Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 87-88, como en Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 563.

51 En este sentido se pronuncia Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p.9-10. Concretamente, dispone que los preceptos en los que este sector doctrinal deja descansar la tutela de la vida familiar son, entre otros, el artículo 12 LAU o el artículo 14 LAU.

52 Esta opinión la mantiene Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 553.

53 Como detallan Ibarra Sánchez, J.L.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm.11, p. 4; o Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 564.

el año 2013 en su mayoría coincidía en la no modificación de la titularidad del contrato como aplicación del artículo 15 LAU[54].

El legislador, no obstante, no ignora los argumentos esgrimidos por el sector doctrinal perjudicado por su reforma, y, tomando en consideración la objeción al respecto de la temporalidad de la medida en virtud de la cual se pretendía justificar una novación subjetiva en un contrato, se exige como condición necesaria que dicha atribución sea bien permanente, bien superior "al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento" [55].

A nuestro juicio, la modificación realizada, más que una aseveración de lo que el precepto ya preveía, marca un punto de inflexión. Tal y como defendían aquellos que negaban que se tratase de una subrogación, creemos que de haber sido esta la verdadera intención del legislador lo habría dispuesto expresamente, tal y como había procedido con el artículo 16 LAU. Sin embargo, la disposición inicial de este precepto, del artículo 15 LAU, parecía dar a entender que solo cedía el derecho de uso de la vivienda, siendo significativo en este sentido que la jurisprudencia, como decíamos, coincidiera mayoritariamente para el año 2013 en torno a esta postura. Por lo tanto, lejos de ser esta nueva redacción una clarificación de la intención original del legislador, se trata de un cambio de rumbo posterior detrás del cual se podría afirmar que se encuentra la trascendencia de la figura que se trataba de tutelar, es decir, de la vivienda familiar.

Aun cuando los detractores de que bajo el artículo 15 LAU se previera la subrogación no consideraban que con la mera cesión del derecho de uso se dejase desamparada la vivienda familiar, lo cierto es que con esta gozaría de una protección eminentemente más endeble. En las primeras páginas se han argumentado suficientemente los motivos que llevan al ordenamiento a salvaguardar esta figura por medio de numerosos mecanismos, por lo que podría llegar a ser comprensible que, a pesar de la literalidad anterior del precepto, este fuese interpretado siguiendo una interpretación teleológica de la norma: si el legislador trataba con este precepto dicha salvaguardia, habría de buscarse la interpretación que mejor se adaptase a esta finalidad, debiendo, pues, optarse por entender que se producía una subrogación en estas situaciones. Sin embargo, esta era una lectura demasiado forzada, lectura que se ha facilitado sobremanera con

54 Como así lo atestiguan la SAP de Madrid 12 julio 2007 (JUR 2007, 336667) o la SAP de Barcelona 30 septiembre 2009 (JUR 2009, 452231).

55 En este giro interpretativo cobró una gran importancia la STS 27 octubre 2015 (RJ 2015, 5608). En esta, el Alto Tribunal procedió a un análisis del precepto a la luz de las novedades legislativas introducidas y, aunque abordó también los motivos que podían fundamentar una negativa rotunda a la subrogación del cónyuge no arrendatario por medio de la aplicación del artículo 15 LAU, finalmente concluyó que sí se trata de una subrogación "ex lege", aunque supeditada necesariamente al cumplimiento en forma y plazo de la notificación que en el segundo de sus apartados se exige.

este último inciso, siendo en la actualidad patente que este artículo desemboca en una novación subjetiva en la persona del arrendatario.

De igual manera era criticable la opinión de aquellos que mantenían que debería aplicarse analógicamente lo previsto para con la vivienda que uno de los cónyuges tiene en propiedad, a la posesión de la misma amparada en un contrato de arrendamiento. Son muchas las distancias que median entre ambas situaciones, no siendo en puridad válida la argumentación defendida al respecto por dicho sector de la doctrina: tal y como hemos advertido en algún momento, el derecho de propiedad es mucho más extenso que aquel que se ostenta en virtud de un contrato de arrendamiento, girando este último principalmente en torno al uso y disfrute de la vivienda. Por tanto, si en este se vedase dicho derecho, si durante el periodo de tiempo que restase de contrato su (ex) cónyuge debiera permanecer en la vivienda, poco sentido tendría su posición como arrendatario del contrato; no pudiendo predicarse esto mismo del primero de los casos.

A pesar de todo ello, aunque la nueva redacción del precepto pareciera haber disipado la controversia, a día de hoy parece persistir en ciertos autores (aunque de manera casi anecdótica) el recelo a considerar que el artículo 15 LAU establezca una subrogación para aquellos casos en los que se haya atribuido la vivienda al cónyuge no arrendatario[56]. Y no es esta una cuestión baladí, sin repercusiones prácticas y que podamos orillar, pues las implicaciones que la consideración o no consideración de que bajo este precepto se prevea una subrogación podría tener en la vida de cualquier persona son más que patentes. A modo de ejemplo, dependiendo de si se tratase de una subrogación o no, tendría que satisfacer un cónyuge u otro la renta[57]: el obligado al pago sería el cónyuge arrendatario, de manera que si se entendiera que se cede simplemente el uso y no el título con la aplicación del artículo 15 LAU, sería este el cónyuge que figuraba desde un principio como tal; mientras que, si se interpreta que bajo este precepto se articula una subrogación "inter vivos", será el cónyuge a quien se atribuye el uso del domicilio quien haya de proceder al pago. Pero esta no es la única cuestión que se ve afectada al son de la interpretación que se realice, pues será el cónyuge arrendatario y no el que tenga solamente el uso y disfrute de la vivienda el que se beneficie y al que le corresponda acatar el régimen que la LAU ha dispuesto[58], así como la subrogación "per se" conllevaría unos efectos determinados, tal y como se ha desarrollado con anterioridad.

56 Ejemplo claro de ello sería Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "El Contrato de Arrendamientos", cit., pp. 293-297, quien, en su estudio de la subrogación en la LAU ignora completamente este precepto, centrándose en las subrogaciones en la persona del arrendador y en las previstas por los artículos 12 y 16 LAU.

57 En este sentido se pronuncia Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 5. Asimismo, el Tribunal Supremo lo plasma en la ya mencionada STS 27 octubre 2015 (RJ 2015, 5608) en su FJ 3.

58 En Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar", cit., p. 5, se trata esto aquí referido, haciendo, además, alusión, entre otros, a que el cónyuge arrendatario será el que pueda ejercer, en su caso, los derechos de tanteo y retracto.

A) La notificación.

El segundo de los apartados que componen el artículo 15 LAU hace alusión a la notificación al arrendador, ya citada en líneas anteriores, sobre la que también se han de realizar ciertas observaciones.

Recordemos que el supuesto de hecho que desencadena la aplicación de lo previsto por este precepto es el siguiente: un matrimonio cuya vivienda familiar ostentaba en virtud de un contrato de arrendamiento (en el cual figuraba como arrendatario tan solo uno de los cónyuges) se separa, divorcia o es declarado nulo; resultando atribuido en este proceso el uso de esta al cónyuge no arrendatario. Una vez salvados los escollos al respecto de la naturaleza jurídica de lo previsto por este artículo, podemos afirmar que procede a continuación la novación subjetiva en la persona del arrendatario en favor de este último, garantizándose de esta manera una mejor protección de la vivienda familiar justificada en los argumentos esgrimidos con anterioridad. Mas no se puede olvidar a este punto que estamos haciendo referencia a una relación contractual en la que no solo está el arrendatario, sino que también hay un arrendador cuyos intereses y derechos no debemos soslayar, ni siquiera en nombre de la vivienda familiar.

Para el arrendador es esencial conocer fehacientemente quién se ubica en la otra parte de la relación contractual, a quién ha de dirigirse para reclamar sus derechos (de quién debe esperar el pago), a quién presta sus obligaciones. Es por esto por lo que, una vez acontecido dicho presupuesto no se produce de forma automática la subrogación, sino que se condiciona esta a que el cónyuge no arrendatario al que le ha sido atribuido este uso le notifique al arrendador su deseo de continuar en el uso de la vivienda. Esto habrá de hacerlo bien de forma oral, bien de forma escrita (o, al menos, así lo entendemos por no haberse precisado nada al respecto por el legislador[59]) en el plazo de dos meses a contar desde que se le notificase la resolución judicial que le otorga dicha atribución. Asimismo, la validez de esta notificación se hace depender de que se acompañe de la copia de esta resolución (íntegra o tan solo de aquella parte que interesa), siendo ello, en cierta forma, una garantía para el arrendador que, viéndose obligado a soportar una modificación de tal calibre en la relación contractual, gracias a la misma puede al menos cerciorarse de la veracidad de los hechos (y no tiene que confiar ciegamente en la palabra de quien pretende ocupar la posición de arrendatario).

Esto respalda que la notificación al arrendador se erija como condición indispensable[60] para que pueda procederse a la subrogación, lo que nos lleva

59 Como se refleja en Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 568 y en Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, cit., pp. 59-60.

60 Así lo entiende Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., p. 87.

inevitablemente al interrogante sobre cuáles serían las implicaciones en caso de que esta no existiese o se realizase de manera extemporánea o sin cumplir los requisitos mencionados. Sin embargo, la norma (a diferencia de lo que sucede con los artículos 12 y 16 LAU) no prevé un escenario alternativo en el que no se haya comunicado al arrendador la nueva situación: no se establece si conduce a la extinción del contrato o si lleva a una solución diferente.

La primera de estas dos opciones, esto es, que la consecuencia de la no notificación sea la extinción del contrato de arrendamiento, ha de descartarse a la luz de las opiniones vertidas al respecto del tercero de los apartados del artículo 16 LAU. Este, en cuanto a la subrogación arrendaticia "mortis causa", sí concreta que, de no mediar notificación, se procederá a la extinción de la relación contractual; lo que debe ya, sin mayores indagaciones, llevarnos a considerar que, si el legislador previó de forma tajante esta solución para este caso, pero no para el que aquí se trata, fue intencionadamente. Podría argumentarse que ello se debió a que en un principio no se buscaba que se diera pie con él a una novación subjetiva, pero ello carece de todo sentido y de toda lógica pues, a la par que en la reforma de 2013 se llevaba a cabo este "cambio de rumbo", se podría haber introducido la extinción como consecuencia de la falta de notificación.

Sin embargo, como decimos, es lo discutido sobre la aplicación del artículo 16 LAU lo que nos lleva a la conclusión de que en ningún caso debe esto derivar en la extinción del contrato de arrendamiento: a pesar de que en un principio se interpretaba este precepto literalmente de manera que, a falta de notificación escrita al arrendador en el plazo previsto, se extinguía el contrato de arrendamiento, la STS 20 julio 2018[61], optó por hacer una interpretación más laxa del mismo, atendiendo a la finalidad última de la norma y buscando con ello proteger con más ahínco la vivienda familiar. Así, se entendía cumplido este requisito por haberse probado que, aun a falta de notificación escrita, el arrendador conocía la situación[62]. En consecuencia, si, aunque se disponga de forma taxativa la extinción del contrato, se busca una interpretación que vele por la vivienda familiar y este final se termina eludiendo, cómo podría ser admisible en otros casos desprotegerla forzando la presunción de unas consecuencias no previstas por la norma.

De esta forma, entendemos que la solución plausible a este conflicto habría de ser no la subrogación, no la extinción, sino la cesión del uso. Esta opción se

61 STS 20 julio 2018 (RJ 2018, 2834)

62 Como así lo relata Fuentes-Lojo Rius, A.: "Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua: Comentarios a la STS, Sala de lo Civil, del Pleno de 20 de julio de 2018", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 9, pp. 5-6. También interesa a este respecto el comentario de esta sentencia realizado en Vela Torres, P.J.: "Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita", *Diario LA LEY*, 2018, núm. 9303, pp. 1-4. La reciente SAP de Madrid 23 octubre 2020 (JUR 2021, 16145) se pronuncia en este mismo sentido.

encuentra en un punto intermedio que logra ponderar los intereses en juego: no se desprotege la vivienda familiar, pero tampoco se eluden los intereses del arrendador, que no verá modificada la relación contractual a pesar de que se hayan modificado las circunstancias de la familia que habita en la casa. Nos postulamos a favor de que esta atribución del uso, por ende, no sea "eficaz en contra del arrendador mientras no le sea notificada" (permitiéndose una notificación extemporánea, pero produciéndose la subrogación tan solo desde el momento en el que se produce), considerándose el cónyuge que debiera haberse subrogado en la posición de nuevo arrendatario como "deudor de buena fe a los efectos prevenidos en los artículos 1164 y 1527 CC" [63].

3. Posibles conflictos jurídicos en la aplicación del artículo 15 LAU: ¿puede ser revertida la subrogación?

Volviendo sobre una cuestión tratada con anterioridad, podría realizarse la siguiente reflexión: en las primeras páginas de este trabajo, al tratar de determinar qué es y qué no es considerado por el ordenamiento como vivienda familiar, y, consecuentemente, merecedor o no de la tutela que aquí se precisa, discute y estudia, se abordaba lo estipulado en la STS 20 noviembre 2018[64], según la cual el Alto Tribunal consideraba que el inmueble perdía la cualidad de "familiar" cuando se fundaba una nueva familia tras el desmembramiento de la anterior. Ante esto, podríamos cuestionarnos qué sucedería en sede de arrendamiento. En caso de haber sido atribuida la vivienda al cónyuge no arrendatario, puede ser que comenzara una nueva relación sentimental, y constituyera una nueva familia en este mismo domicilio, de tal manera que, si se aplicara lo estipulado por la mentada sentencia, esta vivienda dejaría de ser considerada vivienda familiar, perdiendo su especial tutela y dando paso al surgimiento de importantes interrogantes sobre qué consecuencias prácticas se derivarían de ello.

No podría predicarse lo mismo en este caso que de aquel en el que dicha vivienda hubiese sido propiedad del otro cónyuge. En este último, la solución habría sido sencilla, pues simplemente habría cesado el derecho de uso concedido con motivo de dicha protección; mas en el primero es pacífica la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que no se produce una mera cesión del uso, sino que se va más allá, pues se da lugar a una novación subjetiva en la persona del arrendatario. Por lo tanto, a pesar de que este proceder tiene sentido solo en tanto en cuanto a la salvaguarda de esta institución jurídica, consideramos que sería erróneo abogar por una reversión de la subrogación[65]. Una vez esta se ha producido, ya no es que

63 Tal y como defiende Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., p. 567. También hace referencia a la falta de notificación Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso*, cit., pp. 60-61.

64 STS 20 noviembre 2018 (RJ 2018, 5086)

65 Reversión a la que sí se muestra favorable Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 90-91, quien defiende una nueva aplicación del artículo 15 y, con ello, una nueva subrogación.

se haya "cedido temporalmente el uso de la vivienda", sino que se ha procedido a efectuar una modificación en el contrato: mientras que el derecho de uso se mantiene tan solo si se protege así la vivienda familiar, la subrogación, aunque tiene su origen y justificación en esta salvaguarda, su mantenimiento en el tiempo no depende de ella. Esto es, para que pueda procederse tal que así será necesario que en el momento de iniciarse este mecanismo de protección la vivienda se considere vivienda familiar, siendo irrelevante un hipotético cambio sobrevenido (e imprevisto, lógicamente) de la situación de la misma. En consecuencia, que este inmueble pierda dicha calificación no debería conllevar un nuevo cambio de arrendatario[66].

Además, refuerza esta teoría el hecho de que la modificación a la que nos referimos afecta asimismo a un tercero, el arrendador, que se vería gravemente perjudicado si pudiera ser alterada la persona del arrendatario con tanta facilidad y periodicidad sin ser este más que notificado (lo que recuerda en cierto modo a uno de los argumentos en los que se basaba el sector doctrinal contrario a que el artículo 15 LAU constituyera una subrogación: la temporalidad de la medida en virtud de la que se acuerda); ello denotaría una desprotección desproporcionada de los intereses del arrendador.

En definitiva, por tanto, a nuestro juicio, si esta situación aconteciera tras efectuarse la subrogación personal, no conllevaría ninguna consecuencia práctica, siendo tan solo relevante esta discusión si aún no se hubiera materializado la novación subjetiva (pues nunca llegaría a producirse) o si, por notificación defectuosa o inexistente se hubiese producido en su lugar tan solo la cesión del uso del inmueble (en cuyo caso sería restituido en el mismo quien figurase como arrendatario, de forma similar a lo que sucede si el propietario de la vivienda es el otro cónyuge).

III. EL DERECHO A CONTINUAR EN LA VIVIENDA ARRENDADA DEL CÓNYUGE Y DEL CONVIVIENTE: EL ARTÍCULO 12 LAU.

1. Fundamento y naturaleza jurídica.

El artículo 12 LAU, al igual que el artículo 15 LAU, busca tutelar la vivienda familiar en situaciones de inestabilidad por medio de la subrogación arrendaticia "inter vivos": ambos abren la posibilidad de que, en aquellos casos en los que esta se posea por medio de un contrato de arrendamiento del que fuera tan solo uno de los cónyuges arrendatario, aquel que no lo fuera se subrogue en la posición

66 Así, Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., pp. 566-567 mantiene que "el cónyuge titular no podría recuperar entonces la posesión", fundando su opinión, además, en que, en el lapso de tiempo que mediara entre la subrogación y el momento en el que pudiera retornar a dicho domicilio, tendría que haber buscado una alternativa habitacional, no siendo, pues, útil, devolverle tras un tiempo el uso de la vivienda arrendada.

de este ante ciertas eventualidades. Las similitudes son evidentes a la luz de la literalidad de ambos preceptos, así como también lo son aquellos aspectos que separan uno de otro: las eventualidades que dan pie a su aplicación, la extensión o no extensión de esta esfera de protección a las familias que tienen origen en una pareja de hecho (y no en un matrimonio) y la regulación de la necesaria notificación al arrendador.

Empezando por los supuestos de hecho que desencadenan el mecanismo previsto para la protección de la vivienda, este precepto actúa ante las siguientes situaciones: en primer lugar, que el cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario decida, "motu proprio", no renovar el contrato de arrendamiento; en segundo, que este opte por desistir de dicho contrato; o, en tercer lugar, que abandone la vivienda dejando a su pareja en una compleja situación en lo que a la relación contractual se refiere, al no ser parte contratante[67]. Como vemos, a diferencia también del artículo 15 LAU, en este caso no es posible mencionar un precepto concreto para hacer referencia a su fundamento.

En lo que a su naturaleza jurídica respecta, y tomando como punto de partida todo lo discutido páginas atrás, hemos de decir que a pesar de la ausencia de la expresión "subrogación" en la redacción del precepto, en esta ocasión sí han sido pacíficas la doctrina y la jurisprudencia al apuntar que, en efecto, bajo las palabras escogidas por el legislador, en este caso se escondía la intención de prever una subrogación "inter vivos"[68], con todo lo que ello hemos apuntado ya que conlleva.

2. Régimen jurídico.

A) Notificación.

Para que la subrogación se materialice se postula nuevamente como condición necesaria la notificación al arrendador de la alteración del "status quo". A su vez, esta notificación debe realizarse en una determinada forma y plazos, previstos taxativamente en el precepto, siendo diferentes los requisitos de la misma dependiendo de la situación que haya dado pie a la aplicación de la norma[69].

67 Interesa sobremanera la opinión de Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 427-428, a este respecto, pues es muy crítico con el legislador por no entender que esta sea la mejor de las soluciones ni para el arrendador ni para el cónyuge o miembro que haya de subrogarse.

68 Destaca, en este sentido, que, a diferencia de lo que se afirmaba con anterioridad al hilo de las explicaciones del artículo 15 LAU, en este caso el artículo 12 LAU sí es abordado por Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "El Contrato de Arrendamientos", cit., pp. 294-295, al tratar las subrogaciones en el contrato de arrendamiento. Por otro lado, queda patente esto mismo también en Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva", cit., pp. 325-327; o en Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp.427-428.

69 En cuanto a esto mismo, Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 441-443 reflexiona sobre distintas situaciones, como qué sucedería si la notificación se emitiese en tiempo, pero se recibiese una vez vencido el plazo, si se hubiera arrendado (o enajenado, por ejemplo) en este lapso de tiempo ya la vivienda o si se revocase la notificación.

Así, si el cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario decidiese unilateralmente no renovar o desistir del contrato de arrendamiento en virtud del que poseen la vivienda familiar, sería el arrendador quien debiera hacer el requerimiento al cónyuge o miembro de la pareja no arrendatario, teniendo este último un plazo de 15 días desde entonces para contestar (artículo 12.2 LAU). Sin embargo, si se hubiese dado inicio a este mecanismo a consecuencia del abandono del domicilio del cónyuge (o miembro de la pareja) arrendatario, dejando a su suerte a su pareja, la notificación correría a cargo del "abandonado", que se vería obligado, en caso de querer subrogarse en la posición contractual de arrendatario, a comunicárselo al arrendador en un plazo de un mes a contar desde que se produjo dicho abandono (artículo 12.3 LAU), especificándose, además, en esta ocasión, la obligatoriedad de que se lleve a cabo por escrito (habiéndose obviado este requisito de forma con respecto al desistimiento o la no renovación) [70].

La lógica se halla detrás de que esto se haya dispuesto tal que así, pues ha de ser quien se presupone que tiene noticias del cambio de circunstancias quien haga saber al otro interesado lo sucedido para que pueda ponerse así en marcha el mecanismo de protección previsto. La vivienda familiar se vería desprovista de su tutela si se vinculara la posibilidad de que el cónyuge o miembro de la pareja no arrendatario se subrogara a su conocimiento sobre la decisión unilateral de su pareja de desistir o no renovar el contrato, pues es posible que para cuando fuera consciente de ello ya hubiese pasado el plazo previsto y se viese abocado a abandonar el que un día fue el hogar familiar de manera precipitada (o negociar un nuevo contrato de arrendamiento con el arrendador); cuando más habida cuenta de que el artículo 12 LAU sí establece la extinción del contrato como consecuencia de la no notificación o notificación defectuosa o extemporánea (aunque se pueda permitir cierta flexibilidad en su interpretación, tal y como mencionábamos algunas líneas atrás).

De igual manera, debe ser el cónyuge o miembro de la pareja interesado en subrogarse quien se ponga en contacto con el arrendador y le haga saber lo sucedido de haber sido abandonado. A pesar de que esta situación resulta en la práctica de lo más incómoda y violenta (una persona que ha sido abandonada por su pareja debe ponerse en evidencia y pasar por hacerle saber esto mismo al arrendador para poder proteger su vivienda familiar) no deja de ser la solución jurídica que mejor pondera los intereses de las partes implicadas: de no exigirse la comunicación al arrendador, se estaría permitiendo una modificación del contrato no ya sin solicitar la autorización de este, sino además sin informarle de la misma;

70 Hace especial mención a este aspecto Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 440-441, haciendo alusión, a su vez, a la labor jurisprudencial llevada a cabo por los tribunales para solventar este problema, inclinándose por prescindir en ciertos casos de la necesidad de forma escrita en la subrogación producida a raíz del abandono. Ejemplo de ello serían la SAP de Cantabria 2 febrero 2000 (AC 2000, 220) o la SAP de Madrid 28 septiembre 2017 (JUR 2018, 1978).

y, además, sería inviable exigir al arrendador tomar la iniciativa de la notificación también en estas ocasiones, pues se le estaría solicitando conocer los entresijos de las relaciones personales de sus inquilinos durante toda la vida del contrato.

B) Aplicación del precepto a las parejas de hecho.

No obstante, lo que más destaca al realizar una comparación entre lo regulado en este precepto y en el anteriormente estudiado es la aplicabilidad de este primero a las parejas de hecho[71], no circunscribiéndose en exclusiva a las crisis matrimoniales, y supeditándose esta extensión a la prueba de que la pareja bien haya convivido durante un periodo de, al menos, dos años, bien haya tenido descendencia[72].

El porqué de este requisito se halla, a nuestro juicio, en la propia finalidad de la norma: si la vivienda familiar está especialmente tutelada por el ordenamiento por este carácter de "familiar", no creemos que fuera justificable aplicar en ninguna otra circunstancia medidas de esta naturaleza y calibre. En consecuencia, es irremediablemente necesario que la relación que dé pie a la subrogación tenga cabida en el artículo 39 CE[73], debiendo evitarse que se haga una aplicación torticera de este precepto, abriendo paso a los derechos que brinda, por ejemplo, a los meros compañeros de piso[74], pues en tal caso dejaría de protegerse la vivienda familiar, tutelándose la vivienda, sea cual sea la naturaleza de las relaciones que se fragüen en su interior.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES: ¿ES LA SUBROGACIÓN ARRENDATICIA INTER VIVOS UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN EFECTIVA?

La subrogación arrendaticia "inter vivos" se abre paso en nuestro ordenamiento jurídico como medida de protección de la familia por medio de los artículos 12

71 Como ya se ha dicho, esto lo introduce el legislador en su párrafo 4. De hecho, en el propio preámbulo de la LAU se hace mención expresa también a esto, calificándolo de "novedad".

72 En Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", cit., pp. 450-453, se discute profusamente esta exigencia, haciendo especial mención a la dificultad de su prueba. También pone el acento en qué ha de entenderse por "análoga relación de afectividad a la de cónyuge" divagando sobre sus posibles interpretaciones.

73 En contra, Fuentes-Lojo Rius, A.: "Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 5, p. 4, quien aboga por que se aplique este precepto (así como el artículo 16 LAU) no solo en caso de matrimonio o pareja de hecho, sino también si la convivencia es permanente sin mediar ninguna relación de afectividad entre el subrogado y quien ostentaba la condición de arrendatario.

74 También Fuentes-Lojo Rius, A.: "Medidas legales", cit., p. 5, menciona las "convivencias de mutua ayuda" reguladas en los artículos 240.1 a 240.7 Código Civil Catalán (en adelante, CC Cat). A este respecto es necesario aclarar que a pesar de que el artículo 240.6 CC Cat, reconoce en su apartado tercero la posibilidad de subrogarse a estos convivientes en la posición del arrendatario durante un periodo de un año (o, de ser menor el tiempo que reste del contrato, por este) si este último falleciera, no les brinda esta posibilidad, atendiendo a su párrafo primero, si la extinción de la relación entre los convivientes se produce "en vida de todos", en cuyo caso determina que "los que no sean titulares de la vivienda deben abandonarla en el plazo de tres meses".

y 15 LAU. Ambos, como ha podido fácilmente apreciarse, muestran similitudes y divergencias que invitan a un estudio comparado y que nos impulsan a concluir que con la legislación tal y como está en la actualidad, se provee de una mayor protección en este ámbito a la vivienda familiar matrimonial que a la vivienda familiar que tiene origen en una pareja de hecho.

El artículo 15 LAU da respuesta a la pregunta de qué sucede con la vivienda familiar arrendada si esta ha sido atribuida tras la separación, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio al cónyuge que no figuraba como arrendatario en el contrato; esto es, tan solo se aplica lo por él previsto ante una crisis matrimonial, dejándose "a priori" desamparadas las parejas de hecho: a pesar de que estas no hayan contraído matrimonio, no se vean beneficiadas de las prerrogativas que ello conlleva y no puedan regirse por las normas de este, sí que pueden sufrir una ruptura y sí que pueden encontrarse ante esta misma situación; esto es, que se haya atribuido el uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no arrendatario. Y no es este un caso de laboratorio casi imposible de trasponer a la realidad, porque lo cierto es que desde hace años viene considerándose aplicable lo predispuesto por el artículo 96 CC (que, recordemos, ejerce de fundamento al artículo 15 LAU) a las parejas de hecho: el interés superior del menor no depende de que sus padres estén unidos jurídicamente como un matrimonio o como una pareja de hecho, de tal manera que es perfectamente admisible atribuir el uso de la vivienda a uno de los miembros de la pareja en favor de los hijos menores.

Bien pudiera salvarse esta situación acudiendo al artículo 12 LAU, haciendo uso de lo que este establece como si la crisis de la pareja de hecho que ha dado lugar a dicha atribución judicial fuese subsumible dentro del "abandono" al que hace este referencia; no obstante, esto implica, si lo pensamos bien, una merma en las garantías de la vivienda familiar si las comparamos con las que habría ostentado de haber sido aplicado el artículo 15 LAU, todo ello fundado en las consecuencias a las que en uno y otro caso conduce la notificación inexistente, defectuosa o extemporánea. Mientras que, en el seno de este último precepto, del artículo 15 LAU, la no notificación en tiempo y forma al arrendador impide la subrogación, pero da paso (o, al menos, así lo creemos) a la cesión del uso de la vivienda; a tenor de lo establecido en el artículo 12 LAU, debería procederse a la extinción inmediata del contrato: la salvaguarda proporcionada por este segundo es claramente inferior.

Es por esto mismo por lo que consideramos que debiera ser aplicable por analogía en tales casos lo previsto por el artículo 15 LAU[75], pues de lo contrario no se estaría produciendo una tutela efectiva de la vivienda familiar, sino una tutela

75 Para Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", cit., pp. 558-559, habrá de ser la jurisprudencia la que determine para cada caso si procede o no una aplicación analógica del artículo 15 LAU a las parejas de hecho.

ampliada de la vivienda familiar matrimonial, relegándose a un segundo plano la no matrimonial. El hecho de que esté prevista la aplicación del artículo 12 LAU a las parejas de hecho, quedando estas fuera de lo recogido en el artículo 15 LAU se debe a que este último depende de los preceptos que determinan la atribución de la vivienda familiar en el CC, habiendo sido tradicionalmente destinados en exclusiva a las situaciones de crisis matrimonial, y no a los casos de ruptura de parejas de hecho. No obstante, los argumentos que en un principio servían al legislador para vedar la entrada a este artículo a los convivientes "more uxorio" han dejado de ser válidos, debiendo superarse como decimos esta visión y amoldarse todo ello a la situación social actual.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La vivienda en las crisis familiares* (coord. por P. Chaparro Matamoros), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

Berrocal Lanzarot, A. I.: "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, pp. 1347-1375.

Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 12 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 425-453.

Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 15 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 551-568.

Carrasco Perera, A.: "Com. Art. 16 LAU", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2020, pp. 569-594.

Cervilla Garzón, M.D.: *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005.

Chaparro Matamoros, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Colás Escandón, A.M.: "La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU", *Aranzadi Civil: revista quincenal*, 2003, núm. 2, pp. 2035-2070.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AA.VV.: *Tratado de derecho de la familia, Vol. 3 (Los regímenes matrimoniales (I))*, (dir. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 275-442.

De La Puente Alfaro, F.: "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", *Revista crítica de Derecho Inmobiliario,* 2004, núm. 698, pp. 2359-2380.

Espiau Espiau, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español,* PPU, Barcelona, 1992.

Flores Rodríguez, J.: "Subrogación *mortis causa* del hijo minusválido en los contratos de arrendamiento de vivienda de renta antigua", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm. 10, 2014.

Fuentes Lojo, J.V.: *Comentarios a la nueva ley de arrendamientos urbanos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2006.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "Medidas legales para una reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 5.

Fuentes-Lojo Rius, A.: "Novedosa doctrina jurisprudencial relativa a la subrogación por fallecimiento del arrendatario de vivienda de renta antigua: Comentarios a la STS, Sala de lo Civil, del Pleno de 20 de julio de 2018", *Revista Actualidad Civil*, 2018, núm. 9.

García De Blas Valentín-Fernández, M. L.: "Vivienda familiar", *Cuadernos de estudios manchegos,* 2011, núm. 36, pp. 43-60.

Gil Membrado, C.: *La vivienda familiar,* REUS, Madrid, 2013.

García Mayo, M.: *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2019.

Gómez Linacero, A.: "Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida", *Revista Actualidad civil*, 2021*,* núm. 2.

Gómez Valenzuela, M. A.: "La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar: análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista de Derecho de Familia*, 2020*,* núm. 89, pp. 29-84.

Gómez Valenzuela, M. A.: "La convivencia de un tercero en la vivienda familiar: Análisis de la Sentencia núm. 641/2018, de 20 de noviembre, del Tribunal Supremo", *LA LEY Derecho de Familia*, 2019, núm. 21.

Herrero Garcia, M. J.: "Comentario al artículo 1320 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil T. II* (dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Diez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz, R. y P. Salvador Coderch), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 586-592.

Ibarra Sánchez, J.L.: "La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio", *Revista Actualidad Civil*, 2014, núm.11.

Montero Ferreira, D.: "La novación subjetiva en el arrendamiento de vivienda protegida", *e-spacio. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 2015 (disponible *en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Dmontero/MONTERO_FERREIRA_Daniel_Tesis.pdf; última consulta 21/05/2023).*

Pérez Gurrea, R.: "La subrogación "mortis causa" del arrendatario en el arrendamiento de vivienda en base al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2007, núm.700, pp. 833-838.

Quicios Molina, S.: "Los arrendamientos urbanos", en AA.VV.: *Manual de Derecho Civil. Contratos* (coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Bercal, S. A., Madrid, 2016, pp. 211-239.

Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J.: "El Contrato de Arrendamientos Urbanos", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos, y responsabilidad por hechos ilícitos*, (coord. por F. J. Sánchez Calero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 273-318.

Salar Sotillos, M. J.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. extra 8, 2, pp. 196-225.

Ureña Carazo, B.: "Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente", *Diario LA LEY*, 2015, núm. 8641.

Vela Torres, P.J.: "Subrogación de arrendamiento a pesar de la falta de notificación escrita", *Diario LA LEY*, 2018, núm. 9303.

Yáñez Vivero, F.: "La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. VIII, núm.1, pp. 1-49.

UNA DÉCADA DE REFORMAS EN EL RÉGIMEN ARRENDATICIO DE VIVIENDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA OPERADA POR LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA*

A DECADE OF REFORMS IN THE HOUSING RENTAL SYSTEM. SPECIAL REFERENCE TO THE REFORM OPERATED BY THE LAW FOR THE RIGHT TO HOUSING

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 506-557

* Este trabajo ha sido realizado también en ejecución del proyecto "Red temática para el estudio de los aspectos civiles y procesales de la Ley de vivienda" (Referencia: D5-2022_03), concedido por la Universidad de Málaga para el periodo 2022-2024 y dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera.

Isabel L.
MARTENS
JIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 23 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Ahora que acaba de ver la luz, de mano de la Ley por el derecho a la vivienda, una nueva reforma de la normativa de ámbito estatal que regula el arrendamiento de vivienda en España, tiene especial sentido y utilidad realizar un análisis y valoración de conjunto de las numerosas modificaciones legislativas que se han sucedido en este ámbito en la última década, con el ánimo de extraer conclusiones que permitan acometer con el mayor acierto posible las que a buen seguro se plantearán en un futuro no muy lejano.

No se trata, obviamente, de realizar una mera recopilación o exposición cronológica de las modificaciones legislativas, sino de poner el énfasis en los objetivos que cada una de ellas ha perseguido y en los instrumentos que se han utilizado para alcanzarlos. Es claro que los fines de cada una de las reformas han estado motivados por el contexto socio-económico y por la situación del mercado arrendaticio o, más en general, del mercado de vivienda, pero también por las prioridades del legislador de turno. Y, desde luego, ha sido el legislador el que, en cada momento, ha tomado decisiones sobre las normas a incorporar para la consecución de los objetivos que perseguía y sobre los instrumentos normativos para hacerlo. El acierto o desacierto de las iniciativas legislativas no siempre puede determinarse en el mismo momento en el que se adoptan, y por ello su fracaso es a veces excusable, pero lo que no es en absoluto excusable es no aprender de la experiencia previa. Este es el sentido de la investigación que se presenta. Resulta sensato, incluso imprescindible, volver la vista al pasado más reciente para, tras identificar errores y aciertos, mantener el camino emprendido o, en su caso, cambiar de senda.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento de vivienda; limitación a la renta; prórrogas extraordinarias; derecho a la vivienda; oferta limitada; índice de precios de referencia; evaluación de impacto de las normas.

ABSTRACT: *Now that a new reform of the state-level legislation regulating the renting of housing in Spain is about to be introduced by the Law on the Right to Housing, it makes particular sense and is of considerable use to carry out an overall analysis and assessment of the numerous legislative modifications that have taken place in this area over the last decade, with the aim of drawing conclusions that will allow us to tackle those reforms that will surely be proposed in the not too distant future with the greatest possible success.*

It obviously is not a mere compilation or chronological account of the legislative modifications, but rather an emphasis on the purposes that each of them has pursued and the legal instruments that have been used to achieve them. It is clear that the aims of each of the reforms have been prompted by the socio-economic context and the situation of the rental market or, more generally, the housing market, but also by the priorities of the legislator in office. And, of course, it has been the legislator who, at each moment, has taken decisions on the rules to be incorporated in order to achieve the objectives pursued and on the regulatory instruments to do so. The success or failure of legislative initiatives cannot always be determined at the very moment they are adopted, and therefore their failure is sometimes excusable, but what is by no means excusable is not learning from previous experience. This is the point of the research presented here. It is sensible, even essential, to look back at the most recent past in order to identify mistakes and successes which will allow us to either maintain the path taken or, if necessary, change direction.

KEY WORDS: *Housing lease; rent limitation; extraordinary renewal; right to housing; limited housing stock; reference price index; impact assessment of regulations.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.- III. LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DE ALQUILER DE VIVIENDAS.- IV. BREVE REFERENCIA A LA LEY 2/2015, DE 30 DE MARZO, DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA.- V. EL REAL DECRETO-LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.- VI. MEDIDAS EXCEPCIONALES: COVID-19 Y GUERRA EN UCRANIA.- VII. LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.- VIII. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.- IX. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) es el cuerpo legal encargado de regular los arrendamientos cuyo uso esté destinado a vivienda y aquellos otros arrendamientos urbanos destinados a usos distintos. De interés para este artículo son solamente los primeros, debiendo definirse, por ello y en primer lugar, a qué se refiere la ley cuando habla de "arrendamientos de vivienda". Según el art. 2 LAU el arrendamiento será de vivienda cuando su objeto sea una edificación habitable y el destino sea cubrir una necesidad permanente de vivienda del arrendatario o, como añade el art. 7 LAU, de su cónyuge no separado de hecho o legalmente, y/o sus hijos dependientes. Si bien parece sencilla la definición, no ha estado falta de controversia en la práctica judicial[1] y en la doctrina[2]. No obstante, no es el análisis de esta controversia el

1 En este sentido, cabe traer a colación el elevado número de procedimientos judiciales en los que se ha debatido si el arrendamiento de habitaciones con derecho a usar zonas comunes de la propia vivienda tiene cabida en la definición del art. 2 LAU o si, por el contrario, debe quedar bien relegado al "arrendamiento para uso distinto de vivienda" o directamente excluido del ámbito de aplicación de la LAU. Resuelven que el arrendamiento de una habitación con derecho a usar zonas comunes participa de la definición del art. 2 LAU, entre otras, las siguientes sentencias: SAP Islas Baleares 12 junio 2018 (ROJ: SAP IB 1112/2018; ECLI:ES:APIB:2018:1112); SAP Zaragoza 26 octubre 2006 (ROJ: SAP Z 2355/2006; ECLI:ES:APZ:2006:2355); SAP Barcelona 18 mayo 2005 (ROJ: SAP B 5124/2005; ECLI:ES:APB:2005:5123); SAP Santa Cruz de Tenerife 19 abril 2004 (ROJ: SAP TF 761/2004; ECLI:ES:APTF:2004:761); SAP Lugo 5 diciembre 2005 (ROJ: SAP LU 1241/2005; ECLI:ES:APLU:2005:1241); SAP Asturias 7 septiembre 2005 (ROJ: SAP O 3419/2005; ECLI:ES:APO:2005:3419). La solución contraria, mayoritaria en la jurisprudencia, se recoge en las siguientes sentencias: SAP Madrid 26 septiembre 2017 (ROJ: SAP M 12601/2017; ECLI:ES:APM:2017:12601); SAP Madrid 27 marzo 2012 (ROJ: SAP M 5397/2012; ECLI:ES:APM:2012:5397); SAP Madrid 13 diciembre 2006 (ROJ: SAP M 16230/2006; ECLI:ES:APM:2006:16239); SAP Madrid 28 marzo 2019 (ROJ: SAP M 2936/2019; ECLI:ES:APM:2019:2936); SAP Madrid 10 julio 2007 (ROJ: SAP M 8930/2007; ECLI:ES:APM:2007:8930); SAP Madrid 14 abril 2014 (ROJ: SAP M 6122/2014; ECLI:ES:APM:2014:6122); SAP Ciudad Real 14 septiembre 2017 (ROJ: SAP CR 891/2017; ECLI:ES:APCR:2017:891); SAP Valladolid 15 diciembre 2015 (ROJ: SAP VA 1306/2015; ECLI:ES:APVA:2015:1306); SAP Barcelona 8 mayo 2008 (ROJ: SAP B 4276/2008; ECLI:ES:APB:2008:4276); SAP Barcelona 7 junio 2012 (ROJ: SAP B 7857/2012; ECLI:ES:APB:2012:7857); SAP Islas Baleares 20 mayo 2010 (ROJ: SAP IB 1022/2010; ECLI:ES:APIB:2010:1022); SAP Vizcaya 21 julio 2006 (ROJ: SAP BI 1554/2006; ECLI:ES:APBI:2006:1554); SAP Las Palmas 7 octubre 2008 (ROJ: SAP GC 2635/2008; ECLI:ES:APGC:2008:2635).

2 Guilarte Gutiérrez, V.: "Artículo 2. Arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dirs. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 30, sitúa la dificultad en la precisión de los elementos que enumera el artículo y que determinan la configuración del arrendamiento de vivienda, en concreto: "la idea de edificación, su cualificación como habitable, su destino primordial y, por último, la labor de averiguar cuál pueda ser la necesidad

• Isabel L. Martens Jiménez
Investigadora y PSI en la Universidad de Málaga. Correo electrónico: martens@uma.es

objetivo de este artículo, sino extraer conclusiones sobre las distintas reformas que se han llevado a cabo en el ámbito del régimen arrendaticio de vivienda, las razones de política legislativa que han motivado las mismas y el mayor o menor acierto que en la práctica han tenido las modificaciones realizadas. En cuanto al ámbito temporal de las reformas, se ha considerado apropiado acotarlo a los últimos diez años, no solo por cuanto que la mayoría de las reformas se han llevado a cabo en ese ínterin, sino por el gran número de reformas y las motivaciones tan diversas que las han justificado. Como se verá, no son solo diversas las razones para reformar el arrendamiento de vivienda, sino también los instrumentos normativos que se han empleado para ello, oscilando entre leyes que han seguido los trámites apropiados para reformas de importante calado y alcance, abarcando el texto completo de la ley (por ejemplo, la reforma de 2013) o aspectos puntuales de la misma (por ejemplo, la reforma de 2015); y decretos-leyes, para el mismo fin de reforma íntegra de la ley, pero utilizando una vía de urgencia y reservada a supuestos extraordinarios (por ejemplo, las reformas de 2018 y 2019) o para reformar aspectos concretos de la ley por concurrir circunstancias excepcionales, como la pandemia mundial iniciada en el año 2020 como consecuencia de la enfermedad COVID-19. Así pues, se analizará la conveniencia del uso de uno u otro instrumento legal, la suficiente o insuficiente justificación para ello y los efectos y consecuencias de dichas reformas.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.

Con carácter previo al análisis de las distintas reformas efectuadas en la última década, es preciso partir del texto original de la LAU y de las razones que motivaron su publicación en 1994. Solo partiendo de estas razones se puede apreciar realmente si ha habido cambios importantes en el pensar político, jurídico y económico que responde a las distintas reformas y si ese cambio se debe a las circunstancias sociales y jurídicas que afectan al sector de la vivienda, o si, por el contrario, se debe a otras motivaciones ciertamente alejadas de las necesidades de los ciudadanos que demandan una vivienda en régimen de arrendamiento. También será imprescindible conocer los objetivos de la ley a efectos de determinar si se les dio cumplimiento y, en caso contrario, de determinar cuáles fueron los defectos de la ley que impidieron alcanzar dichos objetivos o si se debió a nuevas circunstancias que dificultaron que desplegara correctamente todos los efectos deseados.

permanente de vivienda a la que se atiende con este tipo contractual". Valladares Rascón, E; Ordás Alonso, M.: "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, p. 79, entienden que el problema es directamente que el precepto no define el arrendamiento de vivienda, sino que ofrece, únicamente, los elementos imprescindibles para que al arrendamiento se le aplique la normativa proteccionista.

La Exposición de Motivos de la LAU justificó la necesidad de promulgar una nueva ley especial de arrendamientos urbanos a la luz de los efectos negativos que derivaron tanto del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, TRLAU 1964), en cuanto al fracaso en el objetivo de desbloquear la situación de las rentas congeladas[3], como del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica (en adelante, RDL 2/1985), por promover la celebración de contratos de corta duración y provocar el incremento de las rentas[4].

Habida cuenta de que, desde la entrada en vigor del RDL 2/1985, los contratantes podían elegir acogerse o no a la prórroga del TRLAU de 1964, y a la vista, también, de las disposiciones transitorias correspondientes[5], a la fecha de publicación de la LAU de 1994, existían varias posibles situaciones: contratos antiguos sometidos al régimen de prórrogas y con rentas congeladas, contratos nuevos de duración diversa libremente fijada por los contratantes, contratos nuevos de sometimiento voluntario a la prórroga del art. 57 TRLAU 1964, siendo este último escenario el menos probable. Surge, sin embargo, el interrogante de la oportunidad de volver a la libertad absoluta en cuanto a la fijación del plazo de arrendamiento, sin prórrogas, más allá de la tácita reconducción del art. 1566 CC. Según se exponía en el RDL 2/1985, la situación generada por el TRLAU 1964 era una reducción importante de la oferta, es decir, el descenso en el número de contratos nuevos celebrados y, como consecuencia de lo anterior, un aumento de las rentas. Pero este incremento de las rentas no se debía únicamente a ese juego entre oferta limitada y demanda creciente, sino también, sigue diciendo el RDL 2/1985, por cuanto que en dicha renta los potenciales arrendadores ya estaban incluyendo la posible indemnización que debían pagar a los arrendatarios para conseguir la rescisión del contrato, evitando la prórroga indefinida de los mismos[6]. No tuvo en cuenta el legislador que ese mismo temor a la prórroga de los contratos y la congelación de las rentas, no desaparecería tan fácilmente, y que a los propietarios les resultaría mucho más seguro y atractivo un arrendamiento de corta duración, generalizado en toda España en contratos de un año. O quizás sí

3 Fue este, efectivamente, el objetivo del TRLAU 1964, según se exponía en la Ley 40/1964, de 11 de junio, de Reforma de la de Arrendamientos Urbanos, que contenía la autorización al Gobierno para publicar el texto refundido. En concreto decía la citada ley, que: "En orden a los arrendamientos que subsistan el día uno de julio del presente año, esta Ley aborda el problema de la descongelación de la renta. Trata de lograrse a través de un flexible sistema de revalorización (…)".

4 Sánchez Lafuente, F.R.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 354.

5 La Disposición Transitoria del RDL 2/1985 establece que: "Los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, seguirán rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y demás disposiciones vigentes".

6 Así lo dice en la Exposición de Motivos con el siguiente tenor literal: "(…) los alquileres iniciales se fijan en unos altos niveles como consecuencia de que el propietario, al contratar, tiene presente la eventual indemnización que debe pagar al arrendatario para que acepte la rescisión del contrato".

lo tuvo en cuenta, pero no suponía una consecuencia indeseada inicialmente para el legislador, siempre y cuando la oferta aumentara y los precios disminuyeran. Un argumento a favor de esta última posición es que en la Exposición de Motivos se hiciera especial hincapié en el estatuto de los jóvenes y su dificultad para asumir los precios de los alquileres, así como en la mayor movilidad geográfica de los recursos humanos. Los destinatarios -jóvenes y demandantes de vivienda por movilidad geográfica- tienen perfiles menos estables.

En resumen, el RDL 2/1985 tenía un objetivo muy concreto y a corto plazo cual era el de conseguir aumentar la oferta y disminuir los precios cada vez más altos del mercado arrendaticio. Otras reformas necesarias para mejorar el acceso a la vivienda en régimen de arrendamiento y que perduraran en el tiempo, debían abordarse en un instrumento normativo apropiado para una contienda de tal envergadura: una ley ordinaria. Así se aclaraba en la propia Exposición de Motivos del RDL 2/1985: "Esta reforma, no obstante, sólo afectará a los contratos que se celebren a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, pues tanto la complejidad de la materia como la trascendencia social de revisar la situación de los contratos en vigor aconsejan que se realice a través de una ley ordinaria, que se enfrente no sólo a aspectos parciales, sino a la problemática de los arrendamientos urbanos en su conjunto".

Volviendo a la LAU de 1994, los efectos negativos del TRLAU de 1964 y del RDL 2/1985, según su Exposición de Motivos, impedían que el arrendamiento de vivienda ocupara una posición asimilada al acceso a la vivienda en régimen de propiedad[7]. Esto es, la compraventa seguía (y sigue a día de hoy[8]) siendo la opción preferida por los ciudadanos en España. En el año 1994 se establecía el porcentaje de tenencia en arrendamiento en el 18 por ciento, un porcentaje que el legislador pretendía acercar al del mercado de compraventa, entre otras actuaciones, mediante la publicación de una ley que sirviera para atraer a los ciudadanos hacía el alquiler. Jurídica o, en concreto, constitucionalmente, hablando, el legislador pretendía dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 47 de nuestra Constitución de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada que asiste a todos los españoles (cfr. art. 47 CE[9]).

7 León-Castro, J. y De Cossio, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994,* Comares, Granada, 1995, p. 17, sitúan la falta de interés o preferencia de los ciudadanos en acceder a la vivienda en régimen de arrendamiento en la sucesión de situaciones de desequilibrio extremo generado por el TRLAU de 1964, a favor del arrendatario, y el RDL 2/1985, para el arrendador.

8 Según la estadística "distribution of population by tenure status, type of household and income group" realizada por EUROSTAT, en España el porcentaje de tenencia en régimen de arrendamiento asciende al 22 por ciento. Esta estadística se puede consultar en: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02__custom_6392391/default/table?lang=en [fecha de última consulta: 30 de mayo de 2023].

9 Artículo 47 CE: "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer

Para lograr el objetivo anunciado las principales novedades que introduce la LAU en 1994 están relacionadas con la duración del contrato. Se atisba ya un patrón en las reformas practicadas en el mercado arrendaticio: la duración. En concreto, se mantiene la libertad de los contratantes para definir la duración del contrato. De no fijarse ninguna, se suple la ausencia por la ley estableciendo una duración inicial de un año. No obstante lo anterior, y siempre que la duración sea inferior a cinco años, el contrato será prorrogable por plazos anuales hasta alcanzar esa duración. Es una prórroga forzosa, en cierto sentido, para el arrendador, y voluntaria para el arrendatario. No es, sin embargo, asimilable a la prórroga forzosa del TRLAU de 1964, pues, si bien se prevén subrogaciones *mortis causa* e *inter vivos*, se limitan a la duración fijada en el contrato o a la duración mínima de cinco años. Otra medida para evitar desincentivar a los propietarios que valoren ofrecer su vivienda en el mercado arrendaticio, es la de otorgarle la facultad de oposición a la prórroga cuando concurra una causa de necesidad de uso de la vivienda en su persona. La necesidad, eso sí, debe ser conocida en el momento de celebración del contrato, sin que se pueda oponer el arrendador a la prórroga alegando una necesidad sobrevenida.

Se justifica la duración mínima de cinco años por la estabilidad que le ofrece a las familias, asimilando el arrendamiento al acceso a la vivienda en propiedad. Nótese como el legislador, en esta ley ordinaria y a diferencia de lo dispuesto en el RDL 2/1985, destaca entre los destinatarios de la norma a las "unidades familiares"[10], frente a los jóvenes o las personas con necesidades de vivienda por movilidad geográfica. Busca el legislador cierta estabilidad en el instituto del arrendamiento para lograr esa equiparación con la propiedad, sin obviar el miedo y recuerdo de los propietarios e inversores derivados del sistema de prórrogas de las leyes anteriores, pues entiende que "no es un plazo excesivo que pudiera constituir un freno para que tanto los propietarios privados como los promotores empresariales sitúen viviendas en este mercado". Parece pensar el legislador que una duración mínima de cinco años no disminuirá la oferta, sin embargo, no ofrece mayor explicación sobre este punto ni sobre la elección del número de años. En cualquier caso, como ya se ha adelantado, el hecho de que las subrogaciones se limiten en la LAU de 1994, efectivamente, es una novedad frente al TRLAU de 1964 y sí ofrece cierta tranquilidad a los propietarios e inversores. En este sentido, cabe recordar que la prórroga forzosa, en sí misma, no constituía el problema fundamental del TRLAU de 1964, sino el hecho de que se enlazaran las subrogaciones de familiares del arrendatario inicial sin límite temporal, haciendo del arrendamiento una

efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

10 Se dispone en la Exposición de Motivos que el plazo mínimo de duración de cinco años otorga "cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita contemplar el arrendamiento como alternativa válida a la propiedad".

relación perpetua[11]. Se generaba un desequilibrio injusto entre los contratantes, incrementado por constituir contratos de renta baja y por ende no rentables para los propietarios. Pues bien, la LAU de 1994 promete perseguir el equilibrio entre las dos partes contractuales: si la duración mínima favorece al arrendatario, el límite temporal a las subrogaciones protege al arrendador frente a la perpetuidad de los contratos. En este sentido, es importante destacar la Disposición Transitoria 2.ª de la LAU, pues en su apartado B), se refiere precisamente al régimen de subrogaciones aplicable a los contratos celebrados bajo la vigencia del TRLAU de 1964, diferenciando según que la subrogación se produzca por primera vez o, en el momento de entrada en vigor de la LAU, el inquilino sea una de las personas que tenían derecho a subrogarse en la posición del arrendatario original, y limitando dichas subrogaciones tanto subjetiva como temporalmente, anudando la extinción a distintas circunstancias, según quien fuera el subrogado, como el fallecimiento, la edad y la convivencia[12].

11 En este sentido, González Acebes, B.: "La subrogación mortis causa en el contrato de arrendamiento urbano para uso de vivienda", en AA.VV.: (dirs. E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto, Á. Urquizu Cavallé), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 341.

12 En concreto, se establece en el apartado B) de la DT 2.ª: "4. A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento.
El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si esta fuese posterior.
No obstante, si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior.
5. Al fallecimiento de la persona que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24.1 y 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, se hubiese subrogado en la posición del inquilino antes de la entrada en vigor de la presente ley, sólo se podrá subrogar su cónyuge no separado legalmente o de hecho y, en su defecto, los hijos del arrendatario que habitasen en la vivienda arrendada y hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento.
El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior.
No se autorizan ulteriores subrogaciones.
6. Al fallecimiento de la persona que de acuerdo con el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ocupase la vivienda por segunda subrogación no se autorizan ulteriores subrogaciones.
7. Los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de esta disposición al cónyuge del arrendatario, serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.
8. Durante los diez años siguientes a la entrada en vigor de la ley, si la subrogación prevista en los apartados 4 y 5 anteriores se hubiera producido a favor de hijos mayores de sesenta y cinco años o que fueren perceptores de prestaciones públicas por jubilación o invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez el contrato se extinguirá por el fallecimiento del hijo subrogado.
9. Corresponde a las personas que ejerciten la subrogación contemplada en los apartados 4, 5 y 7 de esta disposición probar la condición de convivencia con el arrendatario fallecido que para cada supuesto proceda.
La condición de convivencia con el arrendatario fallecido deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada.

No son las mencionadas las únicas reglas que afectan a la duración del arrendamiento. En la LAU de 1994 se regulan situaciones concretas como el destino del arrendamiento en caso de enajenación de la vivienda o resolución del derecho del arrendador. No se trata exactamente de novedades respecto del TRLAU de 1964,pero sí representan dos circunstancias que parecen preocupar especialmente al legislador. Buena prueba de ello es que en cada una de las múltiples reformas que ha sufrido el régimen arrendaticio de vivienda, la regulación de la enajenación de la vivienda arrendada y la resolución del derecho del arrendador han sido sometidos a cambios legislativos. Pues bien, a diferencia del TRLAU de 1964 en el que simplemente se aclaraba en su art. 57, que regulaba la prórroga forzosa, que el contrato "se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114. Causa 2", en la LAU de 1994 se diferencia entre dos supuestos: la enajenación de la vivienda y la resolución del derecho del arrendador. Para ambos supuestos la solución es la misma: la subrogación del tercero en los derechos y obligaciones del arrendador y, por ende, la continuidad del arrendamiento. Al igual que el TRLAU de 1964, la LAU de 1994 se aparta de la solución del Código Civil que, en su art. 1571 deja a la voluntad del adquirente de la vivienda arrendada la continuidad o no del arrendamiento.

La regulación de la renta y de la fianza también ocupan un foco central de la ley especial, quizás para convencer, nuevamente, a ambas partes contratantes de una normativa mejor respecto a las experiencias anteriores. Así, se mantiene la libertad en la fijación de la renta, así como cierta libertad en la actualización de la misma durante la vigencia del contrato. La libertad de actualizar la renta encuentra su límite en los cinco primeros años, pues quedará limitada a una actualización anual conforme al índice de precios al consumo (en adelante, IPC). Vuelve la libertad de actualización a partir del sexto año de contrato, si bien, en su defecto, se actualizará conforme al IPC. La justificación de esta regulación es la de evitar el estancamiento de las rentas, como ocurriera bajo el régimen anterior, y que, por no ser tratada en el RDL 2/1985, tampoco mejoró a pesar de la desaparición de la prórroga forzosa. Tanto es así, que el legislador previó la necesidad de aplicar esta nueva regulación no solo a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, sino también a los contratos anteriores, esto es, a los contratos que estuvieran vigentes[13].

Serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente ley. En ningún caso los beneficiarios de una subrogación podrán renunciarla a favor de otro de distinto grado de prelación".

13 En efecto, dispone el legislador en su Exposición de Motivos, que: "Esto asegurará, cuando ello sea preciso, que las rentas de los contratos permitan reflejar la realidad del mercado, si esta realidad no hubiera podido trasladarse a la renta por la vía de las actualizaciones previstas". Es la Disposición Transitoria 2.ª, en su

Así pues, en una primera lectura parece que el legislador identificó cuatro problemas: congelación de las rentas y arrendamientos perpetuos en los contratos celebrados durante la vigencia del TRLAU de 1964, de un lado, y rentas muy elevadas y contratos de corta duración, durante la vigencia del RDL 2/1985, de otro. Es a estos cuatro problemas a los que trató de dar solución: respecto de los contratos de corta duración, con una duración mínima traducida en prórrogas anuales hasta alcanzar cinco años de duración; en cuanto a la perpetuidad de los contratos, limitando las subrogaciones a la duración pactada en el contrato o, en su defecto, a la duración mínima; para solucionar la congelación de las rentas, estableciendo la libertad para actualizar la renta por los contratantes y un sistema supletorio para el caso de no determinación por aquellos, y, en cuanto a las rentas elevadas, no se recogen medidas específicas, si bien se entiende que un sistema más atractivo para los propietarios supondrá un aumento de la oferta y el hecho de que la prórroga esté limitada en el tiempo evitará que aquellos tengan que incluir en las rentas el importe de la indemnización a la que tendrían que hacer frente por desahuciar a un arrendatario de un arrendamiento perpetuo. Por otra parte, y para mejorar el acceso a la vivienda en arrendamiento, se limita la cuantía exigible en concepto de fianza a los arrendatarios a una mensualidad de la renta. No obstante lo anterior, se añade en el art. 36.5 que a esa cuantía en metálico se podrá añadir cualquier garantía adicional.

Todas las medidas nombradas tratan, como se repite en la Exposición de Motivos en varias ocasiones, de equilibrar las posiciones de los contratantes o, en otras palabras, de evitar la desconfianza que el TRLAU de 1964 había generado en los propietarios e inversores, y el RDL 2/1985 en los arrendatarios.

III. LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN Y FOMENTO DEL MERCADO DE ALQUILER DE VIVIENDAS.

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que el legislador de 1994 trató de equilibrar las posiciones de los contratantes y lograr un sistema atractivo para los ciudadanos como alternativa al acceso a la vivienda en propiedad. No obstante, los datos indican que en el año 2013 no se había alcanzado dicho objetivo. En efecto, si en 1994 el porcentaje de elección por los ciudadanos del arrendamiento se situaba en un 18 por ciento, en 2013 solo se encontraba en un 17 por ciento[14].

apartado D), la que prevé que el arrendador pueda actualizar la renta previo requerimiento fehaciente al arrendatario, estableciendo las reglas aplicables a cada uno de los regímenes existentes en el momento de la entrada en vigor de la LAU.

14 Este dato es el consignado en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013. En la estadística de EUROSTAT para el año 2013 se indica que se sitúa en un 22.3 por ciento, si bien este porcentaje incluye todas las formas de tenencia distintas de la propiedad, por lo que el porcentaje correspondiente al arrendamiento es menor. Esta información se puede consultar en:

En la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas (en adelante, Ley 4/2013), al presentar el estado actual en España del mercado de alquiler, parecen repetirse ciertos aspectos ya apuntados en la Exposición de Motivos de la LAU de 1994: oferta de vivienda en alquiler insuficiente y rentas muy elevadas. Como novedad, se añade el hecho de que la mayoría de los contratos de arrendamiento de vivienda se celebran entre particulares, destacando la falta de profesionalización de este mercado en España. En esta ley la desconfianza del propietario en el sistema de alquiler se explica a través de una de sus consecuencias más manifiestas y perjudiciales para el mercado: las viviendas vacías y sin ningún uso. Es por ello por lo que uno de los objetivos principales de esta ambiciosa reforma es la de atraer a los propietarios al sistema del alquiler, reducir al máximo el número de viviendas vacías y, consecuentemente, aumentar la oferta y reducir los precios.

Este objetivo anunciado se pretendía conseguir mediante la "flexibilización y dinamización" del mercado. Nuevos términos para luego repetir, como ya lo hiciera el legislador en la LAU de 1994, que lo anterior servirá en la "búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio". Así pues, volvemos a la misma búsqueda de equilibrio que no logró, o al menos no suficientemente, la LAU en 1994[15].

Si el legislador no consiguió alcanzar ese equilibrio con las medidas elegidas en la LAU de 1994, ¿cuáles son las medidas propuestas por el legislador en 2013? y, ¿fueron efectivas? La propia Exposición de Motivos de la Ley 4/2013 resume las medidas fundamentales que deben servir a los propósitos anunciados: mayor libertad para los contratantes, siendo su voluntad prioritaria en muchos aspectos de la ley, disminución del número de prórrogas anuales (de cinco a tres años; y de tres a un año)[16], la posibilidad de que el arrendador, transcurrido el primer año, recupere el uso de la vivienda por necesidad, aun cuando no se hubiera previsto en el contrato, y derecho de desistimiento por el arrendatario en cualquier momento, una vez transcurridos los primeros seis meses del contrato, con posibilidad de pactar una indemnización. A lo anterior se añade la modificación de

https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ILC_LVHO02__custom_3359192/default/table?lang=en [última fecha de consulta: 22 de abril de 2023].

15 Como se verá, y ya se empieza a intuir, la búsqueda del equilibrio es una nota en común en todas las reformas planteadas por el legislador. León-Castro, J. y De Cossio, M.: "Arrendamientos urbanos", cit., p. 18, definen los términos del equilibrio que debería perseguirse en el régimen arrendaticio de vivienda: "En el arrendamiento de viviendas, las claves de cualquier norma futura deberían articularse en torno al equilibrio entre la garantía de una cierta estabilidad temporal y económica para los arrendatarios y la adecuada rentabilidad para el arrendador".

16 Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2012, núm. 4, p. 124, muestra su sorpresa ante la modificación, sobre todo, por cuanto que, según él, los propietarios no se oponen al sistema de prórrogas anuales, ni a la duración concreta de cinco más tres años.

la solución a determinadas situaciones que afectan a la permanencia en la vivienda arrendada (enajenación de la vivienda, resolución del derecho del arrendador), según que el arrendamiento esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. La renta también sufre una modificación, o más bien adición, permitiéndose la sustitución total o parcial de la renta por el compromiso de reformar o rehabilitar la vivienda arrendada. Finalmente, respecto del problema de la proliferación de arrendamientos de viviendas turísticas, que también tiene su incidencia en la disminución de la oferta de arrendamiento de vivienda para uso residencial, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de la LAU o, en su caso, de la normativa proteccionista[17].

La envergadura de la reforma practicada por la Ley 4/2013 se puede apreciar en el número de artículos que modifica: 19 preceptos[18]. De la comparativa de las reformas realizadas por la Ley 4/2013 y de las normas del texto original de la LAU 1994, se llega a la conclusión de que, nuevamente, se reforman aspectos relacionados con la duración y con la renta para conseguir el ansiado equilibrio entre las posiciones de los contratantes, si bien se puede apreciar con facilidad que no es tanto el equilibrio como la flexibilización del régimen lo que se logra.

Para aclarar la afirmación anterior, debemos profundizar en algunas de las reformas propuestas por la Ley 4/2013. Empezando por la duración del contrato, el sistema de prórrogas sufre varias modificaciones: la disminución de las renovaciones anuales para cada prórroga (de cinco a tres años la prórroga del art. 9 y de tres a un año la del art. 10), la flexibilización de los requisitos para que el arrendador pueda recuperar el uso de la vivienda (eliminación del requisito de que la necesidad del arrendador conste en el contrato) y la considerable reducción de la garantía de permanencia en la vivienda arrendada por el arrendatario en el periodo mínimo del art. 9. Este último aspecto requiere mayor explicación, pues responde a un cambio importante y desconocido en el régimen arrendaticio contenido en la legislación especial (si, en cambio, en la legislación común). En palabras del legislador, en su Exposición de Motivos: "(…) es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad. La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas (…) se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario". Y ello, continúa diciendo el legislador, tiene dos consecuencias: la primera, que el arrendamiento no inscrito no pueda surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, la segunda, que el tercero adquirente al que se refiere

17 Sobre este particular, extensamente en Moreno-Torres Herrera, M.L, y Martens Jiménez, I.L., "Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español", *Revista Jurídica del Notariado,* 2021, núm. 112, pp. 271-312.

18 Quedan modificados los artículos 4, 5, 7, 9 a 11, 13 a 20, 23 a 25, 27, 35 y 36.

el art. 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. La afirmación dudosa es la que realiza el legislador a continuación: "Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario". No obstante, si se analizan los arts. 13 y 14 en la versión reformada por la Ley 4/2013, es evidente que esta afirmación no corresponde a la realidad. Hasta el año 2013 si la vivienda arrendada se enajenaba durante los cinco primeros años del contrato, el arrendatario tenía derecho a permanecer en la vivienda hasta tanto hubiera transcurrido ese plazo mínimo. Tras la reforma, en caso de finca inscrita y adquirente de buena fe (art. 34 LH), el arrendatario solo tendría derecho a permanecer en la vivienda arrendada en caso de que el arrendamiento constara inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la enajenación. En caso de que la finca no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad, se adoptaba la solución del art. 1571 CC, esto es, queda a la voluntad del adquirente la continuidad o no del arrendamiento. Igual solución se daba al supuesto de resolución del derecho del arrendador.

La consecuencia de lo anterior es que, si bajo el régimen de la versión original de la LAU 1994, la duración mínima garantizada tenía una sola excepción -la necesidad del arrendador-, bajo el texto reformado por la Ley 4/2013, salvo que el arrendamiento constara inscrito con anterioridad a cualquiera de los escenarios recogidos en los arts. 13 o 14 y, en todo caso, en los supuestos de finca no inscrita en el Registro de la Propiedad, esa duración mínima ya no estaría garantizada, sino sometida a la voluntad del adquirente de buena fe. Reafirmamos, por ende, que el resultado de esta modificación en ningún caso cumple con la promesa del legislador de no menguar los derechos de arrendador y, sobre todo, del arrendatario. Ni siquiera con el objetivo de flexibilizar el régimen, pues es evidente que se añade un requisito fundamental para conseguir, al menos, los mismos derechos que tuviera el arrendatario bajo el texto de 1994: la inscripción en el Registro de la Propiedad[19]. A mayor abundamiento, en algunos casos, ni

19 Quicios Molina, S.M.: "Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbano* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2020, p. 31; Quicios Molina, S.M., "La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* Vol. 2, Núm. 8, diciembre 2012, pp. 9-10; Guilarte Gutiérrez, V., "Artículo 7. Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* (dirs. Fernando Crespo Allué y Vicente Guilarte Gutiérrez), Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 159; Achón Bruñén, M.J.: "Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad", *Diario La Ley,* núm. 8340, 2014. Molina Roig, E.: "La reforma de los arrendamientos de vivienda: el Real Decreto Legislativo 21/2018", *Actualidad Civil,* núm. 2, 2019, p. 4, respecto del RDL 21/2018, en el que se mantenía esta regulación dependiente de la inscripción en el Registro de la Propiedad, tampoco ve razonable que se haga depender la continuidad del arrendamiento o la permanencia del arrendatario en la vivienda de la inscripción en el Registro de la Propiedad del arrendamiento, sobre todo, argumentando que, en la mayoría de países europeos, existe la regla *emptio non tollitlocatum,* para resolver el problema de la enajenación de la vivienda arrendada. Finalmente, De Pablo Contreras, P.: "Alquiler y registro de la propiedad", en AA.VV.: *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s* (dirs. E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto y A. Urquizu Cavallé), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 313, avisa de que la necesidad de inscripción determina, en la práctica, que los arrendatarios no podrán hacer uso de

siquiera la inscripción del arrendamiento servía para garantizar la permanencia del arrendatario en la vivienda. Por ejemplo, en el caso concreto de que se ejecutara una hipoteca inscrita con anterioridad a la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad y quedara adjudicado el inmueble a un tercero. Por mucho que el arrendatario hubiera cumplido con su nueva "obligación" de inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, quedaría extinguido el arrendamiento (art. 13 LAU/2013).

Cabe analizar, a continuación, la nueva configuración del derecho de desistimiento que asiste al arrendatario después de la reforma de 2013. Este derecho ya existía para el arrendatario conforme al texto original de la LAU 1994, no obstante, estaba limitado a aquellos arrendamientos cuya duración pactada fuera superior a cinco años y cinco años hubieran transcurrido ya en el momento del preaviso al arrendador. La reforma de 2013 supone que el arrendatario pueda desistir en cualquier momento, cualquiera que sea la duración pactada, siempre que hubieran transcurrido seis meses desde la celebración del contrato. Bajo ambos regímenes se admite el pacto de indemnización a favor del arrendador. A primera vista, este derecho del arrendatario merece una consideración positiva. Sin embargo, puede cambiar esa aseveración si se analiza esta medida junto con la disminución de la duración mínima y la posibilidad del arrendador de recuperar la vivienda en cualquier momento por causa de necesidad no prevista en el contrato.

Según la Exposición de Motivos, la disminución de la duración mínima de cinco a tres años de la prórroga obligatoria y de tres a uno de la prórroga tácita, tiene la finalidad de "dinamizar el mercado del alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad" y ello permitirá a arrendadores y arrendatarios "adaptarse con mayor facilidad a eventuales cambios en sus circunstancias personales". Pero, cabe plantearse si tiene ese efecto realmente o si por el contrario supone una falta de seguridad y estabilidad para el arrendatario. De un lado, cabe el desistimiento en cualquier momento transcurridos los seis primeros meses, por lo que realmente no era necesaria una reducción de la duración del arrendamiento para el arrendatario que, en cualquier caso, puede desistir del contrato y, además, puede oponerse a la prórroga cumpliendo con los plazos de preaviso correspondientes. De otro lado, el arrendador puede recuperar la vivienda arrendada alegando una causa de necesidad que ni siquiera tiene que constar en el contrato, siempre que hubiera transcurrido el primer año del contrato. En caso de arrendatarios cumplidores, el hecho de que la duración mínima se reduzca a tres años para el arrendador no supone una gran variación, pudiendo recuperar la vivienda en caso de necesidad y sin gran esfuerzo desde el punto de vista formal, mientras que para los arrendatarios la disminución de la duración mínima sí tiene mayores consecuencias. En efecto, la duración más

las medidas previstas en la ley para permanecer en la vivienda, puesto que la mayoría no procederá a la inscripción.

corta frente al régimen anterior supone cierta inestabilidad e inseguridad para el arrendatario que difícilmente podrá convertir la vivienda arrendada en su hogar sabiendo que transcurridos tres años lo más probable es que se dé por terminado el arrendamiento y deberá iniciar nuevamente todos los tediosos trámites para encontrar una nueva vivienda. La inestabilidad e inseguridad mencionada queda incrementada por el hecho de que el arrendador pueda, transcurrido un año, recuperar la vivienda alegando necesidad de ocuparla, y más aún por el hecho de que, de no inscribir el arrendamiento, el contrato puede quedar extinguido en cualquier momento por la enajenación de la vivienda o la resolución del derecho del arrendador.

Alcanzada la conclusión de que el sistema instaurado por la Ley 4/2013 no ofrece seguridad ni estabilidad al arrendatario, y que la consecuencia era la de generar contratos de corta duración, ya fuera por pacto o como consecuencia de la aplicación del régimen expuesto, resulta especialmente contradictoria la adición al art. 17 LAU del apartado 5.º. Según este apartado: "En los contratos de arrendamiento podrá acordarse libremente por las partes que, durante un plazo determinado, la obligación del pago de la renta pueda reemplazarse total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble en los términos y condiciones pactadas. Al finalizar el arrendamiento, el arrendatario no podrá pedir en ningún caso compensación adicional por el coste de las obras realizadas en el inmueble. El incumplimiento por parte del arrendatario de la realización de las obras en los términos y condiciones pactadas podrá ser causa de resolución del contrato de arrendamiento y resultará aplicable lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23". La cuestión es: ¿qué arrendatario decidiría reformar o rehabilitar una vivienda en la que probablemente no permanecerá más de tres años, teniendo en cuenta que parte o la totalidad de ese plazo estará ocupado por la propia reforma, disminuyendo el uso y disfrute de la vivienda por el arrendatario? Distinto sería el supuesto de que las partes hubieran pactado un plazo superior a esa duración mínima, garantizando así que el arrendatario pueda disfrutar de la reforma realizada y no, únicamente, de los inconvenientes de una obra[20].

Si hay una modificación que pueda recibir una valoración positiva es la que realiza la Ley 4/2013 en el art. 25, añadiendo el apartado 8º, referida a la posibilidad de pactar en el contrato la renuncia del arrendatario al derecho de

20 García Teruel, R.M.: "La naturaleza jurídica de la rehabilitación por renta en la Ley de arrendamientos urbanos", en AA.VV: *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s* (dirs. E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto, Á. Urquizu Cavallé), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 315-338, después de aclarar que la Ley 4/2013 no indica en su Exposición de Motivos la razón por la que introduce esta opción, recuerda que la citada norma aparece en un momento en el que se fomenta la rehabilitación de los inmuebles frente a la nueva construcción, a la vez que se trata de equiparar la preferencia de los ciudadanos entre la tenencia en propiedad y en arrendamiento. Buena prueba de lo anterior, se puede observar también en el hecho de que el legislador adoptara conjuntamente la Ley 4/2013, objeto de estudio en este trabajo, y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

adquisición preferente[21]. La Exposición de Motivos de 1994 mantuvo este derecho de adquisición preferente, ya incluido en las leyes anteriores, por considerar que "constituye un instrumento que sin suponer una grave onerosidad para el arrendador incrementa las posibilidades de permanencia del arrendatario en la vivienda". No obstante, desde el punto de vista del arrendador, sí puede suponer una merma en la posibilidad de transmitir la vivienda libremente, por cuanto que la amenaza del ejercicio de un tanteo o retracto puede disuadir a posibles compradores de adquirir la vivienda. Desde el punto de vista del arrendatario, tampoco parece cumplir con esa finalidad de "incrementar las posibilidades de permanencia en la vivienda", pues probablemente no coincida su deseo de adquirir la vivienda y, sobre todo, sus posibilidades financieras de adquirirla con el momento en el que decida el propietario llevar a cabo la venta. En cualquier caso, a través de la reforma se deja en manos de los contratantes el mantenimiento o no de este derecho en el contrato.

Finalmente, se mantiene la libertad en la fijación de la renta, así como en la actualización de la misma durante la vigencia del contrato, si bien se elimina la distinción entre la duración mínima y los años posteriores, dejando a la voluntad de las partes el método de actualización que, solo en defecto de pacto, será el que derive de aplicarle el IPC. Esta libertad absoluta, especialmente atractiva para el arrendador, puede resultar perjudicial para un arrendatario cuya renta inicial, además de conocida sea aceptada y, seguramente, asumible por este. Y ello, por cuanto que un sistema de actualización anual pactado libremente por las partes podría suponer variaciones importantes en esa renta inicial que hagan de una renta asumible una carga demasiado elevada. En cualquier caso, como ha quedado demostrado en la actualidad, tampoco la norma que hace depender la actualización del IPC evita este inconveniente. Este último problema enlaza directamente con la siguiente ley de reforma objeto de estudio en este artículo.

Sin ánimo de exhaustividad, por no considerar que tenga especial incidencia en el éxito o fracaso de la reforma efectuada por la Ley 4/2013 en la mejora del arrendamiento como vía de acceso a la vivienda y alternativa a la propiedad, cabe hacer una breve reflexión sobre la necesidad que vio el legislador de excluir del ámbito de aplicación de la LAU los arrendamientos de viviendas turísticas. En primer lugar, debemos corregir la frase anterior, pues jurídicamente no es exacta. El legislador no excluye del ámbito de aplicación de la LAU -todos- los arrendamientos de vivienda turísticos, sino únicamente aquellos que estén sometidos a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial (cfr. art. 5.e) LAU/2013). La consecuencia de esta norma es que existen dos regímenes

21 Algunos autores incluso estiman que hubiera sido mejor eliminar del todo este derecho del arrendatario. En este sentido, Rodríguez Morata, F.: "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, pp. 839-840.

para los arrendamientos de vivienda turística: se acogen al régimen común (arts. 1542 y siguientes del Código Civil) aquellos arrendamientos de vivienda turística que estén sometidos a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial, esto es, todos aquellos arrendamientos que entren en los distintos ámbitos de aplicación de las normas autonómicas sobre viviendas turísticas; y al régimen especial, todos los demás. Dentro del régimen especial, y como quiera que hasta el momento de introducción de ese apartado e) en el art. 5 LAU el arrendamiento de viviendas turísticas se consideraba integrado en el concepto de arrendamiento de temporada, por mor del art. 3, se regirá por la normativa propia del arrendamiento para uso distinto al de vivienda. Según la Exposición de Motivos, la principal razón detrás de esta reforma es que se esté dando "cobertura a situaciones de intrusismo y competencias desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos". Sin duda, es una cuestión a tener en cuenta, pero ¿no hubiera sido más importante estudiar cómo estaba afectando esa situación a la oferta de arrendamiento de vivienda habitual? Aunque no se haya puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos, ¿el art. 5.e) LAU/2013 ha servido para mejorar la oferta para arrendamientos de vivienda habitual? En cualquier caso, no tiene sentido intentar evitar las situaciones de intrusismo, a las que se refiere el legislador en su Exposición de Motivos, mediante la exclusión de los arrendamientos turísticos de la aplicación de la LAU, por más que esta exclusión fuera una medida sensata por otras razones, como la inadecuación de las normas del arrendamiento de temporada a los arrendamientos turísticos. Lo cierto es que el legislador estatal, sin tener en cuenta las normas sobre competencias legislativas, trata de tranquilizar al sector hotelero con un planteamiento claramente erróneo: el de que una regulación autonómica de las viviendas turísticas, en particular de corte restrictivo, eliminará esa competencia o intrusismo. No ha entendido que la relación contractual es materia de competencia exclusiva del Estado y que no está en manos de las comunidades autónomas la regulación de la los arrendamientos turísticos, aunque sí, desde luego, la regulación de las viviendas turísticas, en tanto que modalidad de alojamiento turístico.

IV. BREVE REFERENCIA A LA LEY 2/2015, DE 30 DE MARZO, DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA.

En el apartado anterior se ha llamado la atención sobre las consecuencias de dejar a la voluntad de los contratantes la fijación del sistema de actualización de la renta que instaura la Ley 4/2013. No obstante, también se adelantaba que otras opciones como, por ejemplo, establecer por ley que la renta se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC, puede ser igualmente perjudicial. Es esta premisa la que adopta la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (en adelante Ley 2/2015), explicando que la práctica indexadora con base en índices generales como el IPC no siempre está justificada

e incluso puede generar "efectos perversos". Se aclara en la Exposición de Motivos que el IPC varía por la subida en los precios de un solo bien, como por ejemplo el petróleo, afectando directamente a otros bienes que no tienen conexión directa con aquel. Así pues, aplicado a la vivienda, puede subir el precio en el mercado de arrendamiento, por la subida de precios en otros mercados como el del petróleo o la alimentación. El principal problema, continúa diciendo el legislador, es la inflación creada y su perdurabilidad en el tiempo, a pesar de la desaparición de la causa que generó la subida de los precios. Incluso apunta las consecuencias de esta inflación: "desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad".

Pues bien, en lo que al arrendamiento de vivienda concierne, es el Capítulo III de la Ley 2/2015, el que establece un nuevo índice a aplicar en defecto de pacto de los contratantes: el Índice de Garantía de la Competitividad (IGC). La Ley 2/2015 establece una regulación para los contratos celebrados entre partes privadas en su art. 7, aclarando que solo procede la revisión de valores monetarios cuando se haya pactado expresamente por las partes y, en caso de que, habiendo pactado la revisión, no se determine cuál deba ser el índice o metodología a aplicar, será el IGC. Ya con esta regulación hubiera sido suficiente, pero para garantizar la seguridad jurídica en los arrendamientos, se modifica expresamente la LAU (cfr. Disposición Final 1.ª).

La Disposición Final 1.ª de la Ley 2/2015 modifica el art. 18 LAU. A partir de la entrada en vigor de la ley, la renta solamente se actualizará si así se ha previsto en el contrato, siendo libres los contratantes para establecer el índice o metodología que consideren oportuno. En caso de recoger en el contrato la voluntad de que la renta sea actualizada anualmente, pero no detallar índice o metodología, se revisará conforme a la variación del IGC.

La importancia de esta regla supletoria se aclara en la Exposición de Motivos de la Ley 2/2015, y es que, se calcula por equivalencia al Índice de Precios al Consumo Armonizado (IPCA) menos una parte de la pérdida de competitividad acumulada por España desde 1999. Si la tasa de variación de este índice está por debajo de cero, se aplicará este valor, mientras que si está por encima del objetivo a medio plazo de inflación anual del BCE, esto es, el dos por ciento, será este el porcentaje a aplicar. La consecuencia directa es que en caso de que los contratantes hubieran pactado en el contrato de arrendamiento la revisión conforme al IGC o si este resulta aplicable por defecto de pacto sobre este extremo, la actualización de la renta nunca podrá ser superior al dos por ciento.

En cualquier caso, la Disposición Transitoria aclara que la modificación a la LAU solo será aplicable a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2015.

V. EL REAL DECRETO-LEY 7/2019, DE 1 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE VIVIENDA Y ALQUILER.

Con la excepción de la modificación del art. 18 LAU por la Ley 2/2015, transcurren cinco años hasta que se publica otra modificación del régimen arrendaticio: el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante RDL 21/2018). La vigencia de este decreto fue corta, pues no consiguió la aprobación del Congreso de los Diputados[22]. Por ello, sin perjuicio de mencionar algunas diferencias entre ambos textos en notas a pie de página, nos referiremos al "segundo intento", el Real Decreto 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, RDL 7/2019) que si logró dicha aprobación.

Este RDL 7/2019 reformó numerosos artículos de la LAU, siendo la versión vigente en el momento de redacción de este trabajo.

La Exposición de Motivos del RDL 7/2019 comienza afirmando que la Ley 4/2013 no tuvo los resultados deseados y prometidos, esto es, aumentar la oferta y disminuir los precios del alquiler, sino, por el contrario, el de situar al arrendatario en una situación de franca debilidad. Aunque se vuelve a anunciar el repetido -y no alcanzado- objetivo de equilibrar las posiciones de los contratantes, en este caso se añade una medida no mencionada previamente: establecer "los necesarios estímulos económicos y fiscales" y ello para mejorar la oferta de vivienda en alquiler. También se anuncia, por primera vez, la necesidad de "reforzar la cooperación con las Administraciones territoriales que tienen la responsabilidad de ejercer en sus respectivos ámbitos la competencia directa en materia de vivienda".

La pregunta de si era necesario recurrir al procedimiento extraordinario y de urgencia para realizar una modificación de la mitad de los artículos que regulan el arrendamiento de vivienda[23], debe recibir una respuesta negativa[24]. Nunca un procedimiento extraordinario y de urgencia es idóneo para realizar un estudio y evaluación suficientemente profundos de la materia a reformar y solucionar problemas que, ni son puntuales, ni son pasajeros o circunstanciales[25], sino que

22 Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

23 Además del art. 4 y 5, en concreto del régimen del arrendamiento de vivienda se modifican los arts. 7, 9, 10, 13, 14, 16, 18, 19, 20 y 25. También queda modificado el art. 36, relativo a la fianza.

24 Montes Rodríguez, M.P.: "Una visión crítica de los recientes cambios en la legislación arrendaticia urbana española", *Revista Boliviana de Derecho,* enero 2022, núm. 33, pp. 207 y 215.

25 García Teruel, R.M. y Nasarre Aznar, S.: "Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2022, núm. 789, año núm. 98, pp. 201 y 202: critican duramente que se utilizara el decreto-ley para la reforma destacando que, para justificar la extraordinaria y urgente necesidad "se citan estadísticas imposibles acerca del total de ingresos que destinaban las familias al pago de la renta y de la población que vive en este régimen de tenencia, datos inconcretos sobre el aumento de los precios del alquiler en indeterminadas zonas o del porcentaje total

atañen a todo el sistema arrendaticio español y existen como mínimo desde los años 50[26]. Se trató de justificar la vía extraordinaria y de urgencia con base en "la grave situación de vulnerabilidad económica y social de un gran número de familias y hogares para afrontar los pagos de una vivienda en el mercado", destacando que en 2017 más del 42 por ciento de los hogares españoles destinaban más del 40 por ciento de sus ingresos al pago del alquiler[27].

Como segundo argumento para usar la vía extraordinaria y de urgencia se señala el hecho de que los precios del mercado de vivienda hayan sufrido un incremento, debido, según la Exposición de Motivos, a la creciente actividad turística. Contestando a la pregunta que formulábamos sobre la efectividad del art. 5.e) LAU/2013 para mejorar la oferta, es evidente que no y, además, se ha generado un incremento de los precios, según la Exposición de Motivos del RDL 7/2019.

El tercer argumento se centra en la escasez del parque de vivienda social, y el cuarto en el incremento progresivo de los desahucios de arrendatarios. En este punto se destaca especialmente el hecho de que los desahucios como consecuencia de procedimientos de ejecución hipotecaria hayan disminuido, mientras que los desahucios de arrendatarios han aumentado y siguen incrementándose "a un ritmo anual muy próximo al 5%".

Pero es precisamente la propia Exposición de Motivos la que ofrece el mejor contra argumento al uso del decreto-ley para realizar una reforma de este calado. Así, proclama que: "Ante esta situación, es urgente adoptar medidas para corregir los efectos de la reforma practicada en la regulación de los contratos de arrendamiento en 2013, ampliando los plazos legales e introduciendo en el

que representa el parque de vivienda social y, en muchas ocasiones, sin mencionar la fuente de dichos datos".

26 Aunque la fecha puede ser dudosa, por cuanto que también existían problemas con anterioridad a la misma, lo cierto es que el porcentaje de ciudadanos disfrutando del régimen de alquiler de una vivienda en los años 50, representa el mejor porcentaje conocido. En consonancia con los dispuesto en el Boletín Especial de Alquiler Residencial de 2019, que recoge datos del INE, publicado por el Observatorio de Vivienda y Suelo, en 1950, el porcentaje de arrendamientos -51 por ciento-, era superior al de tenencia en propiedad en España -49 por ciento-. Esta información se puede consultar en: https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW064 [fecha de última consulta: 31 de mayo de 2023]. La justificación a la inversión que se produce a partir de la fecha indicada en la elección por los ciudadanos del régimen más atractivo se sitúa, según Borgia Sorrosal, S., Fernández López, M.A. y Navau Martínez-Val, P.: "La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, mayo 2011, núm. 24, p. 189, en que el legislador, eligió establecer una normativa proteccionista para el arrendatario, sin necesidad de promover el arrendamiento mediante incentivos que, por el contrario, se reservaron para la compraventa. García Teruel, R.M.: "Spanish law of residential leases: Historical developments and current regulation and trends", *Revista Electrónica de Direito,* Octubre 2017, núm. 3, pp. 6 y 7, muestra la disminución del porcentaje de arrendamientos en España desde 1950 en adelante.

27 Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 593, critica los datos consignados en la Exposición de Motivos del RDL 7/2019 para justificar la urgencia, por cuanto que explica que no son datos veraces a la vista de los datos publicados por el INE.

procedimiento de desahucio mecanismos que sirvan para responder a la grave situación que viven los hogares más vulnerables, estableciendo plazos y garantías en el proceso". Pues bien, parece contradictorio que el legislador de 2013 no haya podido prever las graves consecuencias que para el acceso y permanencia en la vivienda arrendada podía generar la reforma, usando para ello el procedimiento ordinario, pero se consiga corregir los efectos de dicha reforma mediante un proceso urgente y extraordinario, en el que no se realice un adecuado estudio de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales de las medidas que se adopten.

En cualquier caso, y para ver si se logran los objetivos anunciados en la Exposición de Motivos, se analizarán a continuación las principales reformas que introduce el RDL 7/2019. En concreto, habrá que verificar si las normas reformadas son las mismas que ya fueran objeto de modificación en anteriores ocasiones o si se añade alguna norma distinta a las anteriores o se abarca una reforma integral de la ley[28]. No es necesario hacer un estudio demasiado exhaustivo de la reforma para ver que el legislador repite el mismo error que en ocasiones anteriores, realizando una reforma sesgada de la legislación e, incluso, limitándose a recuperar normas del texto original de 1994[29], aun a pesar de ser conocida ya su falta de eficacia para cumplir los objetivos de mejorar el acceso a la vivienda a través del arrendamiento. Tanto es así, que el propio legislador en su Exposición de Motivos destaca como una de las principales y más importantes reformas del Real decreto que los plazos de la prórroga obligatoria y tácita sean nuevamente de cinco y tres años, respectivamente. "Se recuperan los plazos establecidos con anterioridad a la reforma liberalizadora…", dice el legislador, y añade, como única novedad, un plazo diferente en caso de arrendador persona jurídica (siete años). La justificación es devolverle al arrendatario la estabilidad o "una mayor estabilidad" que la que resultaba de una prórroga obligatoria de tres años y tácita de un año. La pregunta que surge automáticamente es ¿acaso ofrecía esa prórroga de cinco años del texto original de 1994 estabilidad al arrendatario?[30]

28 Coincidimos con la crítica que expone Nasarre Aznar, S.: "Los años, cit., p. 592: "Difícilmente puede desarrollarse un marco funcional para los arrendamientos urbanos si no se realiza una reforma integral, coherente y compensada. Claramente, estos proyectos no perseguían hallar el equilibrio ponderado para los intereses de ambas partes de la relación arrendaticia (…), sino que volvían a la legislación pendular, según la cual, en esta ocasión, había que favorecer a los arrendatarios". El problema de la forma pendular de legislar no empieza con la LAU de 1994, se extiende a la normativa especial anterior. En este sentido: Avilés García, J.: "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 34/2014. Todo ello, no hace sino apoyar la idea de que el legislador tiene que abandonar esta técnica.

29 En iguales términos, Quicios Molina, S.M., "Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbano* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 25 y 26.

30 Nasarre Aznar, S.: "Los años", cit., p. 591, tras exponer las distintas posibilidades que se barajaban -volver a la duración que establecía la LAU en 1994 o diferenciar entre personas físicas y jurídicas-, critica que todas las opciones mantuvieran la prórroga obligatoria, sin plantear otras opciones como diferenciar dos tipos de contrato, uno de corta duración y otro de duración indefinida. En iguales términos, nos pronunciamos en Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2021, núm. 4, pp. 92-96. Por su parte, Molina

Otro ejemplo de que el legislador en esta reforma no hace sino revertir lo que hiciera el legislador de 2013, es la eliminación de la referencia que se hacía a la necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad para recibir la protección o garantía de no desalojo en caso de enajenación de la vivienda o resolución del derecho del arrendador[31]. Siendo este un cambio especialmente relevante en el régimen arrendaticio de vivienda, por cuanto que puede significar la permanencia o no en la vivienda arrendada durante el periodo mínimo fijado por la ley, aun a pesar de no inscribirse el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, cuando concurran los supuestos de enajenación de la vivienda o resolución del derecho del arrendador, no se explica que el legislador obviara toda mención a esta reforma en su Exposición de Motivos. No queda aclarada, por ende, la motivación detrás de esta modificación.

En efecto, se elimina la referencia contenida en la LAU/2013 que hacía depender los efectos frente a terceros de la inscripción en el Registro de la Propiedad del arrendamiento celebrado. Es esta la línea inspiradora del resto de modificaciones introducidas, puesto que, al no hacer depender los efectos frente a terceros de la inscripción, sino de la dispuesto en la propia ley, cambian radicalmente las soluciones a las situaciones que pueden afectar a la permanencia en la vivienda del arrendatario. Así pues, se mantiene la prórroga obligatoria aun en caso de arrendamiento de vivienda ajena, de enajenación de la vivienda y de resolución del derecho del arrendador. En cambio, no deberá el tercero soportar una duración superior a la derivada de la prórroga obligatoria, salvo que conste inscrito el arrendamiento y, consecuentemente, esa duración superior, y no se hubiera pactado la extinción del arrendamiento para el caso de enajenación.

Roig, E.: Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo, Valencia. Tirant lo Blanch, 2018, p. 693, también prevé dos tipos de contratos: temporal e indefinido, pero para ellos propone un sistema de prórrogas, que, a su vez, incluye la posibilidad de la duración indefinida, sobre todo, para supuestos de falta de pacto sobre la duración, o de incumplimiento de una duración mínima. En definitiva, como dice Achón Bruñén, M.J.: "La duración de los contratos de arrendamiento de vivienda y el régimen de prórroga forzosa tras la Ley 4/2013", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* 2014, núm. 109, refiriéndose a la reforma efectuada por la Ley 4/2013 en la duración de los arrendamientos, "la disparidad de regímenes legales coexistentes, en función del momento en que haya sido concertado el contrato, es un claro exponente de que la duración de los arrendamientos de vivienda es una cuestión de mera política legislativa".

31 Para ilustrar esta afirmación, sirva el siguiente ejemplo referido a la enajenación de la vivienda -el art. 14 LAU-. En la versión de 2013, el hecho de que el adquirente quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador-vendedor, solamente se dará en caso de que el arrendamiento conste inscrito en el Registro de la Propiedad, siempre, eso sí, que ese adquirente cumpla con los requisitos enumerados en el art. 34 LH. Mediante la remisión al art. 1571 CC se resuelve el supuesto de que la finca no se hallare inscrita en el Registro de la Propiedad. Ello quiere decir que el adquirente podrá decidir entre la continuidad o no del arrendamiento. Pues bien, el legislador de 2019, no hace sino acoger -de nuevo- la solución de 1994: el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante cinco (o siete) años, aun cuando concurran en él los requisitos del art. 34 LH. Pero, este mismo adquirente de buena fe del art. 34 LH, solo deberá soportar el arrendamiento durante esos cinco años, aun en caso de que la duración pactada fuera superior a ese número de años. Igualmente, solo durará cinco años el arrendamiento si las partes -arrendador y arrendatario- hubieran pactado la extinción en caso de enajenación de la vivienda.

Al hilo de lo anterior, podemos adelantar la siguiente conclusión: los arts. 9, 10, 13 y 14, que representan uno de los pilares fundamentales de la regulación del arrendamiento de vivienda -duración, enajenación de la vivienda y resolución del derecho del arrendador-, no han sido "reformados" por el RDL 7/2019, simplemente han sido "recuperados" los preceptos de la LAU en su texto original de 1994. Los matices introducidos son mínimos. No cabe sino pensar que lo que el legislador pretendía era volver al menor de los males, utilizando la vía de urgencia para ello.

Por lo que se refiere a la renta y al resto de obligaciones económicas del arrendatario -que constituye uno de los grandes pilares de la normativa arrendaticia, al menos en ciertas épocas- no se introduce en esta ocasión más novedad que el establecimiento de un tope máximo a la actualización, que no podrá superar el IPC. Sí se modifican, en cambio, las garantías adicionales. En concreto, se limitan las garantías adicionales en contratos de hasta cinco o siete años de duración a dos mensualidades de renta. Para un arrendamiento de vivienda, esto supone que los arrendadores podrán exigir del arrendatario el abono de una cantidad equivalente a tres mensualidades de renta (una, en concepto de fianza en metálico, y dos, en concepto de garantía adicional). Si esta medida trataba de favorecer el acceso a la vivienda de los potenciales arrendatarios, la realidad es que se consigue el efecto inverso. La combinación de la libre determinación de la renta y de la limitación en cuanto a las garantías exigibles por los arrendadores, supone que los arrendadores demanden como fianza y garantías adicionales el máximo posible (tres mensualidades) y, si consideran que no cubre los posibles daños, simplemente establecerán una renta inicial superior. Esto es, en un mercado con oferta limitada, las limitaciones no se respetan. Ergo, dificultando el acceso a la vivienda de los potenciales arrendatarios. Por parte del arrendatario, el hecho de que se les exija el pago de tres mensualidades y, normalmente, de la primera mensualidad en concepto de renta, será muchas veces un imposible, sin recurrir a una financiación externa.

Todos estos aspectos y consecuencias eran ya conocidos, al haber sido estudiados en otros ordenamientos. Quizás debió pensarse en otras medidas, como el fraccionamiento del pago de las garantías económicas que deba asumir el arrendatario.

En esta ocasión se incorporan también reformas fiscales. La Exposición de Motivos anuncia que la protección del arrendatario debe estar acompañada por medidas que logren aumentar la oferta de vivienda destinada a arrendamiento, tanto pública como privada. Por ello, se autoriza a los ayuntamientos para establecer mediante ordenanza fiscal una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto regulado en el Texto Refundido de la Ley Reguladora

de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, para bienes inmuebles destinados a alquiler de vivienda con renta limitada por una norma jurídica, esto es, para aquellos sometidos a un régimen de protección pública o viviendas en alquiler social. Nada se dice, en cambio, de ofrecer incentivos a propietarios que destinen sus inmuebles a arrendamientos en el mercado privado o libre[32]. Por lo tanto, es una medida destinada exclusivamente a aumentar la oferta de vivienda en alquiler público o social, pero no sirve para aumentar la oferta de vivienda libre.

Otra medida anunciada es la creación de un sistema de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda, cuyo objetivo es garantizar la transparencia y conocimiento de la evolución del mercado y poder aplicar políticas públicas que incrementen la oferta de vivienda asequible, así como la previsión de medidas de política fiscal. En la actualidad, ya se puede acceder al sistema estatal de índices de alquiler de vivienda[33]. En cualquier caso, como se explica en la Disposición Adicional 2.ª del RDL 7/2019, se trata de una herramienta que, por sí sola, no va a servir para aumentar la oferta, ni para mejorar el acceso a la vivienda, pero la existencia de datos del mercado arrendaticio español ya es, en cierta medida, un primer paso.

En cualquier caso, y a modo de conclusión preliminar, no ha servido esta reforma para mejorar el acceso a la vivienda ni para convertir el arrendamiento en una alternativa atractiva para los ciudadanos. Por el contrario, nos encontramos en una situación de rentas muy elevadas e inabarcables para muchos ciudadanos. Como veremos, el legislador estatal ha considerado que la única opción que queda ya por probar es la contención de las rentas[34].

32 Crítica compartida por Nasarre Aznar, S.: "Los años", cit., p.595: "Con este nuevo régimen nacido del RDL 7/2019, el legislador está avalando que alquilar es una carga, un gravamen para el arrendador, obligando a las personas jurídicas a 'mantener' a sus inquilinos más tiempo (que las personas físicas), en lugar de haber adoptado una aproximación positiva e incentivadora (con beneficios fiscales, corresponsabilidad con la vivienda, vías de escape en caso de antieconomicidad, etc.) de los arrendamientos *open ended*. El legislador fuerza duraciones mínimas a los arrendadores ('castigando' más a las personas jurídicas) que, de otro modo, el legislador presupone que harían contratos breves; pero lo que no comprende es que los hacen precisamente porque el marco normativo del que disponemos no les predispone a arrendar a largo plazo, a dignificar el arrendamiento como forma de tenencia".

33 Se puede acceder al índice en este enlace: https://www.mitma.gob.es/vivienda/alquiler/indice-alquiler [fecha de última consulta: 4 de mayo de 2023].

34 Apoya esta necesidad Noguera Fernández, A.: "Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 25: "En este escenario, la única manera de asegurar la estabilidad y asequibilidad para los inquilinos, consiste en la aprobación de leyes que controlen o establezcan límites a los precios de los alquileres y la adquisición de vivienda por la administración para la creación de un parque público de alquiler social". A lo anterior añade Aparicio Wilhelmi, M.: "La vivienda como derecho y la limitación de la propiedad privada y del mercado: comentarios a propósito de la ley catalana 11/2020 de contención de precios del alquiler", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 83, que la contención de rentas serviría para fomentar la continuidad de los alquileres, por cuanto "al final de la vigencia del contrato el propietario no va a poder subir de modo desproporcionado el alquiler buscando un mejor postor", se consigue evitar lo que el autor denomina "desahucios invisibles". Por su parte, Collado gosálvez, I.: "Comentarios y

VI. MEDIDAS EXCEPCIONALES: COVID-19 Y GUERRA EN UCRANIA.

Se estudian a continuación reformas pensadas para estar en vigor un corto espacio de tiempo y muy específicas adoptadas por el legislador como consecuencia de la pandemia mundial derivada de la enfermedad COVID-19, así como de la situación económica y social generada en España por la guerra en Ucrania. En estos casos, sin duda, se dan los presupuestos de extraordinaria y urgente necesidad que justifican el recurso al decreto-ley.

A la situación de necesidad en la que la pandemia dejó a muchas personas y familias para hacer frente a su situación habitacional atiende el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (en adelante RDL 11/2020) por medio de tres grandes medidas: la suspensión de los desahucios, la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento y la moratoria de la deuda arrendaticia.

El RDL 11/2020 se aprueba para paliar las dificultades económicas a las que se enfrentaron los hogares durante la declaración del estado de alarma en nuestro país como consecuencia de la pandemia mundial[35]. El legislador describe los efectos del estado de alarma, en concreto, de las restricciones a la movilidad de los ciudadanos y la paralización de la actividad en muchos sectores. Principalmente, se refiere a las "importantes pérdidas de rentas para hogares, autónomos y empresas" que dificultaron el cumplimiento de las obligaciones económicas de los arrendatarios frente a los arrendadores. En realidad, el rango al que se refiere es mucho más amplio, pues se extiende en general a las familias y colectivos vulnerables que "han

discusiones sobre la regulación del alquiler en el proyecto de ley por el derecho a la vivienda en el Estado español: regular, incentivar o desmercantilizar", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 127, respondiendo a la crítica realizada por el CGPJ en su informe al proyecto de Ley por el derecho a la vivienda de que este cumpla con los principios de la proporcionalidad, adecuación y necesidad, en cuanto a la medida de contención de rentas, el autor responde que: "en cuanto a la proporcionalidad, la medida no está enfocada a expropiar el disfrute de las rentas por el patrimonio inmobiliario, si no, más bien, a matizar y limitar los precios respecto a los desproporcionados niveles de beneficios que nos encontramos en la actualidad", en cuanto a la adecuación, señala que debe atenderse a los resultados que, a su parecer han sido beneficiosos y, finalmente, declara la ausencia de toda duda sobre la necesidad de la medida, a la vista de las circunstancias que rodean la cuestión residencial.

35 No obstante, como aclara Rodríguez Ríos, S.F.: "La protección de colectivos vulnerables en los procesos de desahucio: una mirada crítica a la limitación del derecho de propiedad", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 507, el elevado número de prórrogas que se han aprobado desde su entrada en vigor ha supuesto una extensión de su ámbito de aplicación a otros colectivos en situación de vulnerabilidad, sin necesidad de probar que la vulnerabilidad se debe a la COVID-19. En iguales términos, Sánchez Lafuente, F.R.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 365. Por su parte, Quicios Molina, M. S.: "COVID y Arrendamientos de Vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM Extraordinario,* 2021, Tomo II, p. 186, explica que, como consecuencia de la extensión de la vigencia de las medidas extraordinarias, por mucho que se persiga "el loable propósito de proteger a los arrendatarios de vivienda más vulnerables", es cuestionable la constitucionalidad por su "permanencia temporal más allá de lo razonable en detrimento de la propiedad y derechos ya adquiridos".

visto afectados sus ingresos y, por consiguiente, su capacidad para hacer frente a los gastos necesarios para el mantenimiento de sus hogares". Es evidente que estas dificultades no se circunscriben a los ciudadanos cuya situación habitacional sea en régimen de arrendamiento, pues la pandemia y las consecuencias de la declaración del estado de alarma ha afectado a todos los sectores y a todas las personas. A la vista de esta afección generalizada, el legislador incluye una matización relevante en su Exposición de Motivos y es que las medidas que se adopten en beneficio de los arrendatarios u ocupantes en situación de vulnerabilidad, no deben suponer un perjuicio grave al arrendador o propietario. Habla el legislador de "un equilibrio entre las partes que impida que la vulnerabilidad de los arrendatarios sea trasladada a los arrendadores", destacando especialmente aquellos arrendadores cuyos principales ingresos provengan del arrendamiento afectado.

Lograr ese equilibrio entre las partes no es tarea sencilla, sobre todo, teniendo en cuenta que el 85 por ciento de los arrendamientos de vivienda en nuestro país se celebran entre particulares, siendo el arrendador un "pequeño propietario"[36], que, de quedar obligado a aceptar las medidas incluidas en el RDL 11/2020, podría verse abocado a una situación de igual vulnerabilidad a la del arrendatario beneficiado por las medidas. Se llegaría, por ende, al absurdo de estar ayudando a una persona a costa del bienestar de la otra.

Es por ello por lo que el legislador hace una clara distinción entre los arrendamientos celebrados con "pequeños propietarios" o "grandes tenedores". Es a estos últimos a los que impone las medidas a las que nos referiremos a continuación, salvo que *voluntariamente* lleguen a un acuerdo con el arrendatario en los términos previstos en la norma. Por el contrario, a los "pequeños propietarios" los anima a cerrar acuerdos con sus arrendatarios, pero previendo que los arrendadores se nieguen a pactar, no les penaliza por ello, sino que deja recaer en las administraciones públicas la carga de ayudar a los inquilinos vulnerables.

Tres son, pues, los objetivos que anuncia y persigue el legislador: en primer lugar, ayudar a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad, en segundo lugar, no trasladar la situación de vulnerabilidad al arrendador con tal de solucionar la del arrendatario[37], y, por último, "movilizar recursos suficientes para conseguir los objetivos perseguidos y dar respuesta a las situaciones de vulnerabilidad".

El primer objetivo se consigue a través de las tres medidas ya mencionadas que se recogen en el RDL 11/2020: la suspensión de los desahucios, la prórroga extraordinaria de los contratos y la moratoria de la deuda arrendaticia. Debemos

36 El dato del 85 por ciento proviene de la propia Exposición de Motivos del RDL 11/2020.

37 En efecto, como dice Sánchez Lafuente, F.R.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 362.

estudiar las medidas por separado para ver si se respetan los otros dos objetivos también, esto es, que el arrendador no cargue con la vulnerabilidad del arrendatario a costa de su propia vulnerabilidad, y que haya suficientes medidas para lograrlo.

La primera medida consiste en suspender aquellos procedimientos judiciales cuya finalidad sea el desahucio del inquilino, bien por reclamación de cantidades debidas o bien por la expiración del plazo de duración, pactado o derivado de la ley. En principio, el arrendatario deberá probar que se encuentra en situación de vulnerabilidad económica que le imposibilite para encontrar una alternativa habitacional para sí mismo y sus convivientes. Naturalmente, como todas las medidas extraordinarias, tiene una vigencia limitada en el tiempo[38] y, además, se impone la obligación a las administraciones públicas de encontrar soluciones a la situación habitacional del arrendatario, conforme a lo indicado en el informe elaborado por los servicios sociales. Excepción a la suspensión del procedimiento de desahucio: que no deba prevalecer la vulnerabilidad del arrendador. Analizada la medida en su conjunto, se cumplen los tres objetivos, si bien, cabe plantearse cómo se valora la vulnerabilidad que deba prevalecer en estos casos, esto es, la del arrendatario o la del arrendador. Respecto del arrendatario, el propio RDL 11/2020 establece unos parámetros para determinar si se encuentra en una situación de vulnerabilidad, debiendo probar aquel alguno de los extremos que se enumeran, con la importante matización de que no existe vulnerabilidad para el arrendatario que sea propietario o usufructuario de alguna vivienda en España (cfr. art. 5 RDL 11/2020). A pesar de que el arrendador pueda probar su propia vulnerabilidad o que, de adoptarse las medidas solicitadas por el arrendatario, se tornaría vulnerable, no se establece una enumeración o requisitos como en el caso del arrendatario. Sea como fuere, durante la sustanciación del incidente de suspensión se recabará por el letrado de la administración de justicia un informe de los servicios sociales, valorando la situación de vulnerabilidad del arrendatario y, en su caso, del arrendador. La casuística puede ser, pues, muy variada.

De mayor polémica, indudablemente, es el art. 1 bis RDL 11/2020, en cuanto que se refiere a la posibilidad de suspender un procedimiento de desahucio de personas económicamente vulnerables y sin alternativa habitacional que hayan ocupado de forma ilegal el inmueble. En estos casos, deberán cumplirse requisitos adicionales a los anteriores. Además de la vulnerabilidad económica y la ausencia de alternativa habitacional, deberá probarse que se trata de personas dependientes conforme al art. 2.2 de la Ley 29/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Asimismo, el juez valorará que el acceso a la vivienda estuviera motivado por "extrema necesidad" y que la persona demandada se muestre cooperativa con las autoridades en su cometido de encontrar una alternativa habitacional. En todo

38 Dice el art. 1 RDL 11/2020 que, en todo caso, las medidas dejarán de surtir efecto el 30 de junio de 2023.

caso, y dando cumplimiento al segundo objetivo -no trasladar al arrendador la vulnerabilidad del arrendatario, aunque, en este supuesto, debería modificarse por propietario y ocupante-, no cabe suspensión cuando se trate de persona física titular de menos de diez viviendas. Así, en principio, la posibilidad de suspender solo cabe respecto de propietarios personas jurídicas o físicas titulares de más de diez viviendas. No obstante, el propio legislador incluye excepciones incluso en estos casos, en función de que el propietario, persona física y gran tenedor, tenga establecido su domicilio habitual o su segunda residencia en la vivienda ocupada o sea el domicilio de la persona física a la que aquel se la haya cedido por cualquier título admitido en derecho. En un alarde de legalidad, se enumeran otras razones para denegar la suspensión, basadas en la actividad ilícita del ocupante: haber entrado o permanecido en la vivienda empleando intimidación o violencia sobre las personas o realizar actividades ilícitas en la vivienda. Es decir, con apoyo en la vulnerabilidad de los ocupantes, se obvia la ilegalidad de la ocupación. Por mucho que el legislador quiera hacer ver que no tolera determinadas actuaciones ilegales, lo cierto es que está amparando otras. Al menos, ha tenido el legislador cierta precaución al aclarar que la suspensión no procederá "cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley", pues, en caso contrario, estaría animando a las personas a ocupar ilegalmente las viviendas con el incentivo de que podrán permanecer en ellas -incluso- con respaldo legal.

Ha sido esta una de las medidas más criticadas de la norma[39].

A la pregunta de si se cumple el triple objetivo no se puede dar, realmente, una respuesta, por cuanto que dichos objetivos hacían referencia a un arrendatario o, al menos, a una persona que previamente tuviera un título válido para usar y ocupar la vivienda objeto del litigio. Obviamente, no se pueden equiparar estos supuestos a una ocupación ilegal de origen.

La segunda medida que recoge el RDL 11/2020 es la prórroga extraordinaria de los contratos cuya duración hubiera expirado entre la fecha de entrada en vigor del RDL 11/2020 y el 28 de febrero de 2022, por un plazo máximo de seis meses, aplicando al contrato los mismos términos y condiciones. Se aplica esta prórroga extraordinaria tanto en caso de expiración de la prórroga obligatoria de los cinco años (o siete, si el arrendador fuera persona jurídica), como también de la segunda prórroga prevista en la LAU, de tres años. La única posibilidad que tiene el arrendador para oponerse a la prórroga extraordinaria es, bien llegar a un

39 Rodríguez Ríos, S.F.: "La protección de colectivos vulnerables en los procesos de desahucio: una mirada crítica a la limitación del derecho de propiedad", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, p. 512, entiende que la limitación en estos casos a la ocupación de una vivienda perteneciente a un gran tenedor, se debe precisamente a la "gravísima afectación que al derecho de la propiedad privada ocasionaría, e incluso, el posible favorecimiento a la ocupación ilegal que una medida de este tipo podría producir".

acuerdo distinto con el arrendatario, bien alegar la necesidad de ocupar la vivienda, conforme prevé el art. 9.3 LAU. Es decir, las posibilidades son prácticamente nulas, a salvo la aquiescencia del arrendatario hacia un pacto distinto, pues, a la vista de los requisitos que establece el art. 9.3 LAU para poder oponerse a las prórrogas por necesidad, en concreto, que la causa de la necesidad conste en el contrato, que haya transcurrido un año desde su celebración, preaviso de al menos dos meses y ocupación efectiva, la necesidad sobrevenida de ocupar la vivienda como consecuencia de la pandemia no estaría prevista y no podría, por tanto, oponerse a la prórroga extraordinaria si la necesidad surge, precisamente, por el COVID-19. Entendemos, en conclusión, que respecto de esta medida no se cumple con el segundo objetivo anunciado en el RDL 11/2020, pues el reconocimiento del derecho del arrendatario de permanecer en la vivienda sí puede, en ocasiones, trasladar la vulnerabilidad al arrendador.

Finalmente, se regula una moratoria, un aplazamiento temporal y extraordinario del pago de la renta. Es en este supuesto, quizás, en el que se ve con mayor claridad la convergencia de los tres objetivos. En primer lugar, por cuanto que la medida solo es automática para los grandes tenedores, quienes podrán elegir entre una reducción del 50 por ciento de la renta o una moratoria durante el estado de alarma y como máximo durante cuatro meses. Se aclara que esta medida tiene aplicación únicamente en defecto de pacto. Pues bien, en caso de que el arrendador persona física que no sea gran tenedor no acepte la solicitud de aplazamiento del arrendatario en situación de vulnerabilidad, este podrá optar a una línea de avales que instaura el propio decreto. Así pues, en cuanto a esta medida, el arrendatario vulnerable podrá,bien conseguir un aplazamiento, bien una reducción de la renta durante cierto tiempo y, en su defecto, optar por un aval. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de pactar voluntariamente con el arrendador medidas alternativas.

Finalmente, cabe mencionar que, en cumplimiento del tercer objetivo y el compromiso de adoptar las medidas oportunas para dar cumplimiento a las finalidades anunciadas en el RDL 11/2020, se hacen sendas remisiones a la aprobación de otras ayudas económicas, por ejemplo, programas de ayudas al alquiler.

Analizada ya la norma en su vertiente teórica, cabe preguntarse sobre la verdadera aplicabilidad de estas medidas y sus efectos positivos o negativos en nuestra sociedad. En un escenario utópico, se respetaría la limitación temporal de la norma, por representar una situación extraordinaria, y cada agente interviniente cumpliría con su parte, evitando perjuicios a los demás. Eso quiere decir que, en el supuesto de la suspensión de los procedimientos de desahucio, el arrendatario permanecería en la vivienda arrendada por el plazo que durara el estado de alarma

y, como mucho, por un periodo máximo de seis meses. Durante ese periodo, las administraciones públicas, cumpliendo con el cometido que les asigna el RDL 11/2020, buscarían una alternativa habitacional que facilitara la reanudación del procedimiento y la recuperación por el propietario de la vivienda arrendada. Pues bien, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (en adelante RDL 37/2020) es buena prueba de la dificultad de ese planteamiento. La Disposición Adicional 2.ª regula el derecho de los arrendadores a recibir una compensación si las administraciones competentes no adoptan las medidas necesarias para encontrar una alternativa habitacional para los arrendatarios vulnerables en los tres meses siguientes a la fecha en la que los servicios sociales hubieran emitido sus informes. Se pretende compensar los daños que la demora pueda ocasionar a los propietarios[40].

En cualquier caso, parece que, con este tipo de medidas, la vulnerabilidad del arrendatario sí acaba trasladándose al arrendador.

La pandemia mundial no ha sido el único suceso extraordinario que ha afectado al sector de la vivienda en España en los últimos años. La guerra en Ucrania también ha tenido su incidencia en el sector, si bien de forma indirecta. Al exponer la modificación operada en la actualización de la renta por la Ley 2/2015, ya se hizo referencia a los problemas que plantea en la práctica la aplicación del IPC para actualizar anualmente la renta en un arrendamiento de vivienda. Parece que el legislador de 2015 estuviera pensando, precisamente, en una situación como la que se ha generado como consecuencia del conflicto armado entre Rusia y Ucrania. El IPC ha alcanzado su cifra más alta en las últimas tres décadas[41], lo que ha supuesto la imposibilidad para muchos arrendatarios de afrontar el pago de la renta actualizada. Naturalmente, los arrendatarios que hubieran pactado un sistema de actualización o índice distinto al IPC, no se habrán visto afectados por este incremento. Para todos los demás, el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, introduce una limitación extraordinaria de la actualización anual de las rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda. Diferencia la norma entre arrendadores

40 En concreto, se dispone en la Exposición de Motivos del RDL 37/2020, que: "De esta forma, se articula un procedimiento que evita que la demora de los poderes públicos a la hora de aplicar las medidas de protección social afecte a los legítimos intereses de los propietarios afectados, estableciendo una compensación que pueda cubrir el perjuicio ocasionado a lo largo del período que medie entre que se acordare la suspensión y el momento en el que la misma se levante por el órgano judicial o por finalizar el estado de alarma". Para ello, la D.A. 3.ª establece un mandato al Gobierno para dictar las normas oportunas para facilitar a las comunidades autónomas los recursos necesarios para hacer frente a estas compensaciones en el marco del Plan Estatal de Vivienda.

41 Información disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176802&menu=ultiDatos&idp=1254735976607 [fecha de última consulta: 31 de mayo de 2023].

que sean grandes tenedores y los que no. Para los primeros, la actualización de la renta quedará limitada por el IGC -que, como ya se expuso previamente, tiene un tope máximo del 2 por ciento-, pues tanto si hay pacto, como si no, la actualización no puede ser superior. Para un arrendador que no sea gran tenedor, el pacto sobre la actualización sí es libre, pero, si no se pacta un nuevo sistema de actualización, este no podrá superar el IGC.

La misma línea crítica ya mencionada anteriormente puede volver a traerse a colación: la vulnerabilidad del arrendatario se traslada, sin duda, al arrendador, pues el IPC, que en el sector vivienda ya no perjudicará al arrendatario, sí puede perjudicar al arrendador en otros sectores.

VII. LA LEY 12/2023, DE 24 DE MAYO, POR EL DERECHO A LA VIVIENDA.

Acabábamos un epígrafe anterior de este trabajo diciendo que la única vía que parece considerar ya el legislador para solucionar el problema de la vivienda en régimen arrendaticio en España es la contención de rentas. Tanto es así que la primera ley de vivienda[42] que se aprueba en nuestro ordenamiento jurídico introduce como su "medida estrella" la limitación de las rentas en contratos nuevos de arrendamiento de vivienda en los denominados "mercados residenciales tensionados". Por mucho que quede maquillada esta medida con incentivos fiscales y con la promesa de acompañarla de ayudas públicas para facilitarle a los ciudadanos el acceso a las viviendas en régimen de arrendamiento, lo cierto es que esta nueva reforma del sistema arrendaticio español no es sino una solución a corto plazo, de índole intervencionista, que pretende mejorar un sistema cuyo principal defecto no es solo la renta, sino el sistema en su conjunto[43].

Siguiendo la metodología empleada en epígrafes anteriores, veremos las motivaciones del legislador para adoptar las escasas medidas que propone para mejorar el acceso a la vivienda y dar cumplimiento al art. 47 CE, al menos en el ámbito del mercado arrendaticio.

42 Argelich Comelles, C. *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 36, hace una advertencia importante sobre la primera Ley de vivienda estatal, y es la falta de competencia del legislador estatal, correspondiéndole aquella en exclusiva a los legisladores autonómicas con base en el art. 148.1.3.ª CE. Advierte la autora de la consecuencia negativa que tendrá esta falta de competencia: la inseguridad jurídica que se crea al ciudadano.

43 En contra de la introducción de la medida de contención de rentas: Argelich Comelles, C. "Ley por", cit., p. 217; García Teruel, R.M. y Nasarre Aznar, S.: "Quince años", cit., p. 194; Montes Rodríguez, M.P., "Una visión", cit., p. 226, que no se muestra contraria, pero sí pide prudencia al legislador. A favor de la medida: Noguera Fernández, A.: "Regular los alquileres", cit., p.25; Aparicio Wilhelmi, M.: "La vivienda, cit., p. 83, Collado gosálvez, i.: "Comentarios y discusiones", cit., p. 127. Algaba Ros, s.: "El control de la renta en el arrendamiento de vivienda", *InDret,* núm. 1, 2021, pp. 82-84.

De todos los objetivos que anuncia el legislador[44], interesan a este trabajo centrado en el arrendamiento, los siguientes: establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, aplicable a todo el territorio nacional, facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, sobre todo a los jóvenes y otros colectivos vulnerables, favorecer la existencia de una oferta a precios asequibles y adaptada a las realidades de los ámbitos urbanos y rurales, el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, y la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares y, por último, mejorar la protección en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.

Son cinco las medidas principales que propone el legislador para el arrendamiento de vivienda, algunas de ellas circunscritas a los contratos de arrendamiento que se celebren en una zona que hubiera sido previamente declarada "mercado residencial tensionado" por las administraciones competentes. Antes de exponer las medidas, es preciso consultar la definición que ofrece la Ley de Vivienda de los "mercados residenciales tensionados", sin embargo, nos encontramos con que el art. 3 LV, dedicado a enumerar los conceptos que usa la ley y ofrecer sus definiciones, no define qué se entiende por "mercado residencial tensionado". En la Exposición de Motivos y en el art. 18 LV -que se refiere a la declaración por la administración competente de las zonas de mercado residencial tensionado- lo único que se establece es que se podrá hacer la mencionada declaración en zonas en las que "exista un especial riesgo de oferta insuficiente de vivienda para la población, en condiciones que la hagan asequible para su acceso en el mercado, de acuerdo con las diferentes necesidades territoriales". Siendo este un concepto claramente copiado de ordenamientos jurídicos de otros países, podía haberse copiado con mayor precisión, incluyendo caracteres que definan en qué circunstancias se da esa oferta insuficiente en condiciones asequibles. Así, por ejemplo, en Alemania el parágrafo 556d BGB ejemplifica situaciones concretas en las que se daría un riesgo de insuficiencia de oferta en condiciones adecuadas: que los alquileres suban bastante más en esas zonas en relación a la media nacional, que la carga para asumir las renta por los hogares en esas zonas supere claramente la media nacional, que la población residencial crezca sin que se haya creado el necesario espacio habitable mediante construcciones nuevas, o que exista una tasa muy baja de viviendas libres para una elevada demanda. Sin perjuicio de lo anterior, sí se exige a las administraciones competentes el seguimiento de un procedimiento preparatorio cuyo objetivo sea identificar la situación del mercado residencial de la zona objeto de declaración, en concreto: indicadores de los precios en alquiler y

44 Argelich Comelles, C. *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 63, destaca la dificultad de darle cumplimiento a los objetivos expuestos en la Exposición de Motivos de la LV, debido a la falta de coercibilidad de la norma y la reticencia de las CCAA a la aplicación de la ley.

su evolución en el tiempo, del nivel de renta disponible en los hogares residentes y su evolución en el tiempo, todo ello con el fin de calcular el esfuerzo económico que tienen que asumir los hogares para disponer de una vivienda digna y adecuada (cfr. art. 18 LV).

Volviendo a las cinco medidas introducidas en la LV, son las siguientes: la primera, el derecho del arrendatario y deber del arrendador o intermediario inmobiliario de información sobre los extremos relevantes del contenido del contrato de arrendamiento. La segunda, una prórroga anual extraordinaria de hasta tres años en los contratos de arrendamiento que al vencimiento de su término recaigan sobre una vivienda sita en un mercado residencial tensionado, así como una prórroga extraordinaria de un año cuando el arrendatario se encuentre en una situación de vulnerabilidad social y económica acreditada sobre la base de un informe o certificado de los servicios sociales expedido en el año anterior. La tercera, la limitación de las rentas nuevas en zonas de mercado residencial tensionado que, con carácter general, no podrán superar la renta actualizada del contrato anterior, sin perjuicio de ciertas variaciones permitidas por la propia ley. En cuarto lugar, ciertos incentivos fiscales para propietarios o arrendadores que apliquen rebajas en las nuevas rentas con respecto a la renta del contrato anterior, o se alquilen a administraciones públicas o entidades del tercer sector o economía social, o que hubieran realizado obras de rehabilitación en años anteriores en sus viviendas. Finalmente, se modifica la regulación del procedimiento de desahucio en aquellos supuestos en los que el arrendatario se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

Con esta enumeración de medidas no puede sino apreciarse un evidente paralelismo entre estas y las medidas extraordinarias que se adoptaron para paliar la situación económica y social derivada de la pandemia mundial por la enfermedad COVID-19 y por la guerra en Ucrania. Mientras que estas últimas se aprobaron para atender a circunstancias concretas derivadas de eventos extraordinarios y temporales, la Ley de Vivienda, en principio, no se caracteriza por esa temporalidad ni por el carácter extraordinario, lo que entre otras cosas se aprecia por el instrumento normativo utilizado. Surge la duda, por tanto, de la oportunidad de aprobar en ambos casos el mismo tipo de medidas.

A los efectos de analizar la conveniencia de las distintas medidas adoptadas por el legislador estatal para dar cumplimiento a los objetivos que guían la nueva Ley de Vivienda, cabe aclarar que no se ha mencionado previamente otra medida o declaración de intenciones del legislador cual es aumentar el parque de viviendas de carácter público, y ello, por cuanto que es una medida de Derecho público, que no se analizan en este trabajo. En cualquier caso, indudablemente, aumentar el parque de viviendas de carácter público serviría para aumentar la oferta, al

menos, para un sector muy concreto en situación de especial vulnerabilidad. El problema, y es en este en el que se centra el presente análisis, es determinar si las reformas que prevé la Ley de Vivienda sirven para mejorar la oferta para los demás colectivos también.

Debemos centrarnos, por tanto, en la prórroga extraordinaria, la limitación de la renta de nuevos contratos y el derecho/deber de información.

Empezando por las prórrogas extraordinarias, la LAU queda reformada de tal forma que se introducen dos prórrogas extraordinarias distintas a aplicar una vez finalizada, bien la prórroga obligatoria de cinco (o siete) años, bien la prórroga tácita de tres años. La primera de estas prórrogas extraordinarias es obligatoria únicamente para los grandes tenedores[45], en caso de que se haya expedido un informe o certificado de vulnerabilidad social y económica a favor del arrendatario en el año anterior a la solicitud de prórroga. Se exceptúa el caso en que entre las partes se hubiera celebrado un nuevo contrato. Sin embargo, la segunda prórroga sí es obligatoria para todos los arrendadores, siempre que la vivienda arrendada se encuentre ubicada en una zona de mercado residencial tensionado. En este caso, una vez finalizado el plazo de cualquiera de las prórrogas previstas en la LAU, y sin necesidad de que concurra ningún requisito adicional, se podrá solicitar por el arrendatario la prórroga anual del contrato hasta un máximo de tres años. Excepciones a la obligatoriedad de la prórroga son: que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, que se celebre un nuevo contrato al que se apliquen las limitaciones a la renta a que se refiere la LV y que introduce en el art. 17 LAU, o que se ejercite por el arrendador la oposición a la prórroga por causa de necesidad propia o de uno de los familiares incluidos en la norma correspondiente.

Pues bien, respecto de estas prórrogas la primera cuestión que debe aclararse es si son aplicables a los contratos de arrendamiento de vivienda que se encuentren vigentes en el momento de la entrada en vigor de la ley. Ello es relevante, por cuanto que una aplicación retroactiva de la ley puede generar un importante desequilibrio entre los contratantes, sobre todo, respecto del arrendador para el que puede llegar a ser una situación injusta. En este sentido, no incluye la Ley de Vivienda una compensación para el arrendador al que se imponga esta prórroga extraordinaria. Se introduce una medida extraordinaria a semejanza de la prevista como medida paliativa de las consecuencias económicas y sociales derivadas del COVID-19, además con la misma finalidad de conseguir

45 El art. 3 LV ofrece la siguiente definición de "gran tenedor": "a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa".

brindarle tiempo suficiente a las administraciones competentes para adoptar las medidas necesarias para mejorar las condiciones de acceso a la vivienda en zonas tensionadas, pero sin incluir medidas de compensación semejantes a las previstas para aquellas. Así pues, los arrendadores se encuentran en una situación en la que al celebrar su contrato de arrendamiento tenían conocimiento de la obligatoriedad de una prórroga de cinco (o siete) años y una segunda prórroga para el caso de no oposición por su parte, de hasta tres años. Sin embargo, deben asumir tres años adicionales de prórroga extraordinaria con la que no contaban y a la que no pueden oponerse, salvo aquellos contratantes que hubieran previsto la causa de necesidad de ocupar la vivienda en sus contratos. En definitiva, el efecto generado es aquel que se intentaba evitar en el RDL 11/2020: transmitirle la vulnerabilidad de los arrendatarios a los arrendadores. Distinto es el efecto en caso de que estas prórrogas no resulten aplicables a contratos vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley de Vivienda, puesto que, en este caso, al menos, estarían avisados de antemano los propietarios. Un problema diferente se puede prever para estos casos y es que, en vez de lograr aumentar la oferta, se consiga el efecto contrario: reducirla. Probablemente los propietarios e inversores no estén dispuestos a asumir un contrato de hasta once años (cinco de la primera prórroga, tres de la prórroga tácita y otros tres de la extraordinaria), al que se aplique el mismo régimen de la LAU, sin prever alguna compensación o sin introducir medidas que equilibren las posturas de los contratantes.

La Disposición transitoria cuarta de la Ley de Vivienda aclara que estas prórrogas extraordinarias no se aplicarán a los contratos vigentes en el momento de su entrada en vigor, salvo que los contratantes se acojan a ella voluntariamente. Quedaría, por tanto, el segundo problema mencionado, esto es, la reducción de la oferta por el temor de los propietarios de quedar sujetos a un contrato de duración obligatoria superior a los cinco (o siete años) que, en principio, prevé la LAU. Realmente, el efecto que produce la introducción de la prórroga extraordinaria es que los contratos, a voluntad del arrendatario, en zonas tensionadas, siempre puedan alcanzar ocho años (en caso de arrendador persona jurídica, diez). Con anterioridad a la reforma, el arrendador podía oponerse a la prórroga tácita, pero como consecuencia de la modificación, aun cuando se oponga a la prórroga tácita, podrá el arrendatario permanecer en la vivienda otros tres años más.

En cuanto a la limitación de la renta en los contratos nuevos de arrendamiento, la obligatoriedad, por mucho que esté acompañada de incentivos fiscales, puede resultar una medida disuasoria para los propietarios e inversores[46]. En zonas de mercados tensionados, que, probablemente, serán muchas, por el criterio poco

46 En este sentido, Argelich Comelles, C. *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2023, p. 210, aclara que la contención de rentas sin compensación pública, ni limitación temporal de la medida, tendrá el efecto de reducir la oferta e incrementar los precios. Además, añade otro efecto: rentas situadas fuera de mercado.

determinado que usa la ley, todos los arrendadores quedarán obligados a ajustar las rentas en nuevos contratos celebrados sobre una vivienda arrendada con anterioridad a la pactada en esos contratos anteriores (en los últimos cinco años, dice la norma). Se aclara que se les aplicará la cláusula de actualización anual y la posibilidad de incrementar la renta en hasta un diez por ciento, siempre que se cumplan una serie de presupuestos: que se hubiera rehabilitado o mejorado la vivienda en los dos años anteriores a la celebración del nuevo contrato, que como consecuencia de la rehabilitación o mejora se haya logrado un ahorro de energía acreditado o la mejora de la accesibilidad, o, finalmente, si el contrato se celebra por diez o más años o se admite la prórroga por ese periodo.

Por su parte, deberán acogerse a la renta que indique el índice de precios de referencia que no podrá ser superado, tanto para contratos nuevos sobre viviendas que hubieran estado arrendadas en los últimos cinco años como aquellas que sobre las que no se hubiera celebrado contrato alguno en ese periodo. Esta norma es aplicable solo para contratos celebrados por grandes tenedores sobre viviendas situadas en zonas tensionadas debidamente declaradas.

Para que no sea contraproducente esta medida de limitar las rentas en los contratos de nueva celebración, tanto sobre viviendas anteriormente arrendadas, como a las que no hubieran sido objeto de arrendamiento, es preciso verificar si los incentivos fiscales propuestos tienen entidad suficiente para que arrendar sus inmuebles siga siendo rentable para los propietarios. La Ley de Vivienda introduce a través de su Disposición final 2.ª los siguientes incentivos fiscales en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio: una reducción del 90 por ciento del rendimiento neto positivo cuando se celebre un contrato nuevo de arrendamiento en el que se haya rebajado la renta del contrato anterior en un cinco por ciento, y una reducción del 70 por ciento en el rendimiento neto positivo, en caso de que en zonas de mercado tensionado, y por ende, renta limitada, la vivienda se arriende a personas entre 18 y 35 años o bien a una Administración Pública o entidad sin fines lucrativos que destinen la vivienda a alquiler social en las condiciones señaladas. La reducción será del 60 por ciento si en los dos años anteriores se han llevado a cabo obras de rehabilitación o del cincuenta por ciento, en cualquier otro supuesto.

La conclusión que se puede derivar de esta enumeración de porcentajes de reducción en el rendimiento neto positivo es que, en general, a la limitación de la renta le acompaña una reducción del rendimiento neto positivo del 50 por ciento. Solamente en caso de que se añadan los distintos presupuestos mencionados ese porcentaje se verá ampliado. Una reducción del cincuenta por ciento en el

rendimiento neto positivo entendemos que no convierte estos contratos en inversiones rentables para los arrendadores. Sobre todo, a la vista de que con anterioridad a la reforma operada en el art. 23 LIRPF por la Ley de Vivienda se preveía una reducción en el rendimiento neto positivo del 60 por ciento por el simple hecho de que los bienes inmuebles arrendados se destinaran a vivienda. Es decir, con anterioridad a la reforma se beneficiaba el arrendador de una reducción del 60 por ciento en su rendimiento neto positivo por el simple hecho de arrendar un inmueble para que este se destinara a vivienda, mientras que, como consecuencia de la reforma, esa reducción es menor -del 50 por ciento- como "incentivo" o "compensación" por tener que acogerse a una limitación en su libertad de pactar la cuantía de la renta.

Mas estricta aún es la medida cuando se trata de grandes tenedores, por lo que la duda planteada respecto de los "pequeños propietarios" sobre la rentabilidad del arrendamiento bajo estas condiciones, se intensifica respecto de los grandes tenedores. Así, cabe plantearse si los "incentivos" fiscales del art. 23 LIRPF tienen aplicabilidad a los grandes tenedores.

En cualquier caso, entendemos que el término "incentivo" fiscal se emplea erróneamente en la mayoría de los casos, pues el incentivo debe ir aparejado a la voluntariedad, pero no solamente de reducir la renta impuesta en un determinado porcentaje, u ofrecer la vivienda a un determinado colectivo, sino directamente a acogerse o no a esa renta limitada. Entendemos que si los incentivos fueran suficientemente interesantes, un gran número de propietarios optaría por acogerse a esas rentas indexadas o aceptaría aplicar las rentas de los contratos anteriores. La obligatoriedad, en cambio, y el porcentaje tan bajo -incluso inferior al que se ofrecía antes por el simple hecho de destinar sus inmuebles a arrendamiento de vivienda habitual- van a producir un intenso rechazo de los propietarios e inversores a este tipo de arrendamiento.

Por último, introduce el legislador estatal un deber de información en las operaciones de arrendamiento de vivienda. En primer lugar, se reiteran, a través de la remisión al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), los derechos de los consumidores a ser informados debidamente de las condiciones principales del contrato, de las características de la vivienda y edificación, y del arrendador, así como intermediario que, en su caso, intervenga en la operación arrendaticia. Respecto de los no consumidores, también se recoge el deber de informar y derecho a ser informado de dichas características con carácter previo a la celebración del contrato. Definitivamente, es un acierto hacer extensivo este derecho a los no consumidores, a la vista de que la mayoría de los

contratos de arrendamiento celebrados en nuestro país no responden al esquema empresario-consumidor, sino particular-particular, por lo que, en caso de no extenderlo a los no consumidores, supondría un limitado alcance del derecho/deber de información[47].

Desafortunadamente, la valoración positiva de este deber/derecho de información acaba en la ampliación de su ámbito subjetivo. La justificación de la afirmación anterior se encuentra en la oportunidad desaprovechada por el legislador de definir el alcance del deber de información y el contenido del mismo. De la lectura del art. 31 LV, se deriva que el contenido del deber de información se refiere a la identificación del arrendador y del intermediario, en su caso, y de la vivienda, y, por lo demás, de aspectos urbanísticos y administrativos relacionadas con el inmueble. Ninguna referencia se hace, más allá de las condiciones económicas, a los derechos y obligaciones de los contratantes u otros aspectos relevantes del propio contrato. Si el legislador, por ejemplo, considera que las medidas de prórroga extraordinaria y limitación de la renta son fundamentales para lograr los objetivos de mejorar las condiciones de acceso y permanencia en la vivienda de las personas, ¿no sería lógico incluir un deber para el arrendador consistente en explicarle al arrendatario la existencia de los derechos de prórroga y limitación de la renta y las condiciones para el ejercicio de estos derechos?[48]

Analizadas las principales medidas, cabe destacar que el legislador estatal, al menos en esta reforma, anuncia la creación de una herramienta que le permita verificar si las medidas que ha adoptado en la ley funcionan o no, esto es, si el eterno y frustrado objetivo de incrementar la oferta de viviendas en alquiler y a un precio asequible se cumple. Esta herramienta es la elaboración de una base de datos integrada por toda la información contenida en los registros estatales y autonómicos, como el Registro de fianzas de las comunidades autónomas y el Registro de la Propiedad, entre otros. Se anuncia esta medida o herramienta como una forma de incrementar la colaboración entre las comunidades autónomas y otros organismos e instituciones, de cara a la mejora de las condiciones del mercado arrendaticio. Esta base de datos, según la finalidad para la que se crea, debe servir tanto para hacer un "adecuado seguimiento del conjunto de medidas"

47 Argelich Comelles, C. *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 179-185, se refiere únicamente al "consumidor" como receptor del derecho de información precontractual, no obstante, de la lectura del art. 30 LV, en concreto en su apartado 1.º, letras a) y b), se deriva la extensión del derecho de información precontractual a todas las personas "demandantes, adquirentes o arrendatarias de vivienda, o de cualquier otro régimen jurídico de tenencia y disfrute". Mientras que la letra a) se refiere al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el apartado b) simplemente hace referencia al derecho de las personas enumeradas previamente de recibir información.

48 En este sentido, cabe fijarse en el Derecho alemán -que, sin duda, es el ordenamiento en el que se ha inspirado principalmente el legislador español para redactar su Ley de Vivienda-, en el que se impone la obligación al arrendador de explicar y advertir al arrendatario de cada uno de sus derechos, de los plazos que tiene para ejercitarlos y de los demás requisitos que debe cumplir para darles cumplimiento.

que se proponen en la Ley de vivienda, como para poder analizar *a posteriori* si se ha dado cumplimiento a los objetivos anunciados de incrementar la oferta.

No obstante lo anterior, y tras el análisis realizado, no podemos sino concluir que las medidas introducidas por la Ley de Vivienda no servirán para cumplir con los objetivos anunciados en la Exposición de Motivos, sino que probablemente tendrán el efecto contrario: reducir la oferta, encarecer los precios y ahuyentar a los propietarios -grandes y pequeños- de este mercado.

VIII. RESULTADOSDE LA INVESTIGACIÓN.

A modo de recapitulación del análisis realizado hasta ahora y como paso previo a la exposición de las conclusiones, se ha estimado útil presentar por medio de las siguientes tablas, los resultados de la investigación.

Tabla 1. Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

Justificación / Problemas	1. Congelación de las rentas (régimen TRLAU 1964) 2. Arrendamientos perpetuos (régimen TRLAU 1964) 3. Rentas muy elevadas (RDL 2/1985) 4. Contratos de corta duración (régimen RDL 2/1985)
Objetivos	1. Promover las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) 2. Equilibrar posiciones contractuales 3. Conseguir un sistema atractivo, como alternativa al acceso en propiedad
Medidas	1. Libertad de actualización de las rentas y sistema supletorio en defecto de pacto 2. Limitación de subrogaciones 3. Aumento de oferta por confianza de los propietarios 4. Duración mínima mediante sistema de prórrogas
Instrumento normativo	Ley ordinaria
Éxito / fracaso	No se logra incrementar el porcentaje de elección de los ciudadanos del régimen arrendaticio como vía de acceso a la vivienda

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 2. Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas.

Justificación / Problemas	1. Desconfianza de los propietarios 2. Viviendas vacías y sin uso 3. Oferta insuficiente 4. Rentas muy elevadas
Objetivos	1. Equilibrar las posiciones contractuales 2. Flexibilizar y dinamizar el mercado 3. Atraer a los propietarios al mercado arrendaticio de vivienda y reducir el número de viviendas vacías 4. Evitar que la protección de los derechos de arrendador y arrendatario se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico
Medidas	1. Reducción duración mínima 2. Oposición a la prórroga por necesidad sin necesidad de consignarla en el contrato 3.Derecho de desistimiento del arrendatario 4. Arrendamiento no inscrito no perjudica a tercero
Instrumento normativo	Ley ordinaria
Éxito / fracaso	1. El régimen proteccionista es meramente teórico, puesto que en la práctica depende de una inscripción en el Registro de la Propiedad por la que los contratantes no suelen optar 2. Se proliferan contratos de corta duración, ya sea por pacto o como consecuencia del régimen (duración mínima inferior, oposición por necesidad a partir de un año, desistimiento a partir de 6 meses, extinción del arrendamiento por enajenación de la vivienda o resolución del derecho del arrendador, si el arrendamiento no está inscrito) 3. Régimen inseguro e inestable para el arrendatario 4. No atractivo 5. Contradicciones entre objetivos y medidas

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 3. Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

Justificación / Problemas	Aplicación de índices generales como el IPC puede generar efectos adversos: incremento precios de un bien afectan al precio de otros bienes con los que aquel no tiene conexión directa
Objetivos	Anudar la actualización de precios y rentas a la evolución de los costes pertinentes en cada situación
Medidas	1. Actualización sujeta a pacto 2. Libertad para determinar el método de actualización y el índice 3. IGC como índice supletorio
Instrumento normativo	Ley ordinaria
Éxito / fracaso	El efecto de la reforma es que, si como consecuencia de pacto o por la supletoriedad de la norma, se aplica el IGC, la actualización nunca superará el 2 %. Se trata de una medida de contención de rentas que, al menos, en el momento de su entrada en vigor aún era voluntaria

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 4. Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y de alquiler.

Justificación / Problemas	1. Situación de debilidad del arrendatario derivada del régimen anterior 2. Oferta insuficiente 3. Incremento precios por creciente actividad turística 4. Más del 42 % de hogares destinan más del 40 por ciento a gastos de vivienda 5. Escasez de parque de vivienda social 6. Incremento progresivo de los desahucios
Objetivos	1. Equilibrar posiciones contractuales 2. Establecer estímulos económicos y fiscales para mejorar oferta 3. Reforzar la cooperación con las Administraciones territoriales

Medidas	1. Devolver estabilidad al arrendatario: ampliación plazos 5 o 7 años / 3 años, eliminación requisito inscripción 2. Bonificación fiscal para los propietarios que destinen a alquiler de vivienda en un régimen de protección pública o social para aumentar la oferta
Instrumento normativo	Decreto-ley
Éxito / fracaso	Incentivos fiscales únicamente para propietarios que destinen los inmuebles a viviendas públicas o sociales, no hay incentivos para la vivienda libre

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 5. Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

Justificación / Problemas	1. Restricciones de movilidad de los ciudadanos 2. Paralización de la actividad en muchos sectores 3. Disminución ingresos 4. Dificultad para asumir el pago de la renta
Objetivos	1. Ayudar a los arrendatarios en situación de vulnerabilidad 2. No trasladar la situación de vulnerabilidad al arrendador 3. Movilizar recursos suficientes para responder a las situaciones de vulnerabilidad
Medidas	1. Suspensión de los desahucios 2. Prórroga extraordinaria 3. Moratoria de la deuda arrendaticia
Instrumento normativo	Decreto-ley
Éxito / fracaso	Necesidad de dictar norma adicional para compensar a arrendadores: RDL 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 6. Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Justificación / Problemas	1. IPC alcanza su mayor cifra en tres décadas 2. Imposibilidad para arrendatarios de pagar rentas actualizadas
Objetivos	Paliar los efectos adversos de las rentas actualizadas conforme al IPC
Medidas	Limitación extraordinaria de la actualización anual de las rentas, conforme al IGC (límite máximo 2 %)
Instrumento normativo	Decreto-ley
Éxito / fracaso	Traslada la vulnerabilidad a los arrendadores, con el peligro de que, en contratos nuevos, a la vista de esta limitación, establezcan una renta inicial más elevada

*(Fuente: elaboración propia)

Tabla 7. Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Justificación / Problemas	1. Ausencia de una norma estatal en materia de vivienda que fije las condiciones básicas y de igualdad que garanticen un tratamiento uniforme del derecho a la vivienda reconocido en CE 2. Importantes desequilibrios entre la tenencia de vivienda en propiedad y en alquiler 3. Parques públicos de vivienda en arrendamiento insuficientes 4. Oferta limitada a precios asequibles
Objetivos	1. Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda aplicable a todo el territorio nacional 2. Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada, sobre todo a los jóvenes, colectivos vulnerables 3. Favorecer la existencia de una oferta a precios asequibles 4. Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación 5. Favorecer la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares 6. Mejorar la protección en las operaciones de arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso

Medidas	1. Derecho/deber de información 2. Prórroga anual extraordinaria hasta 3 años para viviendas en mercado residencial tensionado 2bis. Prórroga extraordinaria de 1 año para arrendatarios en situación de vulnerabilidad económica y social de viviendas en mercado residencial tensionado 3. Limitación de rentas nuevas en zonas de mercado residencial tensionado 4. Ciertos incentivos fiscales 5. Modificar procedimiento desahucio respecto de arrendatarios en situación de vulnerabilidad
Instrumento normativo	Ley ordinaria
Éxito / fracaso	1. Paralelismo entre estas medidas y las extraordinarias introducidas como consecuencia de la pandemia COVID-19 y la guerra en Ucrania, pero sin la medida de compensación prevista para arrendadores en caso de demora de la administración 2. Incentivos fiscales insuficientes para mantener la rentabilidad de los arrendamientos sometidos a normas de contención de renta y prórrogas extraordinarias

*(Fuente: elaboración propia)

IX. CONCLUSIONES.

Primera. El legislador estatal persigue, en todas las reformas analizadas, el "equilibrio" entre las posiciones de los contratantes -arrendador y arrendatario-, pero no parece entender en qué consiste ese equilibrio, ni cómo alcanzarlo. Es decir, no parece entender qué necesita el arrendatario para que el arrendamiento represente una verdadera alternativa al acceso a la vivienda en régimen de propiedad, ni qué medidas interesan al propietario para elegir ofrecer sus bienes inmuebles en el mercado arrendaticio de vivienda frente a otros mercados como el de compraventa o de cesión de viviendas de uso turístico.

Segunda. Como consecuencia del análisis realizado, se pueden identificar cuatro problemas recurrentes que, según el legislador, justifican las reformas practicadas en la Ley de arrendamientos urbanos: la inestabilidad del régimen para el arrendatario, la desconfianza del arrendador hacia dicho régimen y la baja rentabilidad de los arrendamientos que se someten al mismo, la consecuente insuficiencia de la oferta y el incremento de los precios.

Tercera. La principal objeción a las reformas expuestas, es que el legislador considera estos cuatro problemas por separado, dirigiendo todas las medidas a intentar aumentar la oferta y disminuir los precios. Centra toda su atención en las consecuencias del problema y no en el problema en sí. Si el legislador considerara que los problemas principales son la inestabilidad, respecto del arrendatario, y la desconfianza y baja rentabilidad, para el arrendador, quizás lograría encontrar el equilibrio que busca. A pesar de ello, queda patente tras el análisis de las reformas que, hasta la aprobación del RDL 11/2020, las principales modificaciones giraban en torno a la duración, el régimen de prórrogas y sus excepciones, sin que se hicieran grandes modificaciones en la regulación de la renta. En cambio, a partir de dicha reforma de 2020, sin perjuicio de añadir unas prórrogas excepcionales y circunstanciales, se traslada el peso de la reforma al ámbito de la renta. Es decir, que las reformas suelen centrarse en un grupo de medidas -por ejemplo, la duración-, olvidando otro -la renta-, y viceversa.

Cuarta. El equilibrio que debe perseguirse en cualquier normativa destinada a regular el arrendamiento de vivienda es doble: en primer lugar, el equilibrio entre la estabilidad que necesita el arrendatario para poder considerar que el arrendamiento es una alternativa satisfactoria al acceso a la vivienda en propiedad y la posibilidad de cambio en función de la aparición de circunstancias sobrevenidas para el arrendador. En segundo lugar, el equilibrio entre la asequibilidad del arrendamiento para el arrendatario y la rentabilidad de aquel para el arrendador. Estabilidad y flexibilidad; asequibilidad y rentabilidad. Para lograr el equilibrio entre las posiciones de ambos contratantes será necesario, por tanto, prever medidas para cada uno de estos extremos. Las reformas sesgadas que solamente atienden a uno de los problemas, por ejemplo, la asequibilidad, mediante la limitación de las rentas, sin hacer referencia a otro, por ejemplo, la rentabilidad, generarán una de las consecuencias negativas: disminución de la oferta.

Quinta. El procedimiento legislativo idóneo, con carácter general, para regular el arrendamiento de vivienda es el ordinario y no la vía urgente y extraordinaria de los decretos leyes. El decreto-ley debe reservarse para los casos en que está legalmente previsto. Un buen uso del decreto-ley se hizo para paliar las situaciones de vulnerabilidad derivadas de la pandemia COVID-19 y la guerra en Ucrania. No merece la misma valoración el uso del decreto-ley en 2019 para reformar el régimen del arrendamiento de vivienda. Si el legislador no logra solucionar los cuatro problemas recurrentes mencionados por medio de una ley ordinaria, que conlleva un proceso largo con fases de estudio de impacto y valoración de medidas, mucho menos los solucionará a través de una tramitación exenta de realizar ese tipo de estudios.

Sexta. Como quiera que el legislador omite los problemas de fondo y se centra en sus consecuencias, respecto del arrendatario, no introduce medidas encaminadas a garantizar la estabilidad de su posición jurídica, sino que centra toda la atención en el acceso a la vivienda, dejando de lado las medidas encaminadas a garantizar su permanencia en la misma. Sirva como ejemplo la Ley 4/2013, en la que se reduce el número de años de prórroga obligatoria y se amplían considerablemente las excepciones a la misma. Incluso en la Ley de Vivienda, en la que, como consecuencia de algunas de las reformas introducidas pueden producirse situaciones en las que la relación arrendaticia llegue a tener una duración de hasta once o más años, las medidas que lo provocan están limitadas a condiciones de vulnerabilidad social y económica de los arrendatarios en mercados residenciales tensionados. Y, de hecho, no están encaminadas a ofrecerle estabilidad, sino una suerte de periodo de gracia en la vivienda arrendada tras la finalización del plazo, mientras se adoptan medidas intervencionistas de limitación de rentas o de corte similar para favorecer el acceso de esa persona en situación de vulnerabilidad a otra vivienda en régimen de arrendamiento con precio asequible.

Séptima. En cuanto al arrendador, la fijación del legislador por aumentar la oferta de vivienda en condiciones asequibles, le lleva a adoptar medidas de forma errática sin reflexionar sobre las razones que se esconden detrás de la reticencia cada vez mayor de los propietarios de ofrecer sus inmuebles en el mercado arrendaticio de vivienda. En efecto, el legislador parte de la base de que el arrendador busca flexibilidad y dinamicidad en el régimen jurídico, por lo que hace ciertas concesiones como la reducción de los plazos de las prórrogas y la ampliación de las excepciones, ya mencionadas. No parece entender el legislador -o no quiere entenderlo- que lo que busca el arrendador es la rentabilidad del arrendamiento. El arrendador repercutirá en la renta pactada los efectos que sobre la rentabilidad puedan tener las medidas proteccionistas, estableciendo una renta más elevada, cuanto menor sea su autonomía. Valga como ejemplo la medida de la prórroga obligatoria: el hecho de que, salvo contadas excepciones, el arrendador no pueda oponerse a la prórroga de hasta cinco años, aun a pesar de que durante la vida del contrato puedan surgir otras opciones más beneficiosas -por ejemplo, ceder el inmueble para uso turístico-, debe quedar compensado de alguna forma. En efecto, la rentabilidad del arrendamiento celebrado solo puede lograrse por dos vías: la primera, mediante la fijación de una renta suficientemente alta, según el arrendador, para compensar las medidas proteccionistas a las que queda sometido, y la segunda, que sean los poderes públicos los que rentabilicen el arrendamiento para el arrendador, mediante la previsión de beneficios fiscales o económicos adecuados que permitan al arrendador fijar una renta más asequible, por no tener que incluir en la misma el coste de las medidas proteccionistas o intervencionistas. En caso de que ninguna de estas dos vías esté al alcance del

arrendador, este, probablemente, abandonará el mercado. El efecto sería la reducción de la oferta.

Octava. Siguiendo el hilo del pensamiento anterior, cuanto mayor sea la intervención del legislador en el régimen arrendaticio, mayor será el incremento en las rentas o, si la intervención se refiere, precisamente, a una limitación de la libre determinación del precio, menor será la oferta de viviendas. Es por ello por lo que, cualquier medida limitativa de la libertad del arrendador, debe ir acompañada de otras que sirvan para devolverle la rentabilidad.

Novena. Centrándonos en las medidas más recientes, de claro corte intervencionista, es preciso hacer una reflexión más allá de la rentabilidad o no del arrendamiento, y es la idea que introduce el RDL 11/2020 de evitar el traslado de la vulnerabilidad del arrendatario al arrendador por la aplicación de ciertas medidas. Esto es, ya no se trata únicamente de evitar que el arrendamiento deje de ser beneficioso para el arrendador, sino de impedir que resulte ser, incluso, gravoso. Para cada medida intervencionista introducida por el legislador en un régimen que, en principio, debería estar regido por la autonomía de las partes, debe ofrecerse una motivación suficiente que justifique la limitación de la libertad de las partes para definir su relación contractual. Esta justificación requiere, no solo de un estudio de los problemas o situaciones concretas que denotan la necesidad de intervenir del legislador, sino de los efectos económicos, jurídicos y sociales que cada una de las normas adoptadas puede tener sobre el sistema. Ello debe permitir advertir cuándo una norma determinará la desconfianza de alguno de los contratantes, de forma que puedan añadirse normas para prevenir y compensar, en su caso, al contratante afectado. Es esto, precisamente, lo que no ha hecho el legislador en la reciente Ley por el derecho a la vivienda, pues introduce medidas gravosas para el arrendador, sin establecer una compensación adecuada para, no ya garantizar la rentabilidad del arrendamiento, sino para no causarle verdaderos perjuicios.

Décima. Resulta especialmente preocupante el paralelismo entre las medidas introducidas con carácter temporal y extraordinario por medio de decreto-ley para paliar las consecuencias de la pandemia por la enfermedad COVID-19 y la guerra en Ucrania, y las medidas introducidas por la Ley por el derecho a la vivienda con intención de perdurar en el tiempo. La adopción de medidas intervencionistas, en el primer caso, está justificada por la grave situación de vulnerabilidad económica y social derivada de un hecho concreto, extraordinario y temporal, previéndose, además, una compensación para los propietarios-arrendadores que tengan que soportar dichas medidas. Sin embargo, no se explica, ni motiva, adecuadamente, la necesidad de introducirlas en una ley que está encaminada a establecer una regulación básica de los derechos y obligaciones de los ciudadanos en relación con

la vivienda. Se estaría, de esta manera, generalizando y normalizando un régimen intervencionista, que, al no ofrecer medidas de entidad suficiente para paliar los efectos perniciosos para el arrendador, está abocado a fracasar en su empeño de aumentar la oferta y reducir los precios. Cabe preguntarse, por tanto, si las razones son de otra índole. Así, es imposible no sospechar del momento político -época de elecciones- bajo el que ve la luz la Ley por el derecho a la vivienda. Este hecho hace dudar de las motivaciones detrás de alguna de las medidas recogidas.

Undécima. No podemos sino concluir que, quizás, el análisis realizado lleve a la conclusión de que el legislador no sabe a dónde va y que no ha diseñado una política clara y estable en materia de arrendamientos de vivienda, dejándose llevar por impulsos bastante irreflexivos que en ocasiones no buscan más que reducir la alarma ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M.J.: "Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el registro de la propiedad", *Diario La Ley,* 2014, núm. 8340.

Achón Bruñén, M.J.: "La duración de los contratos de arrendamiento de vivienda y el régimen de prórroga forzosa tras la Ley 4/2013", *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil,* 2014, núm. 109.

Alemán Laín, P. Y Sotelo, R., "La duración de los contratos y la actualización de la renta en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: una aproximación crítica desde la económica de los costes de transacción", *Diario La Ley (Sección Doctrina),* 1997, Ref. D-245, Tomo 5.

Algaba Ros, s.: "El control de la renta en el arrendamiento de vivienda", *InDret,* 2021, núm. 1, pp. 46-86.

Aparicio Wilhelmi, M.: "La vivienda como derecho y la limitación de la propiedad privada y del mercado: comentarios a propósito de la ley catalana 11/2020 de contención de precios del alquiler", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 58-94.

Argelich Comelles, C., *Ley por el derecho a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2023.

Avilés García, J., "Política de acceso a la vivienda, arrendamiento vigilado y libertad de mercado en la nueva LAU", *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 34/2014.

Borgia Sorrosal, S., Fernández López, M.A. y Navau Martínez-Val, P.: "La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, mayo 2011, núm. 24, pp. 177-227.

Carrasco Perera, Á.: "Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de vivienda", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2021, núm. 4, pp. 118-134.

Collado gosálvez, i.: "Comentarios y discusiones sobre la regulación del alquiler en el proyecto de ley por el derecho a la vivienda en el Estado español: regular, incentivar o desmercantilizar", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España,* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 95-131.

De Pablo Contreras, P.: "Alquiler y registro de la propiedad", en AA.VV.: *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s* (dirs. E., Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto y A. Urquizu Cavallé), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 227-314.

García Teruel, R.M.: "Spanish law of residential leases: Historical developments and current regulation and trends", *Revista Electrónica de Direito,* Octubre 2017 núm. 3.

García Teruel, R.M. y Nasarre Aznar, S.: "Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2022, núm. 789, año núm. 98, pp. 183-223.

González Acebes, B.: "La subrogación mortis causa en el contrato de arrendamiento urbano para uso de vivienda", en AA.VV.: *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para tod@s* (dirs. E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto, Á. Urquizu Cavallé), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 339-362.

Guilarte Gutiérrez, V.: "Artículo 2. Arrendamiento de vivienda", en AA.VV.:*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dirs. F. Crespo Allué y V. Guilarte Gutiérrez), Thomson Reuters, Valladolid, 2014, pp. 29-52.

León-Castro, J. y De Cossio, M.: *Arrendamientos urbanos. La nueva ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994,* Comares, Granada, 1995.

Martens Jiménez, I. L.: "Propuesta de introducción de nuevos tipos de arrendamientos de vivienda en el Código Civil", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 4, 2021, pp. 49-101

Molina Roig, E.: "Principales novedades sobre arrendamientos urbanos en la Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda", *Actualidad Civil,* núm. 5, 2023.

Molina Roig, E.: "La reforma de los arrendamientos de vivienda: el Real Decreto Legislativo 21/2018", *Actualidad Civil,* 2019, núm. 2.

Molina Roig, E.: *Una nueva regulación para los arrendamientos de vivienda en un contexto europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Montes Rodríguez, M.P.: "Una visión crítica de los recientes cambios en la legislación arrendaticia urbana española", *Revista Boliviana de Derecho,* núm. 33, enero 2022, pp. 202-227.

Moreno-Torres Herrera, M.L, y Martens Jiménez, I.L.: "Pasado, presente y futuro de la regulación de los arrendamientos de viviendas turísticas en el ordenamiento español", *Revista Jurídica del Notariado,* 2021, núm. 112, pp. 271-312.

Nasarre Aznar, S.: "Llueve sobre mojado: el problema del acceso a la vivienda en un contexto de pandemia", *Derecho Privado y Constitución*, 2020, núm. 37, pp. 273-308

Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Noguera Fernández, A.: "Regular los alquileres en un escenario hostil: la función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España", en AA.VV.: *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España* (coord. A. Noguera Fernández), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 15-55.

Quicios Molina, M. S.: "Covid y arrendamientos de vivienda", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario 2021, Tomo II, pp. 183-202.

Quicios Molina, M. S.: "Las reformas de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 2013 y 2019. Particular atención al juicio de desahucio, el registro de arrendamientos morosos y el régimen transitorio. Medidas adoptadas durante el estado de alarma por el COVID-19, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbano* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 23-71.

Quicios Molina, M. S.: "La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal,* diciembre 2012, Vol. 2, núm. 8, pp. 31-74.

Rodríguez Morata, F.: "Artículo 25. Derecho de adquisición preferente", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Navarra, pp. 833-887.

Rodríguez Ríos, S.F.: "La protección de colectivos vulnerables en los procesos de desahucio: una mirada crítica a la limitación del derecho de propiedad", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerable*s, (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 501-515.

Sánchez Lafuente, F.R.: "La protección de la persona vulnerable en el arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dirs. M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 351-372.

VALLADARES RASCÓN, E; ORDÁS ALONSO, M.: "Artículo 2.1. Arrendamiento de vivienda", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Navarra, pp. 79-108.

ALCANCE DE LA PROTECCIÓN QUE OFRECE EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL A LA VIVIENDA FAMILIAR

EXTENT OF THE PROTECTION PROVIDED BY ARTICLE 1320 OF THE CIVIL CODE FOR THE FAMILY HOME

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 558-579

Angustias
MARTOS
CALABRÚS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El presente artículo colabora a perfilar el alcance de la prohibición de disponer unilateralmente, por uno de los cónyuges, de la vivienda familiar, que contiene el artículo 1320 CC, ya sea por la introducción de nuevas realidades, como la vivienda colaborativa, o clásicas, como la reserva de usufructo. Se trata de definir mejor el objeto de protección y los actos que puedan atentar contra él.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; disposición unilateral, prohibición de disponer, derechos sobre la vivienda, actos de disposición.

ABSTRACT: *This article contributes to outlining the scope of the prohibition on unilaterally disposing of the family home by one of the spouses, contained in Article 1320 of the Civil Code, either by introducing new realities, such as collaborative housing, or classic ones, such as the reservation of usufruct. It is a matter of better defining the object of protection and the acts that may threaten it.*

KEY WORDS: *Family home; unilateral disposition; prohibition to dispose; rights over the home; acts of disposition.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO. SUPUESTOS DUDOSOS.- 1. Derechos sobre la vivienda.- A) Cuota.- B) Comodato / precario.- C) Derecho del cooperativista y del socio.- 2. Muebles de uso ordinario.- III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS.- 1. Actos de disposición.- A) Venta y donación.- B) Aportación a sociedad.- C) Constitución de hipoteca.- D) Constitución de usufructo, uso o habitación.- E) Constitución de servidumbre que afecte al uso de la vivienda.- F) División de la cosa común.- G) Diversas renuncias.- 2. Actos susceptibles de privar o reducir los derechos sobre la vivienda, que no son de disposición.- A) Presupuesta la propiedad o el usufructo.- a) Arrendamiento.- b) Mandato de venta.- c) Seguro relativo a la vivienda.- B) Presupuesto el arrendamiento.- a) Renuncia y desistimiento.- b) Cesión del contrato.- c) Subarriendo.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 1320 (al igual que los arts. 231-9 CC de Cataluña y 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón) trata de evitar que, por un acto dispositivo de un cónyuge, realizado en situación de normalidad familiar, sin el consentimiento del otro o sin la autorización judicial supletoria, la familia (los cónyuges, los hijos) tenga que abandonar la vivienda para cuya ocupación se tenía un título jurídico suficiente.

No tratamos de desarrollar en estas páginas la entera cuestión del necesario consentimiento que ha de prestar un cónyuge (o conviviente[1]) a la disposición que haga el otro de los derechos de la vivienda habitual de la familia o de los muebles de uso ordinario[2], que regula el art. 1320 CC, ni de la complementaria exigencia del art. 91 RH (manifestar, al disponer, que la vivienda no es la habitual de la familia, cuando falta el consentimiento del no disponente): materias que han sido ampliamente tratada por la doctrina[3] desde que nuestro legislador introdujo el texto del art. 1320 en 1981, siguiendo los pasos del francés, que lo hizo en el *Code,* con un texto semejante (art. 215), seis años antes, y que puede considerarse, por ello, inspirador directo del nuestro[4]. Lo que vamos a tratar de realizar son algunas precisiones y de hacer algunas ampliaciones a lo ya escrito en lo relativo al objeto

1 En adelante, para abreviar, sólo nos referiremos al cónyuge, pero lo que se diga de él es igualmente aplicable al conviviente.

2 Dado que el disponente puede tener un domicilio o vivienda habitual que no coincida con el domicilio o vivienda habitual de la familia, y aunque el art. 1320 hable sólo de "vivienda habitual", se hace necesario precisar que la vivienda es la de la familia, por lo mismo que al realizar el acto dispositivo no será suficiente que el disponente afirme que la vivienda "no se destina a domicilio habitual" (RDGRN de 6 de marzo de 2020 [RJ 2020, 2982]).

3 Tampoco es preciso mencionar aquí a los autores que han tratado la cuestión. Baste con los que a lo largo del trabajo se mencionan.

4 El art. 215 se introdujo por la Loi 75-617, de 12 de julio de 1975. En su párrafo 3° dice: "Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous".

• Angustias Martos Calabrús
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: mamartos@ual.es

u objetos y a los derechos a los que la previsión del precepto se refiere, así como sobre los actos dispositivos.

Por un lado, el objeto u objetos, o sea, la vivienda y los muebles de uso ordinario de la familia y los derechos que sobre ellos recaen, que son, en definitiva —más que las cosas u objetos—, sobre los que se produce la disposición y a los que el "consentimiento"[5] se refiere. Por otro, la definición de los actos dispositivos a los que se alude el precepto, que parece algo más complejo que la simple enunciación de los actos de enajenación y de gravamen.

II. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN EN CUANTO AL OBJETO. SUPUESTOS DUDOSOS.

1. Derechos sobre la vivienda.

El objeto del que no puede disponer el cónyuge titular sin el consentimiento del otro no es la vivienda, en cuanto cosa, sino el derecho que permite utilizar esa "cosa" como vivienda familiar —el art. 1320 dice: "para disponer de los derechos [..]"—. O sea, cualquier derecho que confiera al hogar un título suficiente de uso, y sin que importe si el derecho pertenece a uno de los cónyuges o a los dos; o a uno de ellos y a la sociedad de gananciales "pro indiviso"; o si el derecho es privativo o ganancial[6]; aunque la utilidad de la norma se encuentra verdaderamente en los supuestos de vivienda que sea bien propio o privativo de uno de los esposos. Los derechos, claramente, son los de propiedad, usufructo, habitación y uso (cuando en el título constitutivo del derecho de uso se haya previsto un verdadero "usus", y no sólo el limitado "fructus" del art. 524 CC), entre los reales, y el de arrendamiento, entre los personales. Pero hay otros derechos que resultan menos evidentes, como son la cuota del comunero, entre los derechos reales, y el comodato y el derecho del cooperativista o del socio, entre los personales. Hablemos de ellos.

Al contrario, hay derechos sobre un inmueble que no confieren un título suficiente que permita utilizarlo como vivienda, aunque sean reales, y no quedan, por ello, incluidos en la exigencia del art. 1320. Es el caso de la nuda propiedad, para la que la DGRN, en resolución de 26 de octubre de 1987[7], dijo que el cónyuge

5 En realidad, se trata de una declaración de voluntad que es requisito del negocio jurídico, que no es verdadero consentimiento ni complemento de capacidad. Pertenece, como dicen Díez-Picazo y Gullón, al género de las licencias y aprobaciones (Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A.: *Sistema de Derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 2000, p. 155). Con esta salvedad ha de entenderse el uso que hacemos del término "consentimiento", por expresarnos como lo hace el Código.

6 En este sentido: Atienza Navarro, M. L.: "Comentario al artículo 1320", en AAVV.: *Código civil comentado* vol. III (dirs. por A. Cañizares Laso *et al*), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 841.

7 RDGRN 26 de octubre de 1987 (BOE 26 noviembre 1987).

nudo propietario no precisa del consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho.

A) Cuota.

Entendieron las RRDGRN 10 noviembre 1987 y 27 junio 1994[8] que la cuota en proindiviso de una vivienda no da derecho a ocuparla en su totalidad y que no "sirve de soporte para la constitución [...] de la vivienda habitual" y, en consecuencia, que no es exigible, en caso de disposición de la cuota por el comunero, del consentimiento de su cónyuge, exigido por el art. 1320 CC.

Con independencia de que, en el caso decidido en la última de las resoluciones citadas, desconocemos si la vivienda ocupada por las familias de los dos comuneros que dispusieron de sus cuotas sin el consentimiento de sus respectivos cónyuges admitía o no la posibilidad física de albergarlos a todos en condiciones de constituir dos viviendas habituales (dicho de otra forma: que las familias pudieran tener en la misma casa su vivienda, puesto que si una vivienda no tiene porqué constituir una sola finca registral, una finca registral tampoco tiene porqué constituir una sola vivienda), lo que no puede aceptarse como principio es que la cuota de un partícipe no le atribuya el derecho al uso total de la vivienda, y que ello le impida constituir, con ese fundamento, un hogar, con la consecuencia de que en la disposición de la misma no deba alcanzarse la protección que preceptúa el art. 1320. Y tampoco puede admitirse que, como igualmente afirma la resolución, hubiera sido necesario, como título complementario a la cuota, un acuerdo de los comuneros.

Como es sabido, en la comunidad romana, el uso de la cosa común es solidario (sobre el "solidums", o sea, sobre la totalidad)[9], y la única exigencia que impone el art. 394 CC es que el uso de uno no impida el de los demás, es decir, cuando los demás lo interesen, si es que lo interesan; comuneros, además, que pueden haber consentido o concedido tácitamente ese uso solidario del copartícipe. Pero es más: si el uso puede llegar a ese máximo de la totalidad, con más razón podrá alcanzar a sólo una parte del inmueble común que sea suficiente como vivienda familiar, y sin necesidad de ninguna clase de acuerdo entre los comuneros (muy conveniente por seguridad jurídica, ciertamente), porque el art. 394 CC no lo exige.

B) Comodato / precario.

Antes de preguntarnos si el comodato entra dentro del conjunto de derechos a los que se refiere el art. 1320, hay que preguntarse si con base en

8 RRDGRN 10 noviembre 1987 (RJ 1987, 8733) y 27 junio 1994 (RJ 1994, 4921).

9 Vid. sobre la cuestión: Ors Perez Peix, A. D', y Bonet Correa, J.: "El problema de la división del usufructo", *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V-1, pp. 69-71.

el comodato (incluso en el precario) es posible residenciar a una familia en una vivienda. La jurisprudencia relativa a la vivienda familiar de tenencia gratuita en casos de crisis matrimonial, cuando resulta atribuido el uso a uno de los esposos y demanda el propietario, normalmente de desahucio por precario, nos ilustra en el sentido de que es bastante frecuente que una familia haya tenido su hogar en una vivienda cedida gratuitamente, hasta que se produjo la ruptura. Como dice la fundamental sentencia en materia de conflicto entre derecho de uso y desahucio, la STS 26 diciembre 2005, "la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para 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"; o sea, que antes, pudo haber sido de comodato, como fue en el caso, por ejemplo, de la STS 13 noviembre 2008[10].

La línea divisoria entre el comodato y el precario es la limitación temporal del primero, que no se da en el segundo (entre otras cosas, porque desde la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, existe una "cesión en precario" y no solo una "tenencia en precario", por lo que el precario, como el comodato, también puede obedecer a una voluntariedad inicial). Como dice Martín Meléndez, de las tres formas de las que puede resultar el plazo del comodato que establece el art. 1750 CC (pacto, uso concreto y determinado para el que se hizo la cesión y costumbre de la tierra) la única que se va a dar, normalmente, es el uso concreto y determinado, y el destino a vivienda familiar no es un uso concreto y determinado; luego, según esta autora, lo habitual será que la cesión gratuita configure un precario[11]. Ahora bien, al efecto que ahora nos ocupa, que no es saber si tras la ruptura uno de los cónyuges precaristas puede continuar en el uso (y en virtud de un precario, no podría), sino saber si antes de la ruptura el precario fue soporte suficiente para establecer un hogar, hay que afirmar que sí, que se puede constituir un hogar con el sólo fundamento de la "cesión" o la "tenencia" tolerada de una vivienda.

Por tanto, ya sea el derecho (en el comodato) o la mera situación (en el precario) son susceptibles de disposición, entendida, desde luego, como renuncia[12], para la que será necesario, como dice el art. 1320, el "consentimiento de ambos" cónyuges,

10 Esta sentencia estimó que un préstamo de uso de una vivienda con la finalidad de que los cónyuges pudieran constituir en ella su hogar familiar desapareció al romperse la convivencia conyugal, dando paso al precario STS la STS 13 noviembre 2008 (RJ 2009, 5).

11 Con cita de varios autores en ese sentido: Martín Melendez, T.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* vol. IV (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2011, p. 355.

12 En el comodato cabría pensar también en la cesión, pero para hacerla, el comodatario necesitaría, como en cualquier cesión de contrato, del consentimiento del cedido, o sea, del comodante.

C) Derecho del cooperativista y del socio.

Los derechos que aseguran la vivienda familiar, de los que el art. 1320 prohíbe a los cónyuges hacer disposición el uno sin el otro, también pueden ser de naturaleza u origen societario.

El cooperativismo de vivienda en cesión de uso (la llamada vivienda colaborativa o "co-housing"), en auge en España[13] y, singularmente, en Cataluña, constituye un sistema de acceso a la vivienda en el que la cooperativa de viviendas no nace para la autopromoción, atribución de viviendas en propiedad, constitución de la propiedad horizontal y extinción de la cooperativa, sino para la autopromoción y atribución del uso de las viviendas resultantes de la construcción a cada socio, conservando la cooperativa la propiedad de la totalidad del edificio. Tal modalidad cooperativa se ampara en el párrafo 2º del art. 89.3 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LC), que, aunque no establece su régimen, pues lo deja a lo que los estatutos puedan regular, al menos hace posible su existencia, al decir: "Cuando la cooperativa retenga la propiedad de las viviendas o locales, los estatutos establecerán las normas a que ha de ajustarse tanto su uso y disfrute por los socios, como los demás derechos y obligaciones de éstos y de la cooperativa"[14]. Igualmente, y de forma más explícita, la Ley de Cooperativas de Cataluña (Ley 12/2015, de 9 de julio) ha previsto, en su art. 122.3, que "las cooperativas de viviendas también pueden tener por objeto [...] la construcción de viviendas para cederlas a los socios mediante el régimen de uso y disfrute"; aunque el régimen queda remitido, igualmente, a lo que digan los estatutos (art. 123.3). Y también, de forma explícita, la Ley andaluza de Sociedades Cooperativas (Ley 14/2011, de 23 de diciembre), al decir que "los estatutos sociales podrán prever, mediante cualquier título admitido en derecho [...] la cesión de uso y disfrute, manteniéndose la titularidad de la propiedad por parte de la sociedad cooperativa" (art. 97.3).

Una vez adjudicado el uso de una vivienda al socio, éste podrá constituir sobre la misma su vivienda familiar, y será de ese uso del que el cooperativista no podrá disponer por sí sólo. Ahora bien, aunque existe una indefinición sobre la naturaleza del derecho del socio, que queda a lo establecido en los estatutos[15], y, por tanto, es difícil hacer una afirmación general sobre la disponibilidad del derecho, lo que no admite dudas es que, entre las facultades que el socio cooperativista tiene las hay que, una vez ejercidas, suponen la pérdida del derecho de uso y que, por tanto, deben de equipararse al acto de disposición: son la facultad de causar baja voluntaria y justificada en la cooperativa (arts. 17 y 89.5 LC) y la de ceder o permutar

13 Simón Moreno, H.: "Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?", *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, 134 pp. 1 a 17 (https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165).

14 Con parecido texto: La Ley Asturiana 4/2010 de 29 de junio, más extensa, en su art. 153.3.

15 Simón Moreno, H.: "Las cooperativas de viviendas", cit., pp. 4 y 11.

el derecho de uso y disfrute de la vivienda con socios de otras cooperativas de viviendas que tengan establecida la misma modalidad (art. 89.3, pfo. 2º LC); forma de disposición, esta última, llamada a ser la ordinaria en este modelo de acceso a la vivienda[16]. Y será en ambos casos, cuando el renunciante esté casado, en los que el consentimiento del otro cónyuge será necesario conforme al art. 1320 CC.

Pero el uso de una vivienda en virtud de un derecho de socio se puede alcanzar, no sólo en el ámbito de la cooperativa, sino también en el de la asociación. La Ley de vivienda del País Vasco (Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda), prevé la posibilidad de que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan ceder el uso de los inmuebles de su propiedad a los socios mediante un derecho de uso, "que tendrá carácter indefinido y será también transmisible *mortis causa* en sus propios términos y contenidos" (Disposición Adicional 3ª). Sin embargo, la norma nada dice de la naturaleza jurídica de este derecho, ni del régimen que le sea aplicable[17]. Ello no obstante, la renuncia siempre existirá como acto dispositivo que haga necesaria, igualmente, la aplicación del art. 1320 CC.

¿Y cuando se trate de una sociedad? Sería el caso de una vivienda propiedad de una sociedad patrimonial de la que uno de los cónyuges, al menos, fuera partícipe o accionista, y debería existir una atribución del uso a uno o a los dos, derivada de un acuerdo de la sociedad. En Francia, una sentencia de la *Cour de Cassation*, de 14 de marzo de 2018[18], contempla un supuesto de uso de una vivienda, perteneciente a una sociedad civil inmobiliaria de la que uno de los cónyuges era socio, poseída con carácter de domicilio familiar "en virtud de un derecho de socio", para cuya disposición (de ese derecho) exige el consentimiento previsto en el art. 215, apartado 3, del *Code Civil*, idéntico, como sabemos, porque es su precedente, al art. 1320 de nuestro Código.

16 Dada la duración indefinida del derecho y que, a lo largo de la vida, el socio puede tener necesidad de cambiar de residencia. Vid. Martens Jiménez, I. L.: "Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: una vía desaprovechada para facilitar el acceso a la vivienda", en AAVV.: *Vivienda y Colectivos vulnerables* (dirs. por M. D. Cervilla Garzón y I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 456.

17 "1. Sin perjuicio de otras modalidades de autopromoción o de promoción a través de cooperativas u otras formas de asociación con la finalidad de la adjudicación de viviendas y anejos a sus partícipes, la promoción o adquisición de un conjunto de viviendas, en inmueble único, para la satisfacción de las necesidades residenciales de sus asociados, en régimen de cesión de uso, podrá realizarse por las asociaciones privadas sin ánimo de lucro que se constituyan para tal finalidad.
"2. En tal caso, el conjunto inmobiliario será propiedad de una asociación de las referidas, en pleno dominio u otro derecho que habilite para construir sobre él, y sus asociados, que serán personas físicas, gozarán de un derecho de uso sobre la vivienda y locales que les sean adjudicados por la mencionada entidad conforme a las reglas que se prevean en sus estatutos y normas de organización interna. [...]
"4. El derecho de uso del que gozará cada uno de los asociados tendrá carácter indefinido y será también transmisible «mortis causa» en sus propios términos y contenidos, y, en contraprestación a él, se abonará un canon o renta social establecido por la asociación de acuerdo con los costes de promoción, construcción, amortización, mantenimiento, mejoras y conceptos asimilables correspondientes al inmueble residencial. [...]". (Disp. ad. 3.ª Ley 3/2015, de 18 de junio, del País Vasco).

18 Cass. 1ère civ. 14 mars 2018 (Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile, 2018, I, núm. 48).

2. Muebles de uso ordinario.

El objeto, con todo, a tenor del art. 1320, no es sólo el derecho sobre la vivienda habitual, sino, también, los derechos sobre los "muebles de uso ordinario de la familia". Cuales sean o puedan ser esos bienes es cuestión que ya ha sido tratada. Lo que se suscita como cuestión, más o menos reciente, es si en ese conjunto de "bienes" puede incluirse al animal de compañía, aunque técnicamente ya no sea un "bien mueble", porque sí es un "objeto" de derecho (cfr. art. 348 CC) y de disposición. Nos acogemos en este punto a lo tratado por Cerdeira Bravo de Mansilla, para el que el animal de compañía, a la luz de la reforma operada en 2021, más que un "mueble de uso ordinario" es parte de la vivienda familiar, o sea, del hogar, y con independencia de que la titularidad del inmueble (que puede ser común o ganancial) sea distinta a la del animal (que puede ser exclusiva de uno de los cónyuges)[19]. Y con esa concepción, el cónyuge titular exclusivo del animal de compañía afecto al hogar habrá de recabar el consentimiento de su consorte para poder venderlo o donarlo.

III. ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN RELACIÓN CON LOS ACTOS.

El art. 1320 establece que los actos de disposición relativos a la vivienda familiar y a los muebles de uso ordinario están sujetos al consentimiento de ambos cónyuges. Quedan incluidos, por tanto, como actos dispositivos que son, todos los que transfieren la propiedad del bien, como venta, dación, donación, permuta o aportación a una sociedad; y los que desmembran el derecho de propiedad, y también privan del hogar a la familia, como son la constitución de un usufructo o de un derecho de habitación o de uso (cuando en la constitución del derecho de uso se haya previsto, conforme al art. 523 CC, un verdadero "usus" y no sólo el limitado "fructus" del art. 524 CC). También, los actos que constituyen garantías reales sobre la vivienda familiar (hipoteca) o sobre el mobiliario (prenda). E igualmente, los actos de renuncia, en los casos en los que el derecho que habilita jurídicamente para el uso de la casa como vivienda habitual no sea transmisible, como es el caso de los derechos de uso y de habitación, o el del comodato, o el del socio cooperativista con derecho de uso.

Por otra parte, parece que también debe incluirse, en el ámbito de aplicación del art. 1320 CC, cualquier otro acto susceptible de privar a la familia del uso de su vivienda, o, como dice el art. 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, todo acto que implique "sustraer al uso común" los derechos sobre la vivienda familiar. Por ejemplo, si la vivienda se sustenta sobre un derecho de propiedad

19 Cerdeira Bravo De Mansilla, G.:" Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en el Derecho de familia", en AAVV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 338-356.

o un usufructo, darla en arrendamiento o en comodato; y si se asienta sobre un arrendamiento: renunciarlo, cederlo, o subarrendar la vivienda.

Ahora bien, el concreto alcance que la prohibición pueda tener depende de la finalidad que se atribuya a la limitación establecida en el art. 1320 CC. Como es sabido, existen dos posiciones doctrinales[20]. Una, la que entiende que la limitación establecida por el art. 1320 es complemento del derecho que asiste a cada uno de los cónyuges, establecido en el art. 70 CC, a fijar el domicilio de común acuerdo; para la que difícilmente podría ejercerse ese derecho conjuntamente, si individualmente cada uno pudiera disponer de la vivienda; o sea, una posición doctrinal para la que el art. 1320 impide modificar unilateralmente la situación jurídica de la vivienda (cuando comprometa o pueda comprometer el uso), por ser incompatible con el principio de codirección de la familia[21]. Otra, la que entiende que la limitación que establece el art. 1320 es precautoria, para impedir que el otro cónyuge (y, en su caso, los hijos) pueda verse privado del hogar por la «arbitrariedad o mala voluntad» del cónyuge disponente, «es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle», en expresión de Lacruz[22]. Por nuestra parte, entendemos preferible la primera, porque, a la postre, viene a entender que la intervención del cónyuge no titular se funda en un interés propio en la situación jurídica de la vivienda; lo que encaja con la necesidad de demandar a ambos cónyuges, aunque sólo uno de ellos sea titular, cuando el proceso tenga por objeto la vivienda familiar, que el Tribunal Constitucional deduce, precisamente, de este art. 1320 (STC, 2ª, de 31 de octubre de 1986[23]).

1. Actos de disposición.

Se refiere el art. 1320 a la disposición de derechos. Por tanto, no sólo a la disposición de derechos reales, que se obra por medio de la transmisión o gravamen, sino a la disposición de derechos personales, que se produce por la cesión o renuncia.

A) Venta y donación.

Entre los actos que no pueden ser realizados únicamente por un cónyuge se encuentran, en primer lugar, la venta y la donación (sea del pleno dominio o del

20 Vid. Atienza Navarro, M.L.: "Comentario", cit., p. 843. 847 y 848.

21 En esta línea: Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III (*Los regímenes económicos matrimoniales*) (dirs. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas.), Arazandi, Cizur Menor, 2011, pp. 312-315.

22 Lacruz Berdejo, J.L.: «La economía del matrimonio», en AA. VV., *El nuevo régimen de la familia*. t. II (*Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 132.

23 STC, 2ª, 31 octubre 1986 (RTC 1986, 135).

usufructo de la vivienda; sea de la totalidad o de una parte[24]), así como los actos derivados o relacionados con ella.

Ha de incluirse en ese elenco la venta o donación de una cuota, en el caso de que el disponente sea propietario único y conserve otra cuota. Aunque hemos sostenido que una cuota (la que queda en el patrimonio del disponente) sobre una vivienda es título suficiente para poder conservar un hogar sobre la base de la naturaleza solidaria de la facultad de uso que tiene todo comunero, también es cierto que tal uso "total" es precario (el comprador ostenta la acción divisoria como comunero, cuyo ejercicio puede poner término al uso familiar de la vivienda). Por esta razón, la venta o donación que conduce a esa situación precaria que, en ella deba consentir el otro cónyuge, está el que se deriva de la.

Igualmente, resulta aplicable el art. 1320 en la enajenación de una cuota cuando la vivienda está en comunidad ordinaria con el otro cónyuge, supuesto al que se refiere expresamente el art. 231-9 CC de Cataluña. Aunque ese cónyuge goza del derecho de retracto, que puede hacer revertir la situación, la posibilidad de que no pueda ejercerlo, por no poder afrontar el pago del precio, hace que también en este caso, la venta debe contar con el consentimiento del no disponente ex art. 1320 CC.

Con todo, los casos más comunes no son estos. Respecto de la enajenación de la vivienda completa, existe la duda de si ha de incluirse en el supuesto del precepto toda enajenación y en cualquier caso. La duda resulta de la diversa finalidad que, como ya hemos señalado, se atribuye a la norma. Para la posición doctrinal que entiende el art. 1320 como una mera cautela, la limitación carecerá de sentido cuando quede asegurado el uso de la propia vivienda, de la que se dispone, por otro título (caso de la venta con reserva de usufructo, o de la venta con constitución de arrendamiento), o de otra vivienda como hogar de la familia. Para los que sostienen que se trata del derecho del otro cónyuge a participar de las decisiones que afecten a la situación jurídica de la vivienda en las que el uso esté concernido, el consentimiento del consorte no disponente será preciso en cualquier supuesto. Esta es la posición que creemos corresponde al carácter imperativo del art. 1320, y viene corroborada por la DGRN que dice que, "incluso, respecto de las [enajenaciones] realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin [...] se encuentran

24 La posibilidad de disponer de una parte resulta, no ya de una operación compleja de división o segregación, sino de la existencia de varias fincas registrales que, en su conjunto, constituyan la vivienda familiar, pues, como advierte Atienza Navarro, la vivienda familiar no se identifica con el concepto de finca registral ("Comentario", cit., p. 844).

comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma (RDGRN 13 junio 2018[25]).

No obstante lo anterior, se debe excepcionar el supuesto, al que ya se refirió Lacruz, de "la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y de la familia entonces conviviente (reserva, mientras haya familia y vínculo familiar) [...], por cuanto el interés del alojamiento familiar que trata de proteger sigue estando asegurado con las mismas posibilidades"[26]. Y este ha sido el criterio de la DGRN.

En la RDGRN 18 febrero 2021[27], en un caso de donación de la nuda propiedad de una vivienda con reserva del usufructo vitalicio, se dice que, en la "disposición de la nuda propiedad, no hay elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma". En una donación de esta naturaleza, el donante conserva un soporte jurídico suficiente para que la vivienda siga teniendo el carácter de vivienda familiar. Ciertamente, tratándose de un usufructo vitalicio, con la muerte del donante y la extinción del usufructo quedará comprometido aquel uso familiar preexistente, pero es que en ese momento también habrá quedado disuelto el matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal.

Este es el criterio de la jurisprudencia francesa. Aunque en una sentencia de 16 de junio de 1992, la Cour de Cassation decidió que una venta con reserva de usufructo a favor del cónyuge vendedor-propietario requería el consentimiento de su cónyuge[28], en la de 22 de mayo de 2019 entendió que una donación con reserva de usufructo al propio donante no necesitaba del doble consentimiento, siempre que la donación otorgada no afectara "al uso y disfrute de la vivienda familiar" y aunque, en caso de muerte del cónyuge usufructuario, el supérstite se vea privado de la vivienda, pues el art. 215, apartado 3, del *Code civil*, al igual que nuestro art. 1320 CC, protege la vivienda familiar únicamente durante el matrimonio.

El consentimiento del cónyuge no disponente ha de concurrir aunque la venta sea hecha en documento privado y no se produzca de momento la entrega ni, por tanto, el desplazamiento posesorio.

25 RDGRN 3 junio 2018 (RJ 2018, 2999).

26 Lacruz Berdejo, J. L.: *Elementos de derecho civil*. Tomo IV, 4a. ed. Madrid, Dykinson, 2010, pp. 129.

27 RDGRN 18 febrero 2021 (RJ 2021, 988).

28 Cass. 1ère civ. 16 de junio de 1992 (Bulletin des arrêts, 1992, I, núm. 185, p. 125).

B) Aportación a sociedad.

La aportación de la vivienda a una sociedad, aunque sea unipersonal, y ya sea en la constitución o en la ampliación de capital, es un acto de disposición que hace entrar en juego el art. 1320 CC.

C) Constitución de hipoteca.

La constitución de hipoteca sobre la vivienda habitual, como acto dispositivo que es, entra en el ámbito del mandato del art. 1320 (en Derecho catalán, el supuesto está expresamente previsto en el art. 569-31 del CCC). Como dice la STS 8 octubre 2010[29] y recoge la RDGRN 19 diciembre 2017[30], el consentimiento que exige el art. 1320 CC alcanza, no solo a los actos que suponen "la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario", sino también la de "aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real." Es decir, que, aunque en el caso de la hipoteca la sustracción de la vivienda al uso de la familia sea meramente potencial, esa potencialidad justifica el requisito del doble consentimiento.

Por otra parte, a la constitución de hipoteca ha de asimilarse la novación de la hipoteca con incremento de responsabilidad, pues es un acto dispositivo que compromete igualmente el uso de la vivienda.

Obviamente, la hipótesis que hace necesario el consentimiento/asentimiento del cónyuge no titular, del art. 1320, es la de constitución de la hipoteca por el cónyuge-propietario único de la vivienda familiar, porque si la misma era de ambos cónyuges con carácter ganancial, lo que se precisa es el verdadero consentimiento contractual del cónyuge no titular: "el asentimiento prestado por causa de protección de la vivienda habitual no puede en modo alguno equipararse al consentimiento negocial exigido para constituir un gravamen sobre una finca propia, dada su diferente naturaleza y efecto" (RDGRN 5 enero 2011[31]).

Si en el préstamo hipotecario, del que ambos esposos son prestatarios, sólo uno de ellos es el hipotecante, aunque en la escritura intervenga el no hipotecante sólo "a efectos de recibir junto con su esposa el préstamo", o sea, sólo como prestatario, sin consentir expresamente en la constitución de la hipoteca sobre la vivienda, la DRGN ha considerado suficiente aquella comparecencia del esposo a

29 STS 8 octubre 2010 (RJ 2010, 7445).

30 RDGRN 19 diciembre 2017 (RJ 2017, 5843).

31 RDGRN de 5 enero 2011 (RJ 2011, 3432).

efectos de entender que ha consentido en la constitución de la hipoteca (RDGRN 25 abril 2005[32]).

Igualmente, en el caso de constitución de una hipoteca sobre el derecho de usufructo de una vivienda familiar hace falta el consentimiento del cónyuge del usufructuario. En la RDGRN de 20 de diciembre de 2009[33], la Dirección General lo confirmó en un caso en el que, además del consentimiento del constituyente del derecho de hipoteca sobre la vivienda, se había producido el del nudo propietario y el de su cónyuge, "porque no se puede inferir que por el hecho de ser la vivienda familiar del nudo propietario deje de serlo del usufructuario."

En el supuesto de una hipoteca, sucesiva a una compra de vivienda, en garantía del préstamo que ha servido para adquirirla, aunque el destino final sea el de constituir en ella la vivienda habitual de la familia, no se aplica el art. 1320 CC, como decidió la RDGRN 22 mayo 2006[34]. En realidad, si no se aplica el art. 1320 es porque, entre la escritura de compra y la de hipoteca, la vivienda no se ha podido constituir en habitual del matrimonio, que, al tiempo del otorgamiento de ambas, debía tener otro domicilio distinto. Cosa distinta será el caso de que la vivienda adquirida ya fuera vivienda familiar por otro título: arrendamiento, por ejemplo.

Igualmente, la adquisición por un cónyuge de la vivienda familiar, con subrogación de una obligación asegurada con una hipoteca anteriormente constituida, tampoco requiere el consentimiento del otro cónyuge.

D) Constitución de usufructo, uso o habitación.

El derecho de habitación confiere al titular la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para él y para las personas de su familia (art. 524, 2º pfo. CC), pero también podría dar derecho a ocupar toda la casa (art. 527, pfo. 1º CC). Pues bien, aun en la primera hipótesis, el derecho de habitación constituido sobre una vivienda familiar despoja a la familia de la vivienda, y entra en el supuesto del art. 1320 CC.

E) Constitución de servidumbre que afecte al uso de la vivienda.

Como dice la ya citada RDGRN 13 junio 2018[35], "la constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo

32 RDGRN 25 abril 2005 (RJ 2005, 5576). En un caso de novación de préstamo y modificación de la responsabilidad hipotecaria.

33 RDGRN 20 diciembre 2009 (RJ 2009, 3888).

34 BOE núm. 151, de 26 de junio de 2006.

35 RDGRN 13 junio 2018 (RJ 2018, 2999).

que, en principio, entra en el ámbito del art. 1320 CC". Ciertamente, en la medida en que una servidumbre (positiva, obviamente) atribuye a su titular la facultad de realizar un cierto uso o goce del predio sirviente, la misma puede resultar incompatible con el destino familiar de la vivienda. Ese será el caso en el que el consentimiento del cónyuge no constituyente será necesario.

La resolución antes citada excluyó de la necesidad del consentimiento uxorio en la constitución de "una servidumbre externa a la vivienda habitual que sólo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma."

F) División de la cosa común.

Cuando la vivienda está en comunidad ordinaria con el otro cónyuge, además de la venta de la cuota, como acto de disposición típico, se ha de considerar, aunque solo sea en un planteamiento teórico, el ejercicio de la acción divisoria por uno de los cónyuges, asimilable a la disposición (entre otras cosas porque, siendo normalmente imposible la división material de la vivienda, la división será económica, por medio de subasta pública, de conformidad con el art. 404)[36] y, por tanto, incluido en el supuesto del art. 1320 (si la venta sin el consentimiento del otro está prohibida "aunque pertenezca a uno sólo de los cónyuges", con más razón cuando pertenezca a los dos, aunque la venta aquí sea en la modalidad de la subasta). Lo que sucede es que este supuesto no es concebible en una situación de normalidad familiar, pues la demanda de división se tendrá que dirigir contra el otro cónyuge-comunero, al cual no se le va a pedir que consienta; y en una situación de crisis matrimonial ya no es aplicable el art. 1320[37]. Ahora bien, en un puro planteamiento teórico de la hipótesis, habría que afirmar que el ejercicio de la acción de división será posible siempre que el demandante cuente con la autorización judicial a que se refiere el art. 1320.

La hipótesis de ejercicio de la acción de división que sí puede producirse en situación de normalidad matrimonial es la de comunidad formada por un cónyuge y un tercero.

36 Para Díez-Picazo, "el acto divisorio puede ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial" (Diez-Picazo, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 930).

37 Se suele citar, erróneamente, la STS 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10684) en apoyo de la tesis de que no es necesario el consentimiento para la interposición de la acción de división, pero lo cierto es que dicha sentencia se refiere a una situación de divorcio, y de lo que trata es de si era o no aplicable la limitación impuesta por el párrafo 4º del art. 96 CC. En la sentencia se dice expresamente que ni es aplicable al caso el art. 1320 CC.

G) Diversas renuncias.

La renuncia supone la pérdida de un derecho sin transmisión. Ya nos hemos referido (y volveremos a hacerlo) a algunos supuestos de renuncia que constituyen verdadera disposición del derecho. Ahora sólo se trata de mencionar la renuncia a los derechos de uso y de habitación. Puesto que no es posible la transmisión (ni el arriendo) de los derechos de uso y de habitación (art. 525 CC), el acto de disposición de estos solo puede consistir en una renuncia[38]. De hecho, por aplicación al régimen de estos dos derechos de lo establecido para el usufructo (art. 528 CC), ambos se pueden extinguir por renuncia (art. 513.4º CC).

2. Actos susceptibles de privar o reducir los derechos sobre la vivienda, que no son de disposición.

El régimen de protección de la vivienda familiar que instituye el art. 1320 no se puede referir únicamente a los actos de pura disposición[39]. En Francia, la *Cour de cassation*, mediante una interpretación extensiva del art. 215, apartado 3, del *Code Civil*, ha determinado que el requisito del doble consentimiento también se aplica a todos los actos que suprimen o reducen los derechos reales o personales de uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, que privan o corren el riesgo de privar a la familia de su domicilio, como es el caso del arrendamiento.

A) Presupuesta la propiedad o el usufructo.

a) Arrendamiento.

Dar en arrendamiento la vivienda familiar, con ser un acto de administración, y no de disposición, debe entrar en la categoría de actos que requieren del consentimiento del otro cónyuge porque el uso al que, por contrato, tiene derecho el arrendatario impide a la familia del arrendador el poder "satisfacer su necesidad permanente de vivienda", por utilizar la expresión del art. 2.1 LAU.

También, aunque, en el momento de celebrar el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar, se disponga de otra vivienda para la familia. La razón es sencilla: la vivienda arrendada tiene una vocación familiar que debe salvaguardarse[40],

38 No entramos en discutir sobre la posibilidad de configurar unos derechos de uso y de habitación de carácter transmisible, como una parte de la doctrina admite (vid. Fernández Campos, J. A.: "La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código civil)", *Anales de Derecho*, 1999, núm. 17, pp. 105 y ss.), pues, de darse, los actos de disposición que requerían del consentimiento del art. 1320 CC serían otros más.

39 Como ha señalado Cuena Casas, "el término «disposición» en esta sede no debe interpretarse como contrapuesto a «acto de administración»", debiéndose "tener en cuenta a la hora de interpretar la norma un criterio teleológico y no meramente literal" (Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", cit., p. 313).

40 En Francia, la Cour de Cassation ha admitido que la celebración, por un cónyuge solo, de un contrato de arrendamiento a favor de un tercero, podría ser nulo (en virtud del art. 215.3 Code civil) si el acto realizado

aunque "de momento" la familia haya encontrado otro hogar. Es lo que prevé el art. 9.3 LAU, al admitir la posibilidad de que se pueda recuperar la vivienda arrendada, "una vez transcurrido el primer año", si "se hubiese hecho constar en el [contrato], de forma expresa, la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco años para destinarla a vivienda permanente para sí"; lo que supone, en caso de que la vivienda sea familiar, que la "necesidad del arrendador" sea la "necesidad de la familia", y que el "para sí" sea el "para la familia". Por tanto, la intervención del cónyuge no propietario en el contrato de arrendamiento de la vivienda, prestando su consentimiento, resulta necesaria para salvaguardar esa posibilidad, y entra dentro de lo que exige el art. 1320.

b) Mandato de venta.

El llamado "mandato de venta", "cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario, es un contrato de mediación o corretaje diferente del mandato, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél[41]. El "mandato" dado por el cónyuge-propietario a un agente inmobiliario para vender la vivienda familiar no debe requerir del consentimiento del otro cónyuge, dado que se trata de un contrato que admite la revocación o desistimiento unilateral y que no obliga al mandante al celebrar el contrato de compraventa que hubiera podido preparar el agente inmobiliario. Sí es cierto que, cuando la revocación del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado o se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, puede tener consecuencia, pero tan solo indemnizatoria. Lo mismo que cuando la no celebración del contrato de compraventa preparado haya podido dar lugar a culpa "in contrahendo". Sin embargo, cuando el mandato sea irrevocable, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges. En Francia, en un caso de mandato dado a un agente inmobiliario para vender la vivienda familiar (con pacto de exclusiva, cláusula penal en caso de incumplimiento del mismo y cláusula de prórroga tácita indefinida), la *Cour de Cassation* entendió que fue necesario el consentimiento de ambos cónyuges, ya que el mandato obligaba al mandante[42]

c) Seguro relativo a la vivienda.

El contrato de seguro relativo a la vivienda familiar es un contrato que cada uno de los cónyuges puede celebrar por sí solo en virtud del art. 1319 CC, sin embargo la resolución del mismo, cuando el seguro cubre riesgos susceptibles

puede comprometer la vocación familiar de la vivienda arrendada (Cass. 1ère civ. 16 de mayo de 2000 [Bulletin des arrêts, 2000, I, núm. 144, p. 95]).

41 Entre otras, STS 25 mayo 2009 (RJ 2009, 3040).

42 Cass. 1ère civ. 13 abril 1983 (Bulletin des arrêts I, núm. 120).

de destrucción de la vivienda, entra dentro de los actos que deben requerir el consentimiento de ambos esposo. En Francia, la Cour de Cassation, en sentencias de 10 de marzo de 2004 y de 14 de noviembre de 2006, resolvió que la resolución de un contrato de seguro que garantizaba la vivienda familiar frente a posibles siniestros no podía ser llevada a cabo unilateralmente por un cónyuge y que, por tanto, requería el consentimiento de éste para ser válida[43].

Al seguro multirriesgo habría que añadir el seguro de protección de pagos de préstamo con hipoteca que grave la vivienda, porque con él se cubre el riesgo de impago de la cuota mensual del préstamo en casos de baja laboral, enfermedad, accidente o desempleo, y se elude la consecuencia de la ejecución hipotecaria.

B) Presupuesto el arrendamiento.

Cuando la vivienda familiar se asienta sobre la titularidad arrendaticia de un sólo cónyuge, la disposición unilateral de ese derecho, que prohíbe el art. 1320, comprende la renuncia al arrendamiento (desistimiento) y al derecho de prórroga, así como la cesión del contrato y el subarriendo.

a) Renuncia y desistimiento.

Las primeras formas de disposición del derecho arrendaticio son la renuncia a la prórroga y el desistimiento[44]. Con independencia de que la Ley de Arrendamientos Urbanos regule ambos supuestos e impida la pérdida del derecho a utilizar la vivienda, tanto la renuncia como el desistimiento quedan incluidos en el supuesto del art. 1320, y será esta norma la única protección cuando la vivienda familiar no sea urbana.

La protección "urbana" a la que nos referimos está en el art. 12 LAU, que en su apartado 1, establece, para cuando "el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario", que pueda continuar el arrendamiento en beneficio de dicho cónyuge. Por otro lado, el aparato 2 del citado art. 12, en una situación que se antoja que no es de normalidad, determina que, "si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que, en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario".

43 Cass. 2e civ. 10 marzo 2004 (Bulletin des arrêts, 2004, II, núm. 100, p. 85) y Cass. 1ère civ. 14 nov. 2006 (Bulletin des arrêts, 2006, I núm. 482, p. 414).

44 Para el TS, desde la reforma de 1981, la renuncia al arrendamiento es un acto de disposición a los efectos del art. 1320 CC (STS 22 noviembre 1990, RJ 1990, 9018).

Entre el art. 1320 del Código y el 12 LAU se proporciona a la vivienda familiar dos soluciones protectoras cuando falte de consentimiento: en el caso del art. 1320, la anulación del acto dispositivo (art. 1322 CC), con lo que todo seguirá como estaba; en el caso del art. 12 LAU, la subrogación de cónyuge no arrendatario. No podemos olvidar que si el derecho arrendaticio renunciado pudiera tener la consideración de ganancial, la renuncia unilateral, por tener carácter gratuito, sería nula y no meramente anulable, conforme al art. 1378 CC.

b) Cesión del contrato.

Aunque el contrato de arrendamiento no se puede ceder sin el consentimiento escrito del arrendador (art. 8.1 LAU), tampoco, si se trata de la vivienda familiar, sin el consentimiento del otro cónyuge.

c) Subarriendo.

Aunque la vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador (art. 8.2. LAU), también necesitará del consentimiento del otro cónyuge.

IV. CONCLUSIÓN

Hemos examinado el alcance que tiene el art. 1320 CC, respecto de derechos y situaciones de los que cabía dudar que pudieran conferir a la vivienda familiar suficiente soporte y hemos tratado de determinados actos de disposición, algunos de ellos discutibles, respecto de los cuales resulta necesario el consentimiento/asentimiento del cónyuge no disponente prescrito por el precepto. Pues bien, concluyamos con una síntesis que de razón de todo ello.

El art. 1320 concede un derecho, que no nace de la titularidad sobre la vivienda familiar ni del régimen económico matrimonial específico, sino del vínculo conyugal o de hecho, que el derecho a participar en el acto de disposición sobre la vivienda familiar por medio del consentimiento. Este derecho participa de la lógica "comunitaria", aunque no exista ninguna comunidad sobre la vivienda. Ha señalado Jerez Delgado, a propósito del Derecho y de la doctrina canadienses, y en punto a la disposición de la vivienda familiar, que "subyace en materia de vivienda familiar un principio generador de una pseudo-cotitularidad de los cónyuges sobre ella'[45]. Tomemos esta idea, porque sobre esa base, se explica muy bien el sentido del precepto. La regla básica de la comunidad, que es que todo lo que perjudique o pueda perjudicar a lo que es común debe ser conjunta, queda reflejada en

45 Jerez Delgado, C.: "Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos", *InDret*, 4/2018, pp. 26 y 27.

el dictado del art. 1320. Pero es el reverso de esa regla (que todo lo que no perjudique, incluso lo que pueda beneficiar, puede ser actuado individualmente, en nuestro caso, sin contar con el otro) ilumina y hace aparecer lo que el art. 1320 no dice: que hay actuaciones, como la cancelación de una hipoteca, en las que no resulta necesario el consentimiento del cónyuge no titular.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza Navarro, M. L.: "Comentario al artículo 1320", en AAVV.: *Código civil comentado* vol. III (dirs. por A. Cañizares Laso et al), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 840-853.

Cerdeira Bravo De Mansilla, G.: "Es el animal doméstico parte del hogar? Su repercusión en el Derecho de familia", en AAVV.: *Un nuevo Derecho civil para los animales. Comentarios a la Ley 17/2021, de 15 de diciembre* (dir. por G. Cerdeira Bravo De Mansilla), Reus, Madrid, 2022, pp. 333-358.

Cuena Casas, M.: "El régimen jurídico de la vivienda familiar", en AAVV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. III (*Los regímenes económicos matrimoniales)* (dirs. por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas.), Arazandi, Cizur Menor, 2011, pp. 275-442.

Lacruz Berdejo, J. L.: "La economía del matrimonio", en AA. VV., *El nuevo régimen de la familia*. t. II (*Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121-184.

Fernández Campos, J. A.: "La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los arts. 523 y 525 del Código civil)", *Anales de Derecho*, 1999, núm. 17, pp. 85-123.

Jerez Delgado, C.: "Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos", InDret 4/2018, pp. 26 y 27.

Martens Jiménez, I. L.: "Las cooperativas de vivienda en régimen de cesión de uso: una vía desaprovechada para facilitar el acceso a la vivienda", en AAVV.: *Vivienda y Colectivos vulnerables* (dirs. por M. D. Cervilla Garzón y I.Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 445-461.

Martín Melendez, T.: "Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010", en AA.VV.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* vol. IV (dir. por M. Yzquierdo Tolsada), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 328-368.

Ors Perez Peix, A. D', Y Bonet Correa, J.: "El problema de la división del usufructo", *Anuario de Derecho Civil*, 1952, V-1, pp. 69-71.

Simón Moreno, H.: "Las cooperativas de viviendas en régimen de cesión de uso: ¿una alternativa real a la vivienda en propiedad y en alquiler en España?", *Revista de Estudios Cooperativos*, 2020, 134, pp. 1 a 17 (https://dx.doi.org/10.5209/REVE.69165).

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD Y EL CRÉDITO ENTRE LA PONDERACIÓN DE INTERESES Y LA RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

PROTECTION OF PROPERTY AND CREDIT BETWEEN THE BALANCING OF INTERESTS AND REASONABLENESS IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 580-599

* El presente trabajo fue traducido en lengua española por el Dr. Giuliano Mattace (Doctorando de la Universidad de Perugia).

Lorenzo
MEZZASOMA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El trabajo se ocupa de desarrollar la problemática de la propriedad a la luz de tres importantes sentencias del Tribunal constitucional italiano. En lo especifico, resulta de particular relevancia el equilibrio de algunos derechos constitucionales: derecho de propriedad y derecho de habitación de la persona, derecho de propriedad y tutela de los deudores.

PALABRAS CLAVE: Propiedad; derecho de habitación; derechos de la persona; tutela de los deudores: Corte constitucional italiana.

ABSTRACT: *This paper is develops the problem of ownership in the light of three important judgments of the Italian Constitutional Court. Specifically, the balance of some constitutional rights is of particular relevance: the right of ownership and the right of habitation of the person, the right of ownership and the protection of debtors.*

KEY WORDS: *Property; right of habitation; personal rights; protection of debtors; Italian Constitutional Court.*

SUMARIO.- I. PROPIEDAD INMOBILIARIA Y DERECHO EXIGIBLE DEL DEUDOR SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: SENTENCIA NÚM. 128/2021.- II. SUSPENSIÓN DE DESAHUCIOS Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD: SENTENCIA Nº 213/2021.- III. IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EJECUTIVAS CONTRA AZIENDE SANITARIE Y PROTECCIÓN DE ACREEDORES: SENTENCIA NÚM. 228/2022.- IV. CONCLUSIONES.

I. PROPIEDAD INMOBILIARIA Y DERECHO EXIGIBLE DEL DEUDOR SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL: SENTENCIA NÚM. 128/2021.

El Tribunal Constitucional italiano ha intervenido recientemente en tres cuestiones - dos sobre el tema de la propiedad[1] y una sobre la protección del acreedor con título ejecutivo[2] - cuya solución tenía como denominador común la necesidad de una ponderación completa de los derechos constitucionalmente garantizados seguida del reconocimiento de la imposibilidad de su compresión ilimitada.

El artículo 832 de nuestro código civil identifica el derecho de propiedad como el derecho a disfrutar y disponer de las cosas plena y exclusivamente dentro de los límites previstos por el ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, el posterior artículo 42 de la Constitución, además de reconocer que la propiedad puede ser pública o privada, prevé expresamente en su apartado 2 que debe tener una "función social"[3] : la propiedad, en otras palabras, pasa a ser garantizada en una perspectiva solidaria que impone la necesidad de conciliar los intereses del propietario con las necesidades de todos los demás sujetos implicados directa o indirectamente en la utilización del bien[4]. Sobre la base de esta idea de la función social, se ha asumido a menudo que pueden introducirse compresiones cada vez más fuertes del propio derecho de propiedad, y ello tanto más cuando el

1 Tribunal Constitucional, 22 de junio de 2021, n. 128 y Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2021, n 213, disponibles en *www.cortecostituzionale.it.*

2 Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2022, n. 228, disponible en *www.cortecostituzionale.it.*

3 Sobre este tema véase, por todos, Perlingieri, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*, en *Università degli Studi di Camerino. Lezioni*, ESI, Napoles, 1971 (reimpresión 2011), passim; Perlingieri, P.: *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, *ivi*, 1983, passim; Perlingieri, P.: "Proprietà, impresa e funzione sociale", *Riv. dir. impresa*, 1989, núm. 2, pp. 207 y ss.; Perlingieri, P.: "Principio *personalista*, *funzione sociale della proprietà* e servitù coattiva di passaggio", en *Rass. dir. civ*, 1999, núm. 3, pp. 688 y ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, ESI, Napoles, 3ª ed., 2006, pp. 877 y ss.; Perlingieri, P.: "La *funzione sociale* della proprietà nel sistema italo-europeo", *Le Corti salernitane*, 2016, pp. 175 y ss.;

4 Así, Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile,* 11ª ed., ESI, Napoles, 2022, p. 222 y Perlingieri, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., ESI, Napoles, 2020, III t., pp. 291 y ss., según el cual "esta perspectiva, articulada en torno a una visión personalista y solidarista de la propiedad (art. 2 y art. 42 de la Constitución), exige una reinterpretación, en clave axiológica, de toda su disciplina codificada".

• Lorenzo Mezzasoma
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia. Correo electrónico: lorenzo.mezzasoma@unipg.it

contraste con la posición de propiedad conlleva la necesidad de proteger otros derechos garantizados constitucionalmente.

Especialmente significativo en este contexto es el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional núm. 128/2021[5], en el que los Magistrados abordaron la suspensión de los procedimientos de ejecución inmobiliaria sobre la vivienda habitual del deudor[6] , durante la situación de emergencia Covid-19[7] , en atención

5 Tribunal Constitucional, 22 de junio de 2021, n. 128, cit. Para un comentario sobre este pronunciamiento véase Fanticini, G., Leuzzi S., Rossi, R. y Saija, S.: *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione delle esecuzioni sulle prime case,* en *Rivista dell'esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 3, pp. 626 y ss.; Martinoli, R.: "Sospensione del procedimento di esecuzione sulla prima casa del debitore: la decisione del Tribunale Costituzionale"*, Nuova giurisprudenza civile commentata,* CEDAM, Padua, 2022, núm. 1, p. 44 ss.; Metafora, R.: "È incostituzionale la seconda proroga della sospensione delle esproprzioni aventi ad oggetto l›abitazione principale del debitore"*,* 28 de junio de 2021, disponible en *www.ilprocessessocivile.it*; Parisi, G.: "Espropriazioni sulla «prima casa» e illegittimità costituzionale della (seconda) proroga della sospensione da Covid-19"*,* 24 de agosto de 2021, consultable en www.giustiziacivile.com; Valerini, F.: "Pandemia e sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore: seconda proroga incostituzionale", 22 de junio de 2021, consultable en *www.dirittoegiustizia.it*; Voltaggio, P.: "Declaratoria di incostituzionalità della proroga della sospensione ex art. 54-ter. Circolari e riassunzione dei processi sospesi"*,* 1 de julio de 2021, consultable en *www.inexecutivis.it.*

6 La suspensión fue prevista, a fin de contener los efectos negativos de la emergencia epidemiológica del Covid-19, por el artículo 54 ter del Decreto-Ley n. 18, de 17 de marzo de 2020, introducido por el anexo de la Ley de Conversión n. 27, de 24 de abril de 2020, modificado y prorrogado, por el art. 4, párrafo 1, del Decreto-Ley n. 137, de 28 de octubre de 2020, convertido con modificaciones en la Ley n. 176, de 18 de diciembre de 2020, en el plazo de vigencia primero hasta el 31 de diciembre de 2020 y, posteriormente, hasta el 30 de junio de 2021, en virtud del artículo 13, párrafo 14, del Decreto-Ley n. 83, de 31 de diciembre de 2020.

7 En general, sobre la suspensión de los procedimientos ejecutivos sobre la vivienda principal, véase: Auletta, A.: "È costituzionalmente legittima la sospensione delle procedure esecutive riguardanti l›abitazione principale del debitore durante l›emergenza Covid-19?"*,* 1 de marzo de 2021, disponible en *ilprocessessocivile.it*; Auletta, A.: "L'incidenza della normativa emergenziale sul processo esecutivo", en AA.VV.: *Diritto e Covid-19* (dir. por M. Santise), Giappichelli, Turín, 2020; Auletta, A.: "Proroga della sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa e inefficacia dei pignoramenti: qualche riflessione a prima lettura", 5 de noviembre de 2020, disponible en *ilprocessocivile.it*; Cerrato, A.: "Considerazioni sulla costituzionalità della legislazione emergenziale in tema di sospensione delle procedure esecutive immobiliari intraprese sull'abitazione principale del debitore", 9 de marzo de 2021, en *lanuovaproceduracivile. it;* Crivelli, A.: "Legislazione emergenziale e processo esecutivo", *Esecuzione forzata*, UTET, Turín, 2020, núm. 2, pp. 530 y ss.; Mengali, A.: "Brevi riflessioni in tema di sospensione dei termini nei processi esecutivi all'interno della disciplina speciale dicettata per l'emergenza Covid-19"*,* 25 de junio de 2020, disponible en *judicium.it*; Saletti, A.: "L'emergenza pandemica ed i processi esecutivi", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 2, pp. 281 y ss.; Soldi, A.M.: "La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus"*,* 19 de mayo de 2020*,* consultable en *judicium.it*; D'arrigo, C., Costantino, G., Fanticini, G. y Saija, S.: "Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari", 25 de julio de 2020, consultable en *inexecutivis.it*; Fanticini, G. y Saija, S.: "La sospensione dell'espropriazione forzata della prima casa", en AA.VV.: *Giustizia civile ed emergenza coronavirus* (dir. por A. Carratta), Giurisprudenza italiana, UTET, Turín, 2020, núm. 8-9, pp. 2069 y ss.; Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija S.: "Alla ricerca di un significato per la *sospensione delle procedure esecutive nella prima casa*", 25 de julio de 2022, disponible en *inexecutivis. it*; Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: "L'art. 54-ter, d.l. n.18 de 2020 nel sistema di esecuzione", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 3, pp. 794 y ss.; Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: "Una postilla all'art. 4, d.l. 28 de octubre de 2020, n. 137 (decreto *ristori*)", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 4, pp. 1086 y ss.; Rapisarda, G.O.: "L'impatto del decreto *milleproroghe* (d.l. n. 183 de 31.12.2020) sulle procedure esecutive immobiliari", 27 de enero de 2021, disponible en *inexecutivis.it*; Di Marzio, M.: "Il processo esecutivo dopo la pandemia", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 3, pp. 645 y ss.; D'Alonzo, R.: "La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 4, pp. 874 y ss.; Nardone, R.: "La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili nel decreto "Milleproroghe 2021"", 5 de enero de 2021, disponible en *ilprocessessocivile.it*; Rossi, R.: "La legislazione emergenziale sui procedimenti esecutivi", en AA.VV.: *Questioni di diritto civile all'epoca del coronavirus* (dir. por E. Gabrielli y G. Sicchiero), Giurisprudenza italiana, *UTET,* Turín, 2020, núm. 10, pp. 2287 y ss.; Leuzzi, S. y Rossi, R.: "Procedimenti esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid"*,* 1 de mayo de 2020, disponible

al derecho a la vivienda como derecho fundamental de la persona que protege el artículo 2 de la Constitución[8] .

Esta decisión estableció con contundencia que, mientras que una primera prórroga de la suspensión de la ejecución inmobiliaria podía considerarse legítima ante la concurrencia de una situación de emergencia extraordinaria e imprevisible -y ello porque el principio de solidaridad[9] permite, en caso de circunstancias excepcionales justificar el sacrificio temporal de los acreedores frente a los deudores ejecutados que habitan la vivienda principal en concepto de propiedad u otros derechos reales-, una segunda prórroga debe considerarse inconstitucional e infundada, en la medida en que supone una compresión excesiva e injustificada del derecho de propiedad[10] .

Son importantes los siguientes pasajes de la decisión del Tribunal: "Es cierto que el legislador ordinario -en presencia de otros derechos dignos de protección, como el derecho fundamental a la vivienda- puede posponer la satisfacción del derecho del acreedor a la tutela judicial incluso en el poder ejecutivo. Debe existir, sin embargo, una ponderación razonable de los valores constitucionales en conflicto, que se apreciará considerando la proporcionalidad de los medios elegidos en relación con las necesidades objetivas a satisfacer y los fines perseguidos. Por el contrario, con la previsión de una segunda prórroga, el legislador ha procrastinado 'una medida generalizada de *extrema ratio*, (...) mientras que debería haber precisado los presupuestos subjetivos y objetivos de la medida, confiando también

en *ilcaso.it*; Vincre, S.: "Il difficile bilanciamento tra il diritto alla tutela esecutiva e la normativa emergenziale Covid-19", *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padua, 2021, núm. 4, pp. 1372 y ss.

8 Sobre el derecho a la vivienda como situación jurídica existencial véase. Perlingieri, P.: "Relazione al Convegno Diritto all'abitazione, finanziamento all'impresa, alla cooperativa, alla persona", en AA.VV.: *Diritto all'abitazione, finanziamento all'impresa alla cooperativa alla persona* (dir por G. Tatarano), Atti del Convegno, tenutosi a Selva di Fasano nei giorni 16-18 settembre 1982, Napoli- Roma, 1986, pp. 321 y ss.; Perlingieri, P.: *Il diritto civile,* cit., pp. 836 y ss. V., también, Mezzasoma, L.: *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruzione fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione,* Nápoles, 2008, pp. 215 y ss.; Ciocia, M.: *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Nápoles, 2009, p. 43, donde leemos "por el art. 47 la vivienda se convierte en un derecho subjetivo público, representando un elemento sustancial en la formación y desarrollo de la persona humana"; Bilancia, F.: *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, en *Scritti in onore di Franco Modugno,* Nápoles, 2011, pp. 347 y ss.; Filograno, G.R.: "Diritto di abitazione, proprietà e impignorabilità della casa", *Rass. dir. civ.,* 2020, pp. 552 y ss.

9 Para una reflexión sobre el significado polifacético de la solidaridad, véase Perlingieri, P.: *Il diritto civile*, cit., pp. 433 y ss.; Perlingieri, P.: "*Depatrimonializzazione* e diritto civile", en AA.VV.: *Scuole, tendenze, metodi* (dir. por P. Perlingieri), Napoli, 1988, pp. 173 y ss.; Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995, spec. pp. 82 y ss.; Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", en AA.VV.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile* (dir. por P. Perlingieri), Nápoles, 2003, pp. 305 y ss. Véase, también, Rizzo, V.: "Contratto e costituzione", *Rass. dir. civ.,* 2015, pp. 349 y ss., espec. p. 351; Rodotà, S: *Solidarietà, un'utopia necessaria*, ed. espec, Roma, 2017, p. 42, quien observa que "(...) la solidaridad pertenece a aquellos principios o cláusulas generales, flexibles, que la técnica jurídica ha preparado para que el ordenamiento jurídico pueda tener ventanas abiertas a la sociedad, para estar a su altura sin necesidad de una actualización ininterrumpida, laboriosa, casi siempre tardía, a través de nuevas normas".

10 "Incluso en los casos en que se cuestiona el derecho a la vivienda del deudor ejecutado, la suspensión del procedimiento de ejecución sólo puede, sin embargo, ser contemplada por el legislador en circunstancias excepcionales y por un período de tiempo limitado, y no mediante una serie de prórrogas que excedan de un límite razonable de tolerabilidad".

eventualmente al escrutinio del mismo juez de la ejecución la ponderación en términos concretos de los intereses en juego".

En otras palabras, el Tribunal consideró que el equilibrio entre la protección judicial del acreedor procesal y la del deudor ya no era razonable y proporcionado, señalando que el sacrificio exigido a los acreedores debería haber sido proporcional a la necesidad real de proteger a los deudores ejecutados, con la indicación de criterios selectivos adecuados. Aunque, de hecho, la identificación de estos últimos en términos "amplios" -porque se hacía con referencia a la mera circunstancia de que el deudor ejecutado viviera en la vivienda principal y de que ésta fuera objeto de ejecución- podría ciertamente haberse justificado en una primera fase para facilitar una medida de protección rápida e inmediatamente eficaz, el posterior equilibrio calibrado, indiscriminadamente, sobre todos los deudores ejecutados supuso una prolongación del sacrificio exigido a los acreedores procesales, que no pueden ser considerados una categoría privilegiada inmune a los daños causados por la emergencia epidemiológica.

De esta decisión se desprende, por tanto, que es ineludible una ponderación de derechos[11] que se base en los principios de proporcionalidad y razonabilidad[12] . Ello implica que, si bien ante acontecimientos extraordinarios y temporales puede estar justificado el sacrificio de los acreedores, no es admisible que exigencias de solidaridad lo hagan ilimitado, sino que, por el contrario, la protección del derecho a la vivienda debe conciliarse con las exigencias de protección del crédito.

De ahí la "solidaridad", por un lado, pero también el "equilibrio" y la "razonabilidad", por otro: en efecto, los principios fundadores de nuestro sistema deben considerarse necesariamente en la unidad del ordenamiento jurídico y no de manera autónoma e independiente.

II. SUSPENSIÓN DE DESAHUCIOS Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD: SENTENCIA N° 213/2021.

Esta exigencia surge, pocos meses después, en un pronunciamiento posterior en el que el Tribunal Constitucional[13] abordó la suspensión de la ejecución de las

11 Sobre este tema, Perlingieri, P.: *Il diritto civile,* cit., pp. 224 y ss.

12 Sobre el alcance actual de la razonabilidad, véase Perlingieri, G.: *Profili applicativi della ragionezza nel diritto civile,* Nápoles, 2015, passim; Perlingieri, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2019, núm. 1, pp. 10 y ss. Véase, también, Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoles, 2021, p. 459.
La razonabilidad como criterio interpretativo de los principios de ponderación también es utilizada por el Tribunal de Justicia: a este respecto, TJCE, 12 de junio de 2003, c. 112/00 (denominado asunto Schmidberger), disponible en www.curia.europa.eu.

13 Corte Cost., 11 de noviembre de 2021, n. 213, cit. Para un comentario sobre esta decisión, véase Trapuzzano, C.: "Covid: legittimo il blocco degli sfratti, nei limiti della proroga sino al 31 dicembre 2021", en www.altalex.com, 15 de noviembre de 2021; Martinoli, R.: "Esecuzione forzata - *Temporaneamente*

órdenes de lanzamiento en materia de desahucios, a raíz de dos autos de remisión[14] en los que los jueces de ejecución planteaban una cuestión de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias que, con el paso del tiempo, habían concedido la prórroga de la citada suspensión[15] .

El Tribunal reconoció la legitimidad de la prórroga de la suspensión de la ejecución de las órdenes de lanzamiento de bienes inmuebles hasta el 31 de diciembre de 2021, ya que mediante la previsión de "criterios selectivos adecuados" y mediante la reducción progresiva y diferenciada del ámbito de aplicación de la medida en cuestión, en simetría con la flexibilización de la emergencia sanitaria, el legislador ha logrado esa ponderación no irrazonable de los derechos constitucionales en juego, de la que en cambio carecía la disposición paralela que prorrogaba, en 2021, la suspensión de la ejecución de los procedimientos inmobiliarios relativos a la vivienda del deudor".

Por ello, el Tribunal ha insistido mucho en el carácter intrínsecamente temporal de la medida[16], afirmando expresamente que "[s]i bien el carácter excepcional de la pandemia de COVID-19 justifica, en lo inmediato y por un período de tiempo limitado, la suspensión de la ejecución de las órdenes de entrega de bienes (también porque, en particular, se ha producido, por parte del legislador un ajuste progresivo de la ponderación de los intereses y derechos en juego, en los términos antes indicados), por otro lado, sin embargo, esta medida de emergencia está prevista hasta el 31 de diciembre de 2021 y debe considerarse sin posibilidad de prórroga posterior, ya que la compresión del derecho de propiedad ha alcanzado

legittima la sospensione delle procedure di rilascio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, CEDAM, Padua, 2022, núm. 2, pp. 296 y ss.; Santabarbara, T.: "Sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili e incidenza della pandemia sulle condizioni economiche delle parti", en *www.giustiziacivile.com*, 22 de abril de 2022.

14 Trib. Trieste, 24 de abril de 2021, n. 107, en *www.ilcaso.it,* 27 de mayo de 2021, con una nota de Crivelli, A.: "Sulla sospensione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, 4 de junio de 2021", disponible en www.giustiziacivile.com, 4 de junio de 2021 y de Nardone, R.: "Al vaglio della Consulta la sospensione, fino al 30 giugno 2021, dei provvedimenti di rilascio per morosità", en *www.ilprocessocivile.it*., 31 de agosto de 2021 y Trib. Savona, 3 de junio de 2021, nº 125, consultable en *www.inexecutivis.it*, con nota de Troncone, F.: "Nuove ombre sul blocco degli sfratti", consultable en www.altalex.com, 25 de junio de 2021.

15 L. n. 34, de 19 de mayo de 2020, convertido con modificaciones en la Ley n. 77, de 17 de julio de 2020, primero hasta el 31 de diciembre de 2020 y, posteriormente, hasta el 30 de junio de 2021, en virtud del artículo 13, apartado 13, del Decreto-Ley n. 183, de 31 de diciembre de 2020, convertido con modificaciones en la Ley n. 21, de 26 de febrero de 2021. Antes del vencimiento del plazo final de la prórroga prevista por el Decreto-Lei n. 183, de 2020, el legislador, al convertir en ley el Decreto-Ley n. 41, de 22 de marzo de 2021, introdujo el artículo 40 quáter, que prorrogó la suspensión de la ejecución de las órdenes de liberación de bienes inmuebles, incluso para uso no habitacional, limitada a las órdenes de liberación adoptadas por falta de pago de la renta en las fechas de vencimiento y a las órdenes de liberación resultantes de la adopción, de conformidad con el art. 586, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del decreto de transmisión de inmuebles adjudicados habitados por el deudor y sus familiares: a) hasta el 30 de septiembre de 2021 para las órdenes de lanzamiento adoptadas entre el 28 de febrero de 2020 y el 30 de septiembre de 2020; b) hasta el 31 de diciembre de 2021 para las órdenes de lanzamiento adoptadas entre el 1 de octubre de 2020 y el 30 de junio de 2021.

16 "La urgencia puede justificar, sólo en presencia de circunstancias excepcionales y por períodos de tiempo limitados, el predominio de las necesidades del arrendatario de seguir disponiendo del inmueble, bien con fines residenciales, bien con el fin de desarrollar una actividad empresarial, sobre las del arrendador".

el límite máximo de tolerabilidad, incluso teniendo en cuenta su función social (art. 42, párrafo segundo, Const. italiana)".

Se reafirma, una vez más, que en virtud del principio de razonabilidad no es posible una compresión ilimitada del derecho de propiedad[17] , atribuyendo al Estado la tarea de identificar otros tipos de intervención para garantizar el derecho a la vivienda del inquilino que de alguna manera respeten el derecho de propiedad del propietario[18] - ciertamente comprometido de manera injustificada por la dilación, en ausencia de cualquier medida compensatoria a su favor, de una situación en la que se le priva de la disponibilidad de su propiedad sin poder siquiera contar con la recuperación "a posteriori" de las rentas debidas - de acuerdo con la protección del ahorro en el sector inmobiliario garantizada por el art. 47.2 de la Constitución.

III. IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EJECUTIVAS CONTRA AZIENDE SANITARIE Y PROTECCIÓN DE ACREEDORES: SENTENCIA NÚM. 228/2022.

La ponderación equilibrada de los intereses en juego, la proporcionalidad y la razonabilidad son también los principios rectores de la tercera sentencia mencionada en la introducción[19] , en la que el Tribunal Constitucional abordó la constitucionalidad del artículo 16-septies, párrafo 2, letra g) del Decreto-Ley núm. 146, de 21 de octubre de 2021 [20] que imponía la prohibición, hasta el 31 de diciembre de 2025, de iniciar o proseguir acciones ejecutivas (previendo también la ineficacia de los embargos y de las reservas de débito) sobre las remesas financieras transferidas por la Región de Calabria a las entidades de su servicio regional de salud efectuadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley de conversión del decreto ley.

17 En este sentido, véase, también, Corte Cost., 12 de julio de 2019, n. 175, consultable en *www.cortecostituzionale.it*, que declaró la ilegitimidad constitucional del art. 89, apartado 2, de la Ley Regional de Umbría núm. 1/2015, en la parte en que prohíbe, en las zonas agrícolas, cualquier forma de cercado del terreno no prevista expresamente por la legislación sectorial o no justificada por razones de seguridad, siempre que sea estrictamente necesaria para proteger los edificios y los equipos funcionales, incluso para las actividades ganaderas. El Tribunal afirma, en efecto, que tal prohibición genérica "que afecta también a los cercados que no determinan ninguna transformación del territorio y son expresión del "ius excludendi alios", (...) afecta a una facultad, (...), que el Código Civil considera, por el contrario, parte integrante del derecho de propiedad", siendo así contraria al artículo 42 de la Constitución por una lesión irrazonable del derecho de propiedad que se sacrificaría sin necesidad de salvaguardar intereses públicos superiores.

18 En opinión del Tribunal, era necesario "(...) un ajuste progresivo de la medida de urgencia, soportada por la categoría de los propietarios, para los que la solidaridad económica y social de cada uno no podía ir más allá de un cierto límite, más allá del cual sólo existe la solidaridad colectiva a través del Estado y de la fiscalidad general en primer lugar".

19 Tribunal Constitucional, 11 de noviembre de 2022, n. 228, cit.

20 Decreto Ley n. 146, de 21 de octubre de 2021, sobre "Medidas urgentes en materia económica y fiscal, de protección del empleo y para necesidades inaplazables", convertido, con modificaciones, en Ley n. 215, de 17 de diciembre de 2021.

A pesar de que el precepto censurado formaba parte de un amplio articulado que contenía una serie de disposiciones dirigidas a atajar "los graves problemas de la organización sanitaria calabresa, en particular el de la opacidad contable que desde hace tiempo aqueja a su exposición de deuda"[21] , los Jueces de legitimación no podían dejar de señalar, por un lado, el carácter contrario de la misma a los principios de igualdad y razonabilidad, a la vista del tratamiento desigual de posiciones acreedoras similares, provocado por "un bloqueo sistemático en una única región del territorio nacional"[22] de las acciones ejecutivas; por otro, la existencia de un defecto de desproporción entre acreedores con título ejecutivo.

El Tribunal, por tanto, partiendo de un principio ya expresado en sentencias anteriores[23] según el cual "una medida legislativa que afecte a la eficacia de los títulos ejecutivos judicialmente formados sólo es legítima (...) si está limitada en el tiempo y compensada por disposiciones sustantivas que prevean una satisfacción alternativa de los derechos conferidos por los títulos", consideró que con la disposición controvertida el legislador no había alcanzado el objetivo de una ponderación equilibrada de los intereses[24] .

En opinión de los Jueces, en efecto, si bien la crisis del sistema sanitario de la Región de Calabria es "de una naturaleza tan excepcional que justifica en principio una medida provisional específica de inoponibilidad e ineficacia de los embargos, no siendo irrazonable, ante una situación tan extraordinaria, que las iniciativas individuales de los acreedores, aunque estén en posesión de un título ejecutivo, se paralicen durante un determinado período de tiempo, mientras tiene lugar el complejo procedimiento de circularización forzosa de los créditos y la programación de las operaciones de tesorería", la discrecionalidad del legislador, al adoptar una medida de tal gravedad, no puede llegar a conseguir "una compresión excesiva del derecho de acción de los acreedores y (una alteración injustificada de la igualdad de las partes en la fase de ejecución)".

21 Así lo expresaron los Tribunales de legitimidad.

22 V. Corte Cost. de 12 de julio de 2013, n. 186, sobre al bloqueo de las acciones de ejecución en referencia a las Regiones en régimen de comisariado por estar sujetas a planes de saneamiento del déficit sanitario y Corte Cost. de 7 de diciembre de 2021, n. 236, que declaró inconstitucional - por vulneración de los artículos 24 y 111 Cost. - art. 3, párrafo 8, el decreto-ley n. 183/2020 (dictado en el contexto de las disposiciones anti-Covid-19) en la parte en que había prorrogado del 31 de diciembre de 2020 al 31 de diciembre de 2021 la prohibición de emprender o continuar acciones ejecutivas contra las entidades del Servicio Nacional de Salud, disponible en *www.cortecostituionale.it*.

23 Véase Tribunal Constitucional, 12 de julio de 2013, n. 186 y Tribunal Constitucional, 7 de diciembre de 2021, n. 236, antes citadas.

24 En particular, el Tribunal consideró que no estaba justificado equiparar los títulos ejecutivos relativos a créditos de naturaleza comercial con los relativos a créditos de otra naturaleza (en particular, los créditos de indemnización de las personas perjudicadas por un acto ilícito y los créditos salariales de los trabajadores); así como la prórroga, para los créditos de naturaleza mercantil, de la duración de la congelación de la ejecución por un período completo de cuatro años, hasta el 31 de diciembre de 2025, ya que "la congelación de todos los pagos durante cuatro años puede colocar al proveedor, especialmente si no es ocasional, en una situación de grave iliquidez, hasta el punto de exponerlo al riesgo de exclusión del mercado", con la consiguiente vulneración del canon de proporcionalidad.

En conclusión, aunque el carácter excepcional de la situación pueda justificar la adopción de una disposición que prevea la inviabilidad de las ejecuciones y la ineficacia de los embargos, su legitimidad sigue estando fuertemente anclada en la previsión de un plazo limitado y bien definido, así como en la introducción de instrumentos específicos capaces de lograr una satisfacción alternativa de los acreedores afectados[25] .

IV. CONCLUSIONES.

A la luz de lo anterior, si por un lado puede considerarse correcto ir más allá del artículo 832 de nuestro código civil en su interpretación exclusivamente productivista, en el sentido de que la protección de los derechos fundamentales de la persona y el principio de solidaridad prevalecen "a priori" sobre los intereses de la propiedad; por otro lado, también es incuestionable que la protección de tales derechos y la consecución de la función social de la propiedad no pueden llegar a anular totalmente a esta última. Esto es así porque la compresión de los derechos para atender las exigencias de la solidaridad no puede considerarse ilimitada, debiendo contar con el principio de razonabilidad, que exige un equilibrio entre los intereses de dominio y la garantía de la función social.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos va en la misma línea desde hace tiempo, que, al interpretar la garantía expresada en el artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH[26] , considera admisible la injerencia en el derecho de propiedad siempre que exista un justo equilibrio entre la necesidad de proteger el interés público y la protección de los derechos de la persona. Esto

25 Por el contrario, en el precepto impugnado, "la omisión de vías alternativas de tutela reconocibles acaba subordinando el pago a los proveedores a determinaciones administrativas no verificables, con el riesgo de que se produzcan situaciones aparentemente paradójicas, como en el caso de que se mantenga en suspenso el pago de un crédito respaldado por un título ejecutivo que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias de recurso y se satisfaga un crédito cuyo título ejecutivo está aún "sub iudice", o falta por completo": así se pronuncia el Tribunal.

26 Art. 1 - Protección de la propiedad: "Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de su propiedad. Nadie podrá ser privado de su propiedad, salvo por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes no afectarán al derecho de los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para regular el uso de los bienes de manera compatible con el interés general o para asegurar el pago de impuestos u otras contribuciones o multas". Sobre este tema, véase Viglianisi Ferraro, A.: "Il diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la necessità di una maggiore tutela dello stesso a livello nazionale", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2020, pp. 336 y ss.

se debe a que el Estado tiene la obligación positiva de proteger[27], es decir, la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de propiedad[28] .

Los recientes proyectos de ley A.C. 332 y A.C. 566[29] sobre el tema de la ocupación no autorizada de bienes inmuebles, que prevén, por una parte, la introducción en el Código Penal de un nuevo delito de ocupación no autorizada de viviendas públicas o privadas utilizadas como residencia principal de una o varias personas; por otra parte, la introducción de una disposición sobre la protección de la inviolabilidad del domicilio frente a la ocupación arbitraria, así como un procedimiento específico para el inmediato lanzamiento forzoso del inmueble no autorizado y la restitución del propietario o poseedor legal en la posesión.

Los deberes de solidaridad social, por tanto, aunque intangibles, no pueden ni deben interpretarse de forma que legitimen una lesión patrimonial injustificada y desproporcionada como situación jurídica subjetiva inviolable.

Por último, cabe señalar que la necesidad de un equilibrio entre intereses opuestos también surge en el nuevo marco legislativo en materia de sobreendeudamiento[30]

27 V. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de febrero de 2002, Recurso n. 28272/95 (Ghidotti contra Italia), disponible en *www.dirittiuomo.it*, en el que el Tribunal reconoció el derecho a la indemnización del daño moral, por violación del artículo 1 del Protocolo n. 1, a favor de una ciudadana italiana que no había sido adecuadamente protegida por la fuerza pública ante su legítima petición de liberación del inmueble por parte del arrendatario por expiración del contrato de arrendamiento, considerada titular del derecho a ser protegida en su prerrogativa fundamental mediante la intervención de la autoridad estatal. V., también, más recientemente Tribunal de Derechos Humanos, 13 de diciembre de 2018, Recurso núm. 67944/13 (Casa di cura Valle fiorita s.r.l. c. Italia), disponible en *www.giustizia.it*, en la que el Tribunal -ante la negativa de las autoridades italianas competentes a proceder al desalojo del inmueble de la demandante autorizado por el juez de instrucción- recordó que "el ejercicio real y efectivo del derecho que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 no puede depender únicamente del deber del Estado de abstenerse de toda injerencia y puede requerir medidas positivas de protección, en particular cuando existe una relación directa entre las medidas que el solicitante puede legítimamente esperar de las autoridades y el disfrute efectivo de su propiedad por el solicitante".

28 Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de junio de 2002, C. 299/99, disponible en *eur-lex. europa.eu.*

29 Presentadas el 13 de octubre de 2022 y el 14 de noviembre de 2022 respectivamente, disponibles en *www. documenti.camera.it.*, 23 de marzo de 2023.

30 Ley n. 3, de 27 de enero de 2012, modificada por el nuevo Código de Crisis e Insolvencia Empresarial (Decreto Legislativo n. 14, de 12 de enero de 2019, modificado, que entró finalmente en vigor el 15 de julio de 2022). Sobre este punto, sin pretender ser exhaustivos, Costa, C.: "Profili problematici della composizione della crisi da sovraindebitamento", *Dir. fall.*, 2014, 1, pp. 663 y ss.; Rispoli Farina, M.: "La nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, vol. 89, núm. 6, pp. 643 y ss.; Bocchini, R.: "Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. it*, 2016, pp. 2129 y ss.; D'Orazio, L.: "Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere", *Fallimento,* 2016, pp. 1122 y ss.; Lucci, P.: "Piano del consumatore e sovraindebitamento: alcuni profili problematici", *Fallimento*, 2016, pp. 1281 y ss.; Soldati, N.: "Il sovraindebitamento alla prova della riforma del diritto fallimentare", *Contratti*, 2016, pp. 628 y ss.; Bertacchini, E.: "I procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", *Studi senesi,* 2016, pp. 587 y ss.; Alecci, S.: "Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva rimediale: note a margine di Cass. Civ, 1 de febrero de 2016, n. 1869", *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 369 y ss.; Blasco, B.: "Sulle procedure di soluzione delle crisi da sovraindebitamento", *Vita not.*, 2017, pp. 565 y ss.; Lolli, A. y Paolucci, M.G.: "Procedures for the settlement of the over-indebtedness crisis", *Nuovo dir. soc.,* 2020, pp. 923 y ss.; Brogi, E.: "Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi", *Fam. dir., 2020*, fasc. 2, pp. 185 y ss.; Doria, G.: "Prime osservazioni in tema di sovraindebitamento dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Riv. dir. impr*, 2020, pp. 811 y ss.;

, en lo que respecta a la evaluación del "merecimiento" del consumidor[31] , cuya existencia es un requisito previo para poder acceder al denominado "plan de reestructuración de la deuda", como procedimiento facilitado para resolver las crisis de sobreendeudamiento que permite al consumidor beneficiarse de una segunda oportunidad.

A este respecto, la ausencia de negligencia grave, mala fe o dolo y, por tanto, la diligencia del consumidor no puede presumirse automáticamente del incumplimiento por el prestamista de la obligación de realizar una correcta evaluación de la solvencia al conceder la financiación[32] (en virtud del artículo 124 bis T.U.B.). Y ello porque, aun cuando tal incumplimiento constituya una conducta especialmente grave del prestamista, el principio de razonabilidad exige que no sea posible, únicamente sobre la base de esa presunción, desconocer la conducta del deudor y exonerarle de responsabilidad alguna por el mero hecho de haber obtenido el crédito tras una concesión temeraria.

Aunque es indudable que el consumidor tiene la posición de parte contratante más débil frente al concedente del crédito, no se puede prescindir, incluso en el caso de que no se compruebe la solvencia, de una cuidadosa valoración de las respectivas posiciones para alcanzar un equilibrio razonable de intereses, en el pleno respeto de todos los principios cardinales de nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, el principio de razonabilidad es también el punto de apoyo en torno al cual gira una importante decisión de nuestro Tribunal de Casación núm. 18610 de 2021[33] - cuya orientación fue reafirmada, además, en una muy reciente

---

Pirani, P.: "Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la L. n. 3/2012 e il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza", *Dir. fall. soc. comm.*, 2021, pp. 317 y ss.

31 Sobre la evolución del concepto de merecimiento del consumidor, véase Mezzasoma, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore (dalla l. n. 3 del 2012 alla l. n. 137 del 2020)*, Nápoles, 2021, passim. Sobre este punto, véase también Ghedini, A. y Russotto, M.L.: "La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani", en *ilcaso.it*, 18 de febrero de 2021.

32 Sobre este punto véase Ghedini, A. y Russotto, M.L.: "La meritevolezza del debitore", cit.; Russotto, G.: "Il merito creditozio e la meritevolezza ex art. 12 comma 3 l. 3/2012", en *www.ilcaso.it*, 19 de febrero de 2021; Mezzasoma, L.: "La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento", *Rass. dir. civ*, 2017, pp. 1378 y ss.; Limitone, G.: "Il concetto di colpa nella legge 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore", *Nuovo dir. soc.*, 2016, pp. 51 y ss.; Limitone, G.: "Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione Rodorf", en *ilcaso.it*; D'Orazio, L.: "Il presupposto soggettivo per l'accesso al sovraindebitamento tra certezze (poche) e dubbi (molti)", *Studi senesi*, 2016, pp. 533 y ss.; Rondinone, N.: "Il presupposto soggettivo delle procedure di cui al capo II della legge n. 3/2012 quale espressione della nuova concorsualità "debtor oriented"", *Orizzonti del dir. comm*, 2017, pp. 33 y ss.; Di Raimo, R.: "Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno", *Riv. dir. banc.*, 2018, pp. 1 y ss. En jurisprudencia, Trib. Ferrara, 7 abril 2021, en *www.ilcaso.it*, 9 abril 2021 y Trib. Livorno, 6 noviembre 2020, ivi, 9 diciembre 2020, con nota crítica de Limitone, G.: "Meritevolezza, shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio", 2 de diciembre de 2020, disponible en *www.ilcaso.it*.

33 Cass., 10 de junio de 2021, n. 18610, en *www.dirittodellacrisi.it,* 5 de agosto de 2021, con un comentario de Inzitari, B.: "L'azione del curatore per abusiva concessione di credito"; en *www.ilfallimentarista.it,* 2 de julio de 2021, con nota de Satta, G.: "Concessione abusiva del credito: il curatore è legittimato all'azione nei confronti delle banche finanziatrici"; en *www.ilfallimentarista.it*, 28 de septiembre de 2021, con nota de Selvini M., *Responsabilità della banca da abusiva concessione del credito: solidale con la responsabilità degli amministratori o autonoma?*, en *www.ilfallimentarista.it*, 28 de septiembre de 2021.

sentencia del pasado mes de enero[34] - sobre el tema de la responsabilidad del banco por la concesión de crédito a una empresa en ausencia de viabilidad del plan: "Corresponderá al juez del fondo identificar el espacio admisible para una financiación lícita, cuando, aunque concedida en presencia de una situación de dificultad económico-financiera de la empresa, existan perspectivas razonables de rehabilitación. Lo que importa, por tanto, ya no es el hecho en sí de que la empresa financiada se encuentre en una situación de crisis o insolvencia, aunque conocida por el prestamista, de modo que éste haya provocado así un retraso en la declaración de concurso: lo que importa es únicamente la falta de perspectivas razonables, basadas en una valoración e*x ante*, de superación de dicha crisis. En esencia, la frontera entre financiación *meritoria* y *abusiva* se basará a menudo en la razonabilidad y viabilidad de un plan de negocio". Razonabilidad y meritocracia se entrecruzan así en una relación en la que la primera se convierte en un requisito previo esencial a efectos del reconocimiento de la meritocracia de la financiación concedida al consumidor.

34 Cass., 18 de enero de 2023, n. 1387, disponible en *www.dirittobancario.it*, 23 de enero de 2023.

BIBLIOGRAFÍA

Alecci, S.: "Il sovraindebitamento del consumatore in prospettiva rimediale: note a margine di Cass. Civ, 1 de febrero de 2016, n. 1869", *Eur. dir. priv.*, 2017.

Auletta, A.: "È costituzionalmente legittima la sospensione delle procedure esecutive riguardanti l'abitazione principale del debitore durante l'emergenza Covid-19?", 1 de marzo de 2021, disponible en *ilprocessessocivile.it*

Auletta, A.: "L'incidenza della normativa emergenziale sul processo esecutivo", en AA.VV.: *Diritto e Covid-19* (dir. por M. Santise), Giappichelli, Turín, 2020.

Auletta, A.: "Proroga della sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa e inefficacia dei pignoramenti: qualche riflessione a prima lettura", 5 de noviembre de 2020, disponible en *ilprocessocivile.it*.

Bertacchini, E.: "I procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio", *Studi senesi,* 2016.

Bilancia, F.: *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, en *Scritti in onore di Franco Modugno,* Nápoles, 2011

Blasco, B.: "Sulle procedure di soluzione delle crisi da sovraindebitamento", *Vita not*., 2017.

Bocchini, R.: "Sovraindebitamento del consumatore. Profili civilistici della disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Giur. it*, 2016.

Brogi, E.: "Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi", *Fam. dir., 2020*, fasc. 2.

Cerrato, A.: "Considerazioni sulla costituzionalità della legislazione emergenziale in tema di sospensione delle procedure esecutive immobiliari intraprese sull'abitazione principale del debitore", 9 de marzo de 2021, en *lanuovaproceduracivile.it*

Ciocia, M.: *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Nápoles, 2009

Costa, C.: "Profili problematici della composizione della crisi da sovraindebitamento", *Dir. fall*., 2014, I.

Crivelli, A.: "Legislazione emergenziale e processo esecutivo", *Esecuzione forzata*, UTET, Turín, 2020, núm. 2.

Crivelli, A.: "Sulla sospensione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, 4 de junio de 2021", disponible en www.giustiziacivile.com, 4 de junio de 2021.

D'Alonzo, R.: "La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 4

D'arrigo, C., Costantino, G., Fanticini, G. y Saija, S.: "Legislazione d'emergenza e processi esecutivi e fallimentari", 25 de julio de 2020, consultable en *inexecutivis.it*.

D'Orazio, L.: "Il nuovo appeal delle procedure di sovraindebitamento nella riforma in itinere", *Fallimento,* 2016.

D'Orazio, L.: "Il presupposto soggettivo per l'accesso al sovraindebitamento tra certezze (poche) e dubbi (molti)", *Studi senesi*, 2016.

Di Marzio, M.: "Il processo esecutivo dopo la pandemia", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 3.

Di Raimo, R.: "Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno", *Riv. dir. banc*., 2018.

Doria, G.: "Prime osservazioni in tema di sovraindebitamento dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza", *Riv. dir. impr*, 2020.

Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: *La Corte costituzionale pone fine alla sospensione delle esecuzioni sulle prime case,* en *Rivista dell'esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 3.

Fanticini, G. y Saija, S.: "La sospensione dell'espropriazione forzata della prima casa", en AA.VV.: *Giustizia civile ed emergenza coronavirus* (dir. por A. Carratta), Giurisprudenza italiana, UTET, Turín, 2020, núm. 8-9.

Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: "Alla ricerca di un significato per la *sospensione delle procedure esecutive nella prima casa*", 25 de julio de 2022, disponible en *inexecutivis.it*.

Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: "L'art. 54-ter, d.l. n.18 de 2020 nel sistema di esecuzione", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 3.

Fanticini, G., Leuzzi, S., Rossi, R. y Saija, S.: "Una postilla all'art. 4, d.l. 28 de octubre de 2020, n. 137 (decreto *ristori*)", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2020, núm. 4.

Filograno, G.R.: "Diritto di abitazione, proprietà e impignorabilità della casa", *Rass. dir. civ.,* 2020.

Ghedini, A. y Russotto, M.L.: "La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani", en *ilcaso.it*, 18 de febrero de 2021.

Inzitari, B.: "L'azione del curatore per abusiva concessione di credito"; en *www.ilfallimentarista.it,* 2 de julio de 2021.

Leuzzi, S. y Rossi, R.: "Procedimenti esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-Covid", 1 de mayo de 2020, disponible en *ilcaso.it*.

Limitone, G.: "Il concetto di colpa nella legge 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore", *Nuovo dir. soc*., 2016.

Limitone, G.: "Postilla sulla colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore e la proposta della Commissione Rodorf", en *ilcaso.it*.

Limitone, G.: "Meritevolezza, shock esogeno (eventi imprevedibili) e merito creditizio", 2 de diciembre de 2020, disponible en *www.ilcaso.it*.

Lolli, A. y Paolucci, M.G.: "Procedures for the settlement of the over-indebtedness crisis", *Nuovo dir. soc.,* 2020.

Lucci, P.: "Piano del consumatore e sovraindebitamento: alcuni profili problematici", *Fallimento,* 2016.

Martinoli, R.: "Sospensione del procedimento di esecuzione sulla prima casa del debitore: la decisione del Tribunale Costituzionale", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, CEDAM, Padua, 2022, núm. 1.

Martinoli, R.: "Esecuzione forzata - *Temporaneamente* legittima la sospensione delle procedure di rilascio", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, CEDAM, Padua, 2022, núm. 2

Mengali, A.: "Brevi riflessioni in tema di sospensione dei termini nei processi esecutivi all'interno della disciplina speciale dicettata per l'emergenza Covid-19", 25 de junio de 2020, disponible en *judicium.it*.

Metafora, R.: "È incostituzionale la seconda proroga della sospensione delle esproprzioni aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore", 28 de junio de 2021, disponible en *www.ilprocessessocivile.it*

MEZZASOMA, L.: *Il 'consumatore' acquirente di immobili da costruzione fra diritto al risparmio* e *diritto all'abitazione,* Nápoles, 2008

MEZZASOMA, L.: *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore (dalla l. n. 3 del 2012 alla l. n. 137 del 2020)*, Nápoles, 2021.

MEZZASOMA, L.: "La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento", *Rass. dir. civ*, 2017

NARDONE, R.: "La sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili nel decreto "Milleproroghe 2021"", 5 de enero de 2021, disponible en *ilprocessessocivile.it.*

NARDONE, R.: "Al vaglio della Consulta la sospensione, fino al 30 giugno 2021, dei provvedimenti di rilascio per morosità", en *www.ilprocessocivile.it*., 31 de agosto de 2021.

PARISI, G.: "Espropriazioni sulla «prima casa» e illegittimità costituzionale della (seconda) proroga della sospensione da Covid-19", 24 de agosto de 2021, consultable en www.giustiziacivile.com

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionezza nel diritto civile,* Nápoles, 2015.

PERLINGIERI, G.: "Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale", *Actualidad jurídica iberoamericana,* 2019, núm. 1.

PERLINGIERI, P.: *Introduzione alla problematica della proprietà*, en *Università degli Studi di Camerino. Lezioni*, ESI, Napoles, 1971 (reimpresión 2011)

PERLINGIERI, P.: *Crisi dello stato sociale* e *contenuto minimo della proprietà*, *ivi*, 1983

PERLINGIERI, P.: "Proprietà, impresa e funzione sociale", *Riv. dir. impresa*, 1989, núm. 2.

PERLINGIERI, P.: "Principio *personalista*, *funzione sociale della proprietà* e servitù coattiva di passaggio", en *Rass. dir. civ*, 1999, núm. 3

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, ESI, Napoles, 3ª ed., 2006.

PERLINGIERI P.: "La *funzione sociale* della proprietà nel sistema italo-europeo", *Le Corti salernitane*, 2016.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile,* 11ª ed., ESI, Napoles, 2022.

Perlingieri P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., ESI, Napoles, 2020, III t.

Perlingieri, P.: *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoles, 2021

Perlingieri, P.: "Relazione al Convegno Diritto all'abitazione, finanziamento all'impresa, alla cooperativa, alla persona", en AA.VV.: *Diritto all'abitazione, finanziamento all'impresa alla cooperativa alla persona* (dir por G. Tatarano), Atti del Convegno, tenutosi a Selva di Fasano nei giorni 16-18 settembre 1982, Napoli-Roma, 1986.

Perlingieri, P.: "*Depatrimonializzazione* e diritto civile", en AA.VV.: *Scuole, tendenze, metodi* (dir. por P. Perlingieri), Napoli, 1988.

Perlingieri, P.: "Mercato, solidarietà e diritti umani", *Rass. dir. civ.*, 1995.

Perlingieri, P.: "La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo", en AA.VV.: *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile* (dir. por P. Perlingieri), Nápoles, 2003.

Pirani, P.: "Il presupposto soggettivo delle procedure da sovraindebitamento tra la L. n. 3/2012 e il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza", *Dir. fall. soc. comm.*, 2021.

Rapisarda, G.O.: "L'impatto del decreto *milleproroghe* (d.l. n. 183 de 31.12.2020) sulle procedure esecutive immobiliari", 27 de enero de 2021, disponible en *inexecutivis.it*.

Rispoli Farina, M.: "La nuova disciplina del sovraindebitamento del consumatore", *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2014, vol. 89, núm. 6, pp. 643-662.

Rizzo, V.: "Contratto e costituzione", *Rass. dir. civ.,* 2015

Rodotà, S:, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, ed. espec, Roma, 2017.

Rondinone, N.: "Il presupposto soggettivo delle procedure di cui al capo II della legge n. 3/2012 quale espressione della nuova concorsualità "debtor oriented"", *Orizzonti del dir. comm*, 2017.

Rossi, R.: "La legislazione emergenziale sui procedimenti esecutivi", en AA.VV.: *Questioni di diritto civile all'epoca del coronavirus* (dir. por E. Gabrielli y G. Sicchiero), Giurisprudenza italiana*, UTET,* Turín*,* 2020*,* núm. 10, pp. 2287 y ss.

Russotto, G.: "Il merito creditozio e la meritevolezza ex art. 12 comma 3 l. 3/2012", en *www.ilcaso.it*, 19 de febrero de 2021.

Saletti, A.: "L'emergenza pandemica ed i processi esecutivi", *Esecuzione forzata,* UTET, Turín, 2021, núm. 2.

Santabarbara, T.: "Sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili e incidenza della pandemia sulle condizioni economiche delle parti", en *www.giustiziacivile.com*, 22 de abril de 2022.

Satta, G.: "Concessione abusiva del credito: il curatore è legittimato all'azione nei confronti delle banche finanziatrici"; en *www.ilfallimentarista.it*, 28 de septiembre de 2021.

Selvini M., *Responsabilità della banca da abusiva concessione del credito: solidale con la responsabilità degli amministratori o autonoma?*, en *www.ilfallimentarista.it*, 28 de septiembre de 2021

Soldati, N.: "Il sovraindebitamento alla prova della riforma del diritto fallimentare", *Contratti*, 2016.

Soldi, A.M.: "La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus", 19 de mayo de 2020, consultable en *judicium.it.*

Trapuzzano, C.: "Covid: legittimo il blocco degli sfratti, nei limiti della proroga sino al 31 dicembre 2021", en www.altalex.com, 15 de noviembre de 2021.

Troncone, F.: "Nuove ombre sul blocco degli sfratti", consultable en www.altalex.com, 25 de junio de 2021.

Valerini, F.: "Pandemia e sospensione dell'esecuzione sull'abitazione principale del debitore: seconda proroga incostituzionale", 22 de junio de 2021, consultable en *www.dirittoegiustizia.it.*

Viglianisi Ferraro, A.: "Il diritto di proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la necessità di una maggiore tutela dello stesso a livello nazionale", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 2020.

Vincre, S.: "Il difficile bilanciamento tra il diritto alla tutela esecutiva e la normativa emergenziale Covid-19", *Rivista di diritto processuale*, CEDAM, Padua, 2021, núm. 4.

VOLTAGGIO, P.: "Declaratoria di incostituzionalità della proroga della sospensione ex art. 54-ter. Circolari e riassunzione dei processi sospesi", 1 de julio de 2021, consultable en *www.inexecutivis.it.*

LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES O UNIDOS DE HECHO

LA SUCCESSION MORTIS CAUSA OF THE FAMILY HOUSEHOLD AND DEATH OF ONE OF THE SPOUSES OR DE FACTO PARTNERS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 600-629

Carmen
MINGORANCE
GOSÁLVEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: El especial estatuto protector que el ordenamiento jurídico dispensa a la vivienda habitual tiene su reflejo en la sucesión en este bien cuando fallece uno de los cónyuges o de los convivientes de hecho. Se plantean importantes cuestiones necesitadas de resolución, ya que nuestro Derecho civil común no se hace eco de estas particularidades en el derecho positivo de manera expresa. Es por ello que este trabajo pretende arrojar algo de luz a problemas tales como qué sucede cuando la vivienda es propiedad de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, o cuando el inmueble estaba arrendado por el cónyuge fallecido.

PALABRAS CLAVE: Vivienda habitual; cónyuges; pareja de hecho; sucesión.

ABSTRACT: *The special protective status that the legal system grants to the habitual residence is reflected in the succession to this property when one of the spouses or common-law partners dies. This raises important questions that need to be resolved, since our common civil law does not expressly reflect these particularities in positive law. That is why this paper aims to shed some light on problems such as what happens when the property is owned by both spouses or only one of them, or when the property was leased by the deceased spouse.*

KEY WORDS: *Habitual residence, spouses, unmarried partners, inheritance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTUALIZACIÓN.- 1. Vivienda habitual.- 2. Cónyuge sobreviviente.- 3. Parejas de hecho.- III. LA SUCESIÓN EN LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CÓNYUGE VIUDO. POSIBLES VIAS PARA MATENER LA PROPIEDAD O EL USO.- 1. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.- A) Vivienda familiar propiedad del cónyuge fallecido.- B) Vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges.- 2. La sucesión de la vivienda arrendada por el cónyuge fallecido.- A) Derecho a la subrogación del contrato de arrendamiento.- B) Conocimiento y oposición del arrendador.- IV. LA SUCESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PAREJA DE HECHO.- 1. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.- A) Titularidad común de la pareja de hecho.- B) Titularidad privativa del premuerto.- 2. La sucesión de la vivienda familiar en arrendamiento.- A) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.- B) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

I. INTRODUCCIÓN.

La vivienda familiar se considera el lugar donde realmente residen los cónyuges, la residencia habitual. Al valor económico de la vivienda como inmueble hay que añadirle, en caso de ser el domicilio conyugal, el valor sentimental que tiene para cada uno de los cónyuges. Por ello, la vivienda familiar es objeto de una regulación especial en nuestro ordenamiento dirigida, básicamente, a la protección del interés de los miembros de la familia en su ocupación. De un lado, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos que permiten el uso de la vivienda -durante la estabilidad familiar- art. 1320 CC. De otro, cuando la sociedad de gananciales se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, el supérstite tiene un derecho preferente adjudicación sobre esta vivienda (art. 1406.4º CC).

Pero ¿qué sucede con la vivienda familiar si fallece uno de los cónyuges? No hay una respuesta única, dependerá de diversos factores que vamos a tratar de analizar a lo largo de este trabajo: Podemos encontrarnos en diferentes situaciones al fallecer uno de los cónyuges en función si la vivienda familiar pertenecía sólo a uno de ellos o a los dos, si estaban casados bajo el régimen económico de gananciales o de separación o participación, y si el fallecido otorgó testamento o falleció sin haberlo otorgado. También debemos tener en cuenta si la vivienda estaba arrendada. Y por último, no podemos dejar atrás el supuesto de parejas no casadas, a las que el ordenamiento jurídico también asimila en algunos casos.

II. CONCEPTUALIZACIÓN.

1. Vivienda habitual.

Existen fuertes razones en la Constitución española para justificar el especial estatuto protector de la vivienda familiar, cualquiera que sea el cónyuge propietario

• Carmen Mingorance Gosálvez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Córdoba. Correo electrónico: mingorance@uco.es

o la naturaleza del contrato o derecho básico del que deriva el derecho al uso de aquella. De una parte, la propia Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, pero su contenido viene determinado por la función social que lo delimita (art. 33); y de otra parte, la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar.

A mayor abundamiento, los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional. Un principio de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el art. 47 CE[1]. Y otro principio más específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el art. 39.1[2]. Además, asegura en este contexto de la protección familiar "la protección integral de los hijos" (art. 39.2 CE).

Pero centrar el término de vivienda familiar, vamos a tratar de señalar los elementos indispensables para que el hogar pueda ser calificado de familiar. Son tres elementos, a saber, edificación habitable, edificación ocupada con habitualidad, y edificación habitada por la familia.

En primer lugar, ha de tratarse de una edificación habitable. Por no serlo, deben excluirse los solares, locales de negocios y fábricas, y los garajes.

En segundo término, además, debemos estar ante una edificación ocupada de hecho y con habitualidad. Es decir, es la residencia normal y de presumible continuación, el domicilio fijado "de común acuerdo" (ex. art. 70 CC).

El adjetivo "habitual" y el adverbio "habitualmente" aparecen en distintos preceptos del Código Civil. Habitual no equivale a permanente, pero denota un alto grado de continuación temporal. En el Código Civil, la expresión vivienda habitual se utiliza para referirse a aquella vivienda en la que una persona tenga su residencia. Pero falta en nuestra legislación civil un concepto de vivienda habitual de la familia. Por ello, debe analizarse cada caso concreto. Y es que, en la sociedad actual hay familias que tienen varias residencias y las ocupan alternativamente durante el año, en períodos más o menos largos; en otras ocasiones, uno de los miembros de la pareja, o ambos, pasan largas temporadas fuera del hogar familiar, frecuentemente por motivos de trabajo; pero también puede faltar la cohabitación en un solo hogar familiar por algún motivo de salud que implique el necesario ingreso de un cónyuge en algún centro médico o de cuidados especiales; e incluso no es descartable la existencia de relaciones conyugales a distancia, con domicilios que se mantienen separados. Sin olvidar, tampoco, que las normas

1 Art. 47 CE: "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho..."

2 Art. 39.1 CE: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia".

fiscales atienden a un criterio temporal cuantitativo (días al año de ocupación) para la determinación de la condición habitual de la vivienda, si bien tales criterios cuantitativos no han de ser necesariamente válidos y adecuados en materia civil. En este sentido, se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

Si bien el Código civil no define qué se entiende por vivienda habitual, el legislador otorga un tratamiento favorable en diversos ámbitos al inmueble que constituye la vivienda habitual, no sólo en el ámbito civil -como tendremos ocasión de analizar en este trabajo-, sino también en otros ámbitos como el derecho fiscal. Así, el Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, el reglamento sobre el IRPF y otras normas tributarias, regula los requisitos para que un inmueble tenga la consideración de vivienda habitual[3].

Por su parte, la Resolución de 16 de junio de 2020 (3ª), de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública[4], ha considerado -con relación al art. 91 RH y al art. 1320 CC- que, habida cuenta de la dificultad calificadora respecto de la circunstancia de hecho de ser o no vivienda habitual familiar, en virtud de la limitación de los medios que en tal cometido puede utilizar el registrador, debe exigirse la manifestación negativa para acceder a la inscripción, sin perjuicio de que pueda justificarse fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia, para con esta manifestación obtener garantía suficiente, a los solos efectos de practicar la inscripción, de la no concurrencia de aquella circunstancia y de la consiguiente validez del acto dispositivo unilateral, ex. 1320 CC.

Señala el art. 41 bis del Real Decreto 930/2013[5], Concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones: "1. A los efectos previstos en los arts. 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto se considera vivienda habitual del contribuyente

3 Este RD, siguiendo los dictados de una Ley que desde 1 enero 2013 había eliminado la deducción por inversión en vivienda habitual, elimina la misma del Reglamento. Como señala la Exposición de Motivos: "(…) al desaparecer la regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual y con ella el concepto de vivienda habitual, se define este concepto a efectos de la aplicación de determinadas exenciones, dando continuidad al que hasta ahora venía aplicándose".

4 Resolución de 16 de junio de 2020 (3ª), de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, (BOE de 3 de agosto de 2020).

5 Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, por el que se por el que se modifican el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo; el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio; el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras''[6].

Por último, debe tratarse de una edificación habitada por la familia. Es fundamental la connotación de ''familiar''. Por ello, debemos precisar en qué momento y en virtud de qué circunstancias puede perderse la cualidad de vivienda familiar. La más frecuente, como no puede ser de otro modo, es la motivada por la decisión de los cónyuges, de común acuerdo de fijar una nueva vivienda habitual, procediendo al cambio de domicilio de la familia. Pero junto a ella, podemos también encontrarnos con que la vivienda familiar pierde tal carácter en los supuestos de crisis matrimonial o ruptura de parejas de hecho, o ante el fallecimiento de uno de los progenitores.

Para los casos en que se produzca el fallecimiento o la salida de uno de los progenitores de la vivienda familiar, es necesario precisar si la unidad familiar queda compuesta por progenitor e hijos menores de edad que continúan manteniendo su residencia, en cuyo caso la salida del otro progenitor no impide que podemos seguir hablando de vivienda familiar; de aquel otro supuesto en que la vivienda permanece ocupada por los progenitores o por un solo progenitor y los hijos mayores de edad, en la que pierde la vivienda el carácter de vivienda familiar.

6 Continúa el art. 41 bis.2 y 41 bis.3: "(…)No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:
Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.
Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.
Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el apartado anterior se computará desde esta última fecha.
3. A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión."

Más controvertida ha sido la cuestión de aquellos casos de separación o divorcio, en que uso de la vivienda "familiar", se atribuye a uno de los cónyuges o ex cónyuges. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 ha resuelto la controvertida cuestión de la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso[7]. El Pleno resuelve que, la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente, por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. No puede, por tanto, calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial[8].

2. Cónyuge sobreviviente.

Cuando nos referimos a cónyuge sobreviviente consideramos a aquel que procede de un matrimonio válido en el momento del fallecimiento del causante. No ha debido mediar nulidad o divorcio pues en estos casos, el legislador excluye los derechos legitimarios por faltar el presupuesto del matrimonio. Es más, en la separación, aun no disolviéndose el vínculo matrimonial, sea judicial o de hecho, el Código la equipara con relación a los derechos sucesorios legales en efectos a la nulidad y al divorcio[9].

7 STS 20 noviembre 2018 (RJA 2018, 641). Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

8 En el mismo sentido se pronuncia también la STS 29 octubre 2019 (RAJ 2019, 658), Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, relativa a la pérdida del uso de la vivienda por la esposa al comenzar la convivencia con una nueva pareja. Señala el Alto Tribunal que "debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por lo expuesto, procede estimar el motivo de casación, en aplicación del art. 96.1 del C. Civil, declarando que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla".

9 El art. 834 CC, tras la reforma de 1981, quedó con el siguiente texto: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Ahora, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, dice lo siguiente: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Las diferencias que se pueden apreciar son, una meramente formal al sustituir "se hallare" por "se hallase" que no tiene alcance sucesorio. Y otra que en el nuevo texto se dice "…no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho…", en tanto que el texto derogado se limitaba a decir "…no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto…", aludiendo a la culpa que ahora, por coherencia con la reforma de los arts. 81 y 86 CC, desaparece. En resumen: a partir de la reforma se suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho.

El art. 807 CC atribuye la condición de legitimario al viudo o viuda del causante. No obstante, para atribuir dicha condición de legitimario, la Ley establece varios supuestos que tienen que concurrir al momento del fallecimiento del causante. Estos presupuestos son dos: el matrimonio y la convivencia conyugal[10].

Con respecto al primero, se exige que en el momento de morir el causante se dé la existencia de un matrimonio válido. De este modo, ni los divorciados, ni los que nunca han sido cónyuges —por haber sido su matrimonio declarado nulo—, tienen derecho a legítima[2].

El otro requisito para ostentar este derecho es el mantenimiento de la convivencia conyugal al momento del fallecimiento del cónyuge causante, de manera que, en virtud del art. 834 CC, tanto la separación judicial como separación de hecho excluye el derecho a la legítima por parte del cónyuge viudo. Esto es así desde la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que suprime el derecho a su legítima del cónyuge sobreviviente separado de hecho: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora"[25].

Muchas son las cuestiones que pueden surgir entorno al actual texto normativo y las circunstancias que debe tener o reunir la separación de hecho para poder privar de la legítima al sobreviviente: ¿Es suficiente con una separación unilateral? Para que se llegue a tal consecuencia ¿esa separación ha de tener una duración mínima, lo que ahora como máximo es de tres meses de cese efectivo de la convivencia para llegar a la separación judicial o al divorcio? ¿Es necesario acreditarlo fehacientemente?

Pienso que vale tanto la separación querida por los dos cónyuges como si fue impuesta por uno de ellos. Lo importantes es probar que al momento del fallecimiento estaban separados. Y de igual modo creo que no se debe probar que la separación de hecho duraba un tiempo determinado, lo que parece irónico, pues pensemos que ni siquiera se pide plazo de cese efectivo para la separación judicial o el divorcio en caso de riesgo para la vida de uno de los cónyuges, su integridad física, libertad, integridad moral o sexual, ex art. 81.2º CC. Queda claro que serán los Jueces y Magistrados quienes tendrán que valorar las pruebas con sumo detenimiento y las situaciones pueden ser complejas, ya que juega un papel decisivo la intencionalidad, analizar el alcance del cese efectivo de la convivencia,

Con la nueva redacción del art. 834 si el cónyuge viudo está separado de hecho, no recibe su cuota legitimaria, tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues el art. 945 del CC, también se ha reformado.

10 Manzano Fernández, M.M.: *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 28. Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones, común y foral*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pp. 320-321.

si es lo mismo no convivir que cesar en la convivencia conyugal, posiblemente situación más amplia que el hecho de convivir bajo un mismo techo…, sobre todo si se trata, como se trata, de negar derechos legitimarios[26].

Respecto a la polémica de si debe o no ser considerado heredero el cónyuge viudo: se le niega tal carácter a pesar de la redacción del art. 807 CC, porque el texto legal no obliga a instituir heredero al legitimario, sino a dejarle por cualquier título lo que por legítima le corresponda. Y precisamente lo que por legítima le corresponde se traduce en una atribución a título singular, ya que la Ley lo llama directamente al usufructo de una cuota. Es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándola en un usufructo, pero en estos casos el usufructo no estará en la disposición sino en la partición. Además el cónyuge viudo no responde personalmente de las deudas de la herencia[11].

Siguiendo a Manzano Fernández, en atención a la posición del cónyuge viudo en la sucesión de su consorte, se pueden señalar las siguientes características: el cónyuge viudo no colaciona[12], el cónyuge viudo no responde de las deudas de la herencia[13], el cónyuge viudo está legitimado para promover la partición de la herencia, el cónyuge viudo no podrá ser contador partidor en la herencia del premuerto[14]. A grandes rasgos, puede decirse que el cónyuge viudo es legitimario o, por lo menos, heredero forzoso, y su posición en la sucesión tiene los siguientes caracteres: 1) Que el viudo es heredero forzoso porque esta condición le viene atribuida directamente por la Ley. 2) Que su legítima se concreta en el usufructo de una parte de la herencia de cuantía variable, dependiendo de con qué otros legitimarios concurra a la herencia. 3) Que dicha legítima es conmutable.

3. Parejas de hecho.

La pareja de hecho o unión de hecho consiste en la convivencia pública y estable entre dos personas de distinto o igual sexo, con intereses comunes en desarrollar una vida familiar, pero que no han contraído matrimonio. Se trata de

11 Mingorance Gosálvez, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Sevilla, 2004.

12 De la literalidad del art. 1035 CC, se impone la colación al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean. Dado que no es heredero o sucesor universal sino legatario, no está obligado a colacionar. Pérez Giménez, M.T.: "¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, enero-julio 2016, nº 8, pp. 82-100. Albaladejo va más allá, y señala que, aun cuando fuera instituido por el causante como heredero, tampoco colacionaría porque esta institución opera entre legitimarios del mismo grupo y, la cuota del viudo es en usufructo. Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 187-188.

13 STS de 16 de diciembre de 2014: "El usufructuario de la herencia no viene obligado al pago de las deudas hereditarias frente a los acreedores".

14 Espejo Ruiz, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013. Nota 11. Espejo Ruiz. En este sentido y, sobre la posibilidad de aplicación de las normas de la partición a la elaboración del inventario en la liquidación de gananciales, puede verse Manzano Fernández, M.M.: "Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte),. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 2023, nº 796, pp. 921-949.

un modo de relación familiar, una opción de convivencia plenamente admitida en nuestro sistema jurídico, si bien como una realidad diferenciada del matrimonio. Como señala Gallego Domínguez, esta realidad diferenciada ha permitido al legislador darle a las parejas de hecho un tratamiento diferente del matrimonio sin que tal diferencia pueda considerarse atentatoria en principio, al art. 14 de la Constitución española[15].

III. LA SUCESIÓN EN LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CÓNYUGE VIUDO. POSIBLES VIAS PARA MATENER LA PROPIEDAD O EL USO.

1. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.

Para analizar la situación jurídica producida en la sucesión de la vivienda familiar debemos distinguir según la titularidad de la misma sea propiedad únicamente del cónyuge fallecido, o bien lo sea de ambos cónyuges.

A) Vivienda familiar propiedad del cónyuge fallecido.

Si la vivienda familiar era titularidad únicamente del cónyuge fallecido, el cónyuge sobreviviente tendrá diferentes derechos en la herencia en función de si el fallecido otorgó testamento o no, y esos derechos podrán concretarse de algún modo en la vivienda que durante la vida del matrimonio fue la vivienda "familiar".

Hay mecanismos civiles para permitir que el no propietario siga en el uso de la vivienda. En caso de haber otorgado testamento habrá que atenerse a lo establecido en él y respetar la herencia del cónyuge sobreviviente que allí se haga constar, que nunca puede ser inferior a la legítima.

¿Tiene algún derecho el cónyuge supérstite por el mero hecho de serlo? En nuestro derecho, sobre la vivienda familiar, no, ni derecho a la propiedad ni derecho de uso….[16]

Sin embargo, por el juego del derecho de sucesiones, el cónyuge sobreviviente podrá llegar a tener derecho de propiedad total o parcial sobre la vivienda familiar, así como en su caso el derecho a usarla, a través de distintas vías. Pueden

15 Gallego Domínguez, I.: "Parejas de hecho y Arrendamientos de vivienda sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2023.

16 Existen otra serie de normas en el Código Civil español, "fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber". Esta norma es independiente de que los cónyuges estén casados en gananciales, separación de bienes o conforme a cualquier otro régimen económico: al fallecer un esposo el viudo o viuda tiene derecho al ajuar doméstico, puesto que se supone que ha sido adquirido entre los dos.

establecerse posibles derechos hereditarios, tanto por ley como por voluntad del causante.

Derechos hereditarios legales. El principal derecho que le asiste es la legítima y el llamamiento de la sucesión intestada. Además cabe que, mediante la conmutación del usufructo pueda asignarse al viudo un derecho de propiedad o de uso de la vivienda habitual.

Derechos hereditarios voluntarios. Podemos a su vez clasificarlos en derechos de atribución del usufructo, y derechos de atribución de uso (en sentido amplio). Respecto de los primeros, destacamos la cautela Socini. Respecto de la atribución de uso (en sentido amplio), el legado de habitación.

En la concreción y en la partición hereditaria podrá llegar a la adjudicación al cónyuge sobreviviente de algún derecho sobre la vivienda. Mecanismos de transmisión de la propiedad de la vivienda respetando las legítimas: el legado de cosa especial (atribuyendo la propiedad o el derecho de uso) y partición hereditaria (ex art. 1056.1 CC).

Veamos los distintos supuestos:

a) Legítima vidual y conmutación del usufructo.

Como es sabido, el Código civil define la legítima en el art. 806: "Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos".

La legítima es un valor patrimonial que el causante debe atribuir a unos destinatarios determinados, pudiendo cumplir ese deber "por cualquier título": instituirle heredero, nombrarlo legatario e incluso hacerle llegar ese valor inter vivos por vía de donación. El título de atribución (sea herencia o legado) lo que hace es determinar la responsabilidad del legitimario por las deudas de la herencia. Sin embargo al legitimario le van a afectar siempre las deudas de la herencia, porque la porción legitimaria se calcula sobre el valor de los bienes que queden después de deducir las deudas. Si el saldo es negativo, la legítima no existe.

En atención a la posición del viudo en la sucesión de su consorte, se pueden señalar las siguientes características:

1ª) El cónyuge viudo no colaciona. El art. 1035 CC impone la colación al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean a la sucesión. Dado que el supérstite no es heredero o sucesor universal, sino un legatario que podríamos llamar legal, no está obligado a colacionar. Incluso instituyéndolo

el causante como heredero, tampoco resultaría obligado, puesto que la colación opera entre legitimarios del mismo grupo y su cuota lo es en usufructo.

2ª) El cónyuge viudo no responde de las deudas de la herencia (art. 510 CC).

3ª) Está legitimado activamente para promover la partición de la herencia, debiendo participar en el pago de los gastos de la misma. Lo que se justifica por su interés en que le sean satisfechos sus derechos, independientemente de la calificación de su llamamiento y, en consecuencia debe contribuir proporcionalmente al pago de los gastos que origine la partición en beneficio de todos, incluido él mismo.

4ª) No puede ser contador partidor en la herencia del premuerto. Al ser un legitimario siempre estará llamado a la herencia del causante ya que tiene derecho al usufructo de una parte de la herencia, variable en función de los legitimarios con los que concurra. No obstante, al no tratarse de una cosa determinada y siendo necesario realizar una concreción de sus derechos en la herencia por medio de la partición es evidente que existe conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y el resto de los partícipes de la comunidad hereditaria.

5ª) Su legítima es variable y conmutable. Su cuantía depende de quienes sean los otros legitimarios con los que concurre a la herencia del premuerto.

El art. 834 CC dice: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Por su parte, concurriendo el supérstite con ascendientes del premuerto y no existiendo descendientes, el art 837 CC cuantifica la legítima en "el usufructo de la mitad de la herencia". Finalmente, no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia (art. 838 CC)

La legítima del cónyuge viudo se concreta en el usufructo de una parte de la herencia de cuantía variable, dependiendo de con qué otros legitimarios concurra a la herencia. Además, dicha legítima es conmutable.

Como señala Rivas Martínez depende de la "cualidad hereditaria" de las personas con las que concurre el viudo en la sucesión. Explica Vallet que, al discutirse el Proyecto de 1851, la Comisión General había concedido legítima en general y dado el carácter de heredero forzoso al viudo o viuda, aun concurriendo con descendientes suyos o de otro matrimonio del cónyuge premuerto, pero sin fijar la cuota. Ante este hecho, García Goyena expresó las dificultades que se plantearían, por lo que la Sección se limitó a conceder al viudo o viuda la posibilidad de heredar por disposición del cónyuge premuerto no bínubo una

cuota en usufructo de la legítima de sus hijos y atribuirle una cuota ab intestato variable según concurriera con descendientes, ascendientes o colaterales.

Finalmente, la Base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888 se aprobó de la siguiente manera: "Se establecerá a favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitándolo a una cuota igual a lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determinando los casos en que ha de cesar el usufructo".

La cuantía de la legítima que corresponde al cónyuge viudo depende de los parientes del cónyuge premuerto con quienes concurra:

Concurriendo con hijos o descendientes, establece el art. 834 CC: "El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora"[17].

Y añade el art. 835 CC "Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el art. 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos". Por su parte, si concurriera con ascendientes, sería de aplicación lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 837 CC: "No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia"[18].

Por último, si concurre con otras personas, establece el art. 838 CC: "No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia".

En la sucesión intestada, el art. 913 CC señala que "a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado", precepto que se complementa con los arts. 943 y ss. El art. 944 CC establece la sucesión universal del cónyuge supérstite a falta de ascendientes y descendientes. En cualquier caso, siendo herederos intestados los descendientes o los ascendientes, los mismos concurren con la legítima del cónyuge sobreviviente.

Conmutación. Finalmente, en referencia a la posibilidad de conmutación del usufructo del cónyuge viudo, el art. 839 CC permite a los herederos satisfacer al

17 Este artículo fue modificado por la Disposición Final Primera, 69 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, Ley de la Jurisdicción Voluntaria, para sustituir "separado de este judicialmente" por "separado de este legalmente".

18 La Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió el párrafo segundo del art. 837 CC que señalaba "Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurran con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición"

cónyuge su parte del usufructo bien asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Para evitar los inconvenientes de la desmembración del dominio los herederos afectados por el usufructo legal del cónyuge pueden, de común acuerdo, decidir esta transformación, sin que el viudo pueda oponerse.

Si la elección de la forma de sustitución del usufructo no es una de las señaladas en el art. 839 se requiere la conformidad del cónyuge.

Pero obsérvese la elección de formas que establecen los arts. 839 y 840. El primero se refiere a un capital en dinero o las rentas de determinados bienes, nada dice respecto de la titularidad de un bien específico ni tampoco respecto de un derecho real limitativo de la propiedad. Sin embargo el art. 840, sí que hace referencia a un lote de bienes hereditarios. ¿Cabría por tanto, sustituir el usufructo vidual por un derecho de usufructo o de habitación sobre la vivienda familiar, o incluso un derecho de propiedad sobre esta? Entiendo que nada impide que por acuerdo entre legitimarios y viudo pueda pactarse una entrega diferente a la que plantea el legislador, al menos cuando sean mayores de edad. En cualquier caso, ello dependerá del valor que tuviera el patrimonio hereditario y el que le correspondiera al viudo en la sucesión.

La conmutación puede también realizarse por decisión del cónyuge (art. 840 CC) cuando el cónyuge viudo concurra a la sucesión con hijos solo del causante. ¿Cabría la conmutación del usufructo prevista por el testador? A mi juicio sí. ¿Y cabría que el testador faculte al viudo a conmutar, no concurriendo los requisitos del art. 840 CC? Creo que también. La ley no se lo prohíbe, y si el testador puede encomendar al viudo la facultad de mejorar, no podrá encomendar la facultad de conmutar? Además, no parece que sea perjuicio para el legitimario mejorado, toda vez que, si el viudo no progenitor puede conmutar, no entiendo que sea más gravoso que lo haga el viudo cuando sí es su progenitor.

El usufructo vidual es siempre susceptible de ser convertido o conmutado por otras formas distintas de pago. El Código civil prevé la conmutación del mismo ya sea a instancia de los herederos, ya a instancia del cónyuge viudo, si bien para este último es necesario que concurran determinados requisitos.

A la conmutación a instancia de los herederos se refiere el art. 839 CC que dice: "Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, u un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial.

Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge".

La facultad de elegir una de estas formas corresponde a los herederos sean voluntarios forzosos, testados o abintestato. Tratándose de varios herederos facultados, habrán de ponerse de acuerdo para adoptar la decisión de conmutar y la fórmula de pago. A falta de acuerdo entre ellos deberá decidir la autoridad judicial[19].

Por su parte, la posibilidad de conmutación del usufructo vidual a instancia del causante viene recogida en el art. 840 CC: "Cuando el cónyuge viudo concurra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios".

Este artículo no tiene precedentes en nuestro Derecho. Es una novedad introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y su finalidad consiste en evitar unas relaciones, como las que implicaría el derecho de usufructo, entre personas que por las circunstancias concurrentes pueden estar enfrentadas.

¿Se pudiera entender entre las facultades del contador-partidor la de acordar la conmutación del usufructo? Y el testador ¿puede imponer la conmutación en testamento? El Tribunal Supremo niega al contador-partidor tal facultad. En cuanto a la facultad de conmutar por el propio testador, resulta discutible. Algunos autores han considerado que esta decisión está fuera del ámbito de la voluntad del testador; otros han considerado posible que el testador lo imponga al cónyuge viudo, pero no a los legitimarios cuando la cuota vidual recae sobre el tercio de mejora, por entender que privarles de su libre opción significa un gravamen sobre éste.

¿Está facultado el cónyuge viudo a oponerse judicialmente a la conmutación? A mi juicio el viudo no puede oponerse judicialmente a la conmutación acordada por los herederos. Sin embargo, respecto de la forma elegida, los herederos requieren

19 Recuerda el Tribunal que en Cataluña la legítima se configura como un derecho sucesorio de carácter personal (pars valoris) y necesario que causa una obligación en el causante de atribuirla a determinadas personas en su sucesión.
Por eso el legislador ha optado por una garantía mínima de la legítima únicamente en términos de "valor" de modo que, aun sin previsión expresa del testador, se establece tácitamente la cautela compensatoria que permite al legitimario comprobar y decidir si le compensa aceptar las atribuciones que le ha realizado el causante a título de herencia o de legado con las limitaciones impuestas en el testamento (porque estime que estas superan el valor de la legítima en sentido estricto), o bien renunciar a ellas para obtener únicamente la legítima, en forma cuantitativa y cualitativamente preservada.
La opción supone pues escoger entre un quantum que exceda del valor de la cuarta parte de la herencia sufriendo una merma en la cualidad de lo recibido por hallarse sometido a alguna limitación, o la legítima estricta, libre de todo gravamen.

el consentimiento de este para determinar la forma subsidiaria de pago a aplicar y, en su defecto, será necesario autorización judicial.

En relación con el momento en que ha de ejercitarse la facultad de conmutar, parece que la conmutación ha de realizarse antes de quedar formalizada la partición, y ello por un doble fundamento, de un lado, para favorecer la estabilidad de la situación del viudo y de otro, porque así lo presupone el art. 839.2 CC, al decir: "Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge"[20].

b) La Cautela Socini.

Considero que debe también mencionarse el importante reconocimiento jurisprudencial que está teniendo una práctica que, si bien frecuentísima, no está dotada de específica regulación legal y que, en definitiva, sirve para morigerar los rigurosos moldes de la legítima, por lo que respecta a su intangibilidad cualitativa. Me refiero a la cautela compensatoria de legítima conocida como Cautela Socini, mediante la cual se concede al cónyuge viudo el usufructo universal sobre toda la herencia, mediante cláusulas testamentarias en las que se precisa que, si cualquiera de los hijos o descendientes impugnan tal institución, recibirán únicamente la parte que por legítima estricta les corresponde. Pese a las distintas opiniones doctrinales[21], la jurisprudencia la ha admitido desde mediados del siglo pasado[22]. Más recientemente, tanto el Tribunal Supremo[23] como la Dirección General de los Registros y Notariado[24] habían admitido esta figura, pero las Sentencias de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014 suponen su respaldo definitivo. Este pronunciamiento expreso, otorga seguridad jurídica al usufructo universal a favor del cónyuge viudo y a otras formulaciones que sortean el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima del art. 813 CC, que prohíbe al testador imponer sobre ella gravamen, condición, o sustitución de ninguna especie. La novedad principal de las sentencias de 2014 es afirmar que la Cautela Socini no impone a los herederos o legatarios una renuncia ilegítima al derecho del art. 24.1 de la Constitución (que consagra la tutela judicial efectiva), ni tampoco la privación de la herencia o del legado en su totalidad o en lo que exceda de la legítima estricta puede

20 Mientras no se concrete o conmute la legítima vidual, todos los bienes de la herencia estarán afectos al pago de la misma (*ex* párrafo 2º del art. 839). Con relación a este precepto, la doctrina ha señalado que no hace falta acudir a una hipoteca legal tácita, ni a una anotación preventiva en garantía de la legítima vidual (la reforma hipotecaria de 1944-46 suprimió la anotación preventiva en garantía de la legítima vidual). Una vez realizada la concreción del usufructo, este mismo derecho, como derecho real, lleva consigo la garantía.

21 La doctrina mayoritaria española la acepta, apelando al art. 813 en relación con el 816 y 820.3 CC (así, Roca Sastre, Puig Brutau, Vallet, Lacruz).

22 SSTS 12 de diciembre de 1958, 6 mayo 1953 y 20 septiembre 1994.

23 Cfr. SSTS 3 diciembre 2001, 10 julio 2003, 15 junio 2007, 27 mayo 2010, 21 noviembre 2011.

24 Resoluciones de 15 mayo 2002, 14 diciembre 2006 y 18 junio 2013.

considerarse una sanción impuesta por el testador por el ejercicio de ese derecho fundamental[25].

El Código Civil de Cataluña la regula expresamente en el art. 451-9:

Intangibilidad de la legítima

"1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.

2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda.

3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2"[26].

La denominación hace referencia al jurista italiano del siglo XVI Mario Socino que emitió un dictamen favorable a su validez.

En la práctica, es frecuente la atribución al cónyuge viudo del derecho a usar y disfrutar todos los bienes de la herencia del causante mediante el llamado usufructo universal vitalicio.

Cuando en el testamento se establece el usufructo universal a favor del cónyuge supérstite se añade en la práctica totalidad de los supuestos la denominada cláusula de opción compensatoria de la legítima o cautela Socini, de manera que dejando al viudo el usufructo universal de la herencia e instituyendo a los hijos por partes iguales, se ofrece a los mismos una opción: la de admitir el usufructo universal del cónyuge sobreviviente (y por tanto recibir la legítima gravada en contra del art. 813.2 CC), o bien recibir su legítima estricta libre, no gravada con el usufructo:

25 Distingue dos planos o funciones de la legítima de los herederos forzosos: es un límite a la libertad del testador, y también un derecho subjetivo del legitimario, y concluye declarando la constitucionalidad de esta figura porque considera que no impone un obstáculo ilegítimo al acceso a los tribunales de justicia.

26 La STSJ Cataluña 12012/2014 15 diciembre 2014 resuelve la interpretación que debe darse al art. 451-9 párrafos 2 y 3 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a la conocida cláusula Socini.
Dicho artículo, tras fijar la intangibilidad de la legítima en su párrafo 1, establece como excepción en el párrafo 2 que si la disposición sometida a alguna de las limitaciones tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda. Finaliza el párrafo 3 diciendo que, si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción.

se establece que si alguno de ellos mostrase su desacuerdo a esta disposición, exigiendo adjudicaciones en pleno dominio quedará entonces reducida su parte a la que por legítima estricta le corresponda, acreciendo en este caso lo que por ello dejara de percibir a los demás legitimarios que respetaran esta voluntad. Y si son todos los legitimarios los que rechazasen este usufructo universal, se prevé el legado al consorte en pleno dominio del tercio de libre disposición, sin perjuicio de reconocerle además la cuota viudal legitimaria. En este último caso, si bien es cierto que recibirían más de lo que por legítima estricta les correspondería, al ser beneficiarios del tercio de mejora, también lo es que dejan de recibir la cuota correspondiente en el tercio libre. No se trata de una imposición al legitimario, sino de una opción.

Salvando la legítima estricta de los descendientes el cónyuge viudo puede designarse beneficiario del tercio libre y del usufructo del tercio de mejora, teniendo cabida todo tipo de disposiciones. Se puede instituir heredero al cónyuge en el tercio libre o atribuirle uno o varios legados con cargo a este tercio.

Sin duda, la Cautela Socini constituye el gran mecanismo de protección del cónyuge sobreviviente que le permite mantenerlo en la vivienda familiar

c) Legado de habitación.

Dada la actual esperanza de vida, resulta muy posible que al morir el causante, el cónyuge supérstite se encuentre en situación de discapacidad.

El nuevo contenido del art. 822 viene referido a las consecuencias en el ámbito sucesorio de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario con discapacidad, así como la creación de nuevo derecho legal de habitación que la ley atribuye al legitimario discapacitado que lo necesite y que hubiere estado conviviendo con el causante sobre la vivienda habitual de éste: (reformado levemente por ley 8/2021)

"La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en situación de discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario que se encuentre en la situación de discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación".

Este precepto otorga una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, sin computárselo en su haber, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

La reforma de la Ley 41/2003 ha venido con este artículo a ofrecer una solución a la preocupación de los padres de dar un techo a los hijos discapacitados para cuando ellos falten, máxime si se estima la situación de muchas familias que tienen una sola vivienda y varios herederos forzosos. Pero también por qué no, a los matrimonios mayores, que al fallecer uno de ellos deje al otro en situación de discapacidad. No olvidemos por otra parte que esta solución no es más que la aplicación de un mandato constitucional, en cuanto el art. 47 de la Constitución española establece que "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", y dentro de los españoles existe un colectivo, los discapacitados, que por estar en una situación especial de indefensión debe estar protegido particularmente por los poderes públicos[27].

a) En primer lugar el art. 822 se refiere a la donación o legado de un derecho de habitación que su titular haya hecho de su vivienda habitual a favor de un legitimario discapacitado.

Esta posibilidad, como es obvio, cabía con anterioridad a la Ley 41/2003, si bien, podía plantear el problema de una posible inoficiosidad del mismo, en su caso. Para evitar el mismo y beneficiar al legitimario discapacitado el nuevo art. 822.1 señala que este derecho no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en dicha vivienda.

27 La Constitución española garantiza la protección de la discapacidad en el art. 49, dentro de los Derechos y libertades fundamentales.

Del contenido de este artículo, o mejor, de la facultad que este art. 822 otorga, podríamos extraer una serie de interrogantes ¿Favorece este derecho a todos los legitimarios del art. 807 que sean personas con discapacidad? ¿Se refiere únicamente al derecho de habitación o podría incluirse también el derecho de uso? ¿Se deberá guardar el orden de prelación del citado art. 807 CC? Y si es así, ¿se entienden preteridos los padres ancianos por una ley que parece que desea otra cosa? Además, el que quepa su constitución por vía de legado o de donación, dos cauces diferentes con puntos comunes, también plantea diversas cuestiones.

b) En segundo lugar, el legislador de 2003 crea un nuevo derecho, un derecho de habitación legal, a favor de los legitimarios discapacitados que conviviendo con el causante, con relación a la vivienda habitual, derecho que igualmente no se computará para el cálculo de las legítimas.

B) Vivienda familiar propiedad de ambos cónyuges.

Si los esposos estaban casados bajo el régimen de gananciales (que es el habitual en el ámbito del derecho civil común), al fallecer un esposo se producen, en realidad, dos liquidaciones distintas: en primer lugar, se disuelve la sociedad de gananciales, procediendo la liquidación de la misma, adjudicando una mitad al viudo y la otra mitad correspondiendo a la herencia del premuerto; y posteriormente, se produce la liquidación y partición de la herencia que estará compuesta de la mitad de los bienes gananciales que correspondían al fallecido y por la totalidad de los bienes propios o privativos del fallecido[28].

Pues bien, a la hora de liquidar el régimen de gananciales, encontramos en caso de extinción por fallecimiento de uno de los cónyuges, un importante derecho de preferente adjudicación a favor del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en los arts. 1406 y 1407 del Código civil.

Art. 1406: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: … 4º. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual."

Art. 1407: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".

28 En este supuesto, la mitad del cónyuge sobreviviente continuaría siendo de su propiedad y la mitad del difunto se sometería a las reglas mencionadas en al apartado anterior.

El sobreviviente podrá pedir, a su elección si prefiere que se le atribuya la propiedad de toda la vivienda familiar o bien, que se constituya sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al que le correspondería en la herencia, deberá abonar la diferencia en dinero a los herederos[29].

Con esto se evita que los hijos puedan privar al cónyuge casado en gananciales del uso de la vivienda: podrán adjudicarse la propiedad de esta, pero nunca podrán dejar al sobreviviente sin el uso de la misma.

Una vez liquidado el régimen, si la vivienda se asignara al cónyuge fallecido, deberíamos acudir a lo establecido más arriba respecto de la vivienda propiedad del causante.

2. La sucesión de la vivienda arrendada por el cónyuge fallecido.

Cuando la vivienda habitual se encuentra arrendada por el cónyuge fallecido, nos encontramos con el derecho que la Ley le otorga al cónyuge supérstite para subrogarse en el contrato

A) Derecho a la subrogación del contrato de arrendamiento.

En primer lugar, respecto a la subrogación en el contrato de arrendamiento, tenemos que diferenciar dos grupos: el derecho de subrogación que se produce ante la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, al que le es de aplicación el art. 15 de la LAU, y el que se da en caso de fallecimiento del cónyuge arrendatario, al que le es aplicable el art. 16 de la LAU.

En los supuestos de nulidad, separación y divorcio del arrendatario, el cónyuge, o por analogía, la pareja no arrendataria, podrá continuar en el uso de la vivienda familiar arrendada que le haya sido atribuida en sentencia judicial. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente.

Ahora bien, ante la subrogación en el contrato de arrendamiento tras el fallecimiento del inquilino firmante del contrato, el art. 16 LAU contempla los supuestos de subrogación que pueden darse en el arrendamiento cuando fallece el arrendatario antes de la finalización del plazo de duración del contrato. Así, establece que, en caso de que no se subrogue ninguno de los sujetos a quien

29 Si bien el art. 1407 CC habla de opción del derecho de uso y habitación, parece que la opción del derecho de uso casa más con art. 1406.3° CC y el derecho de habitación con el art. 1406.4° CC.

la LAU da esta facultad, o no exista ninguna de estas personas, el contrato se extinguirá[30].

Puede pactarse que no haya subrogación por fallecimiento del arrendatario en los arrendamientos de duración inicial superior a cinco años o siete (arrendador persona jurídica), siempre que la muerte tenga lugar transcurridos los cinco o siete primeros años del contrato. También puede acordarse que el arrendamiento se extinga a los cinco o siete años (arrendador persona jurídica) cuando el fallecimiento se hubiese producido con anterioridad. Una novedad del Real Decreto Ley 7/2019 es que no permite la renuncia por pacto al derecho de subrogación por fallecimiento del titular cuando las personas que puedan ejercitar este derecho se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años (art. 16.4 LAU)

30 Señala el art. 16 LAU:
"1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:
a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.
b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.
c) Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.
d) Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes a su fallecimiento.
e) Los hermanos del arrendatario en quienes concurra la circunstancia prevista en la letra anterior.
f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento.
Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido.
2. Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado anterior, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano.
Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven.
3. El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse. Si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de dichos tres meses.
Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse.
4. En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando este tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o los siete primeros años si el arrendador fuese persona jurídica, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad, o a los siete años si el arrendador fuese persona jurídica. En todo caso, no podrá pactarse esta renuncia al derecho de subrogación en caso de que las personas que puedan ejercitar tal derecho en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo se encuentren en situación de especial vulnerabilidad y afecte a menores de edad, personas con discapacidad o personas mayores de 65 años".

Las personas que pueden subrogarse en el arrendamiento son las que enumera el apartado 1 del art. 16 LAU. La enumeración es prelativa, de manera que habrá de seguirse el orden establecido en el precepto cuando sean varios los que deseen subrogarse en el contrato y no lleguen a un acuerdo entre ellos sobre quién será el beneficiario.

Prevé también la norma un criterio para resolver los posibles casos de concurrencia de varios parientes en igualdad de condiciones, dando preferencia a aquel que tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100 y, en defecto de esta circunstancia, a quien tuviera mayores cargas familiares, sea descendiente de menor edad, ascendiente de mayor edad o hermano más joven.

La subrogación debe notificarse por escrito al arrendador en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del arrendatario, adjuntando certificación de defunción del Registro Civil, indicando la identidad del subrogado y un principio de prueba del cumplimiento de los requisitos que le permitan subrogarse. Cumplido el plazo de tres meses sin producirse esta notificación, el arrendamiento se extingue. Puesto que el arrendador ha debido esperar tres meses antes de poder disponer de la vivienda, por si alguno de los posibles beneficiarios hace uso de su opción, la LAU prevé que todos aquellos que hubieran podido suceder al arrendatario -salvo los que en el mes siguiente al fallecimiento notifiquen su renuncia al arrendador- quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de esos tres meses.

Si el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones de posibles beneficiarios de la subrogación, podrá aquel considerarlos deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse.

B) Conocimiento y oposición del arrendador.

La Sentencia 20 de Julio de 2018 de la Sala Civil del Tribunal Supremo[31] afecta a los asuntos relativos a extinción de contratos de arrendamiento de vivienda anteriores al 9 de mayo de 1985, y es que en ella el Tribunal Supremo ha virado el rumbo que había asentado en anteriores pronunciamientos y, en particular, en la Sentencia de 30 de mayo de 2012. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, regulaba en el art. 58 el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, al fallecimiento del arrendatario.

Por su parte, la Ley Arrendamientos Urbanos de 1994 en su Disposición Transitoria Segunda, después de señalar que "Los contratos de arrendamiento

31 RAJ 475, 2018.

de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (…)", establece el régimen jurídico para las subrogaciones al señalar que "Serán de aplicación a la subrogación por causa de muerte regulada en los apartados 4 a 7 anteriores, las disposiciones sobre procedimiento y orden de prelación establecidas en el artículo 16 de la presente ley", esto es, en la LAU actual[32].

Pues bien, el procedimiento regulado en el art. 16 LAU, es precisamente el que encuentra un cambio interpretativo del Alto Tribunal en lo referido a la notificación por escrito en un plazo de 3 meses.

El Tribunal Supremo en la conocida STS de 30 de mayo de 2012, señalaba que "en los arrendamientos de vivienda celebrados bajo la vigencia de la LAU 1964, producido el fallecimiento de su titular, para que se produzca la subrogación es imprescindible que se cumplan los requisitos formales exigidos en el art. 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT2ª LAU 1994, a saber, la comunicación por escrito, dentro del plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario del fallecimiento y de la identidad de la persona que, estando facultada para ello, tiene la voluntad de subrogarse", lo que se reiteró en la STS de 22 de abril de 2013.

Sin embargo, esta interpretación formalista es la que ha sido matizada en la reciente Sentencia 475/2018, de 20 de julio de 2018, al analizar la posibilidad que tiene el arrendador de una vivienda de oponerse a la subrogación en el contrato de alquiler cuando, pese a que no se le ha notificado por escrito, tiene conocimiento del fallecimiento del arrendatario y de la voluntad del cónyuge viudo de subrogarse. Se trata del supuesto en que, conociendo de la intención del viudo de usar el derecho a subrogarse en el contrato, no lo ha notificado convenientemente[33].

En este sentido, la referida sentencia del Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina respecto a la cuestión planteada:

32 La entrada en vigor de la LAU de 1994 provoca la posible existencia de tres regímenes distintos de arrendamientos de vivienda, por lo que, para regular y ordenar el cambio de normativa recoge unas complejas normas transitorias aplicables a las relaciones arrendaticias surgidas bajo el imperio de normas anteriores a la entrada en vigor de la LAU de 1994 en el tiempo, que aún siguen teniendo algún interés práctico, por subsistir aún arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Así, distinguía entre los contratos de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y los celebrados a partir del 9 de mayo de 1985. Con la intención de la LAU 1994 de limitar la duración de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, suprimió la subrogación "inter vivos" a favor de ciertos familiares sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador y optó igualmente por una supresión gradual de los derechos de subrogación "mortis causa" que el TRLAU 1964 reconocía en su art. 58.

33 Supuesto en que se pretendía la extinción por falta de requisitos formales cuando previamente las partes habían mantenido contactos y negociaciones frustradas sobre la duración del contrato y las condiciones de subrogación, contrariando así la exigencia de la buena fe.

"2.- Esta sala ha venido entendiendo que, para que tenga lugar la subrogación, es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Así se afirmó en la sentencia 343/2012, de 30 de mayo, se ratificó en la sentencia de pleno 247/2013, de 22 de abril, y se confirmó en la sentencia 664/2013, de 23 de octubre.

3.- Ahora, reunida nuevamente en pleno, la sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC).

Por razón de buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello.

No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación lo que pretende es que el arrendador tenga conocimiento en un plazo razonable del ejercicio de un derecho que le afecta. Invocar la falta de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe".

A nuestro juicio, esta sentencia permite una flexibilización de los requisitos formales que permita atender al caso concreto y verificar en cada situación particular si el arrendador conocía o no el hecho de la defunción y, ante todo, la voluntad de subrogación en el sujeto. Y en ambos casos, bajo el principio general de la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico.

IV. LA SUCESIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA PAREJA DE HECHO.

En el caso en que nos encontremos ante una pareja de hecho, la transmisión de la vivienda habitual difiere muy poco de lo que hemos analizado para el matrimonio. Debemos igualmente distinguir según se trate de una vivienda titularidad de uno o ambos convivientes o bien propiedad de un tercero y arrendada a estos.

1. La sucesión de la vivienda familiar en propiedad.

A) Titularidad común de la pareja de hecho.

Cuando la vivienda es de titularidad común (en las parejas de hecho no cabe el régimen de gananciales, por lo que estaremos ante una comunidad de bienes romana), a la muerte del conviviente la parte de este pasará a sus legítimos herederos o a quien designare en testamento.

Nuestro Código civil no reconoce derechos sucesorios legales a la pareja de hecho, ya que no son esposos. Únicamente cabe que los convivientes realicen atribuciones de carácter voluntario. En caso de que el causante fallezca sin testamento, la pareja no aparece contempla en el sistema de sucesión intestada, por lo que nada recibiría. Por el contrario, para el caso de que el fallecido haya otorgado testamento, el testador podrá nombrar a la pareja heredero o legatario, pero debemos estar a los legitimarios existentes para calcular la parte de libre disposición por el testador[34].

B) Titularidad privativa del premuerto.

Cuestión distinta, se plantea cuando la vivienda habitual donde convive la pareja de hecho es titularidad privativa del premuerto. En este caso tampoco existen derechos sucesorios en el Código civil a favor del conviviente sobreviviente, sin embargo, sí se ocupan de ello alguna Ley autonómica, como lo hace la ley andaluza.

El art. 13 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho de la Comunidad andaluza, extralimitándose en el orden de competencias en materia jurídico civil en la C.A. andaluza, señala lo siguiente: Art. 13: "Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año".

Como ya señaló Gallego Domínguez, estamos ante una cuestión de respeto de un reparto competencial de materias y de invasión de competencias estatales[35].

34 Sin embargo son diversas las CC.AA. que teniendo competencia en materia civil han dictados leyes o normas propios de parejas de hecho en las que atribuyen derechos sucesorios a los unidos de hecho.

35 Gallego Domínguez, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley andaluza 5/2002, de 6 de diciembre, de Parejas de Hecho", en AA.VV.: *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. por R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez), Tomo I, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547 - 557.

El precepto está pensando en un derecho que surge a favor del sobreviviente sobre el patrimonio del fallecido, teniendo en mente que la vivienda sea propia del que premuere, o que éste tenga sobre ella un derecho transmisible.

Entrando en el contenido del precepto, lo primero que nos llama la atención es que hace de mejor condición a los supérstites de parejas de hecho que a los viudos o viudas: Cuando un sujeto en estado de casado fallece, el cónyuge sobreviviente no tiene derecho, en el Derecho común, por este único título, a ocupar la vivienda familiar, ni siquiera temporalmente; otra cosa es que la vivienda sea común o que sobre ella se concreten sus derechos legitimarios. De este modo en la C.A. andaluza los cónyuges resultan discriminados por haber accedido al matrimonio y haber querido formalizar de este modo su convivencia frente a los que han optado por unir su vida al margen del matrimonio. Sin embargo, el precepto transcrito, reconoce a favor del conviviente un derecho sobre el patrimonio del fallecido, sobre su herencia, y ello sitúa la figura en el Derecho sucesorio, aun cuando se trate de una sucesión especial o excepcional[36].

En cualquier caso, debemos precisar no se trata de un precepto de carácter imperativo, sino que es puramente dispositivo, a falta de pacto que regule la situación de otro modo, ya sea modulando el contenido o directamente suprimiéndolo.

2. La sucesión de la vivienda familiar en arrendamiento.

Por último, puede ocurrir que la vivienda habitual fuera arrendada, bien por uno o por ambos convivientes, en cuyo caso habremos de aplicarle las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No obstante, hemos de hacer aquí referencia a la LAU vigente así como a la legislación derogada, pues aunque esta no regulaba la posible subrogación de las parejas de hecho, sí que lo hizo en una interpretación laxa el Tribunal Constitucional.

A) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Durante la vigencia de la derogada LAU de 1964, el Tribunal Constitucional al resolver sobre una cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 58 TRLAU 1964 dictó Sentencia 222/1992[37]en relación con el tratamiento jurídico de las uniones more uxorio, realizando un cambio de tendencia respecto a la doctrina sentada con anterioridad. Lo que hizo esta STC fue declarar inconstitucional ese precepto "en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis

36 Gallego Domínguez, I.: "La inconstitucionalidad", cit., p. 553.

37 STC 222/1992, 11 diciembre 1992 (RTC 1992/222).

causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido".

El fundamento de la STC 222/1992, 11 diciembre, se encuentra en la protección de la familia ex art. 39.1 CE en relación con el art. 14 de la CE. Cita igualmente el art. 47 CE[38].

Las razones que se aducen para justificar el cambio de consideración de las uniones no matrimoniales son poco convincentes.

El debate se suscita en torno a la constitucionalidad del art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (hoy derogado), considerado contrario al principio de igualdad (art. 14 CE.) y al principio de protección a la familia (art. 39 CE), al establecer la subrogación arrendaticia mortis causa a favor del cónyuge, y dejar fuera, por tanto, al conviviente de hecho. La citada sentencia declara que "el artículo 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (...) es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido". Ello, con base en los siguientes argumentos:

i) La regla del arto 58.1 LAU ha de ser interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en el arto 39 CE, según el cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Ahora bien, configura- do por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la CE y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad.

Dice así: "La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra (...) una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental".

38 Este criterio del TC fue aplicado en inmediatas sentencias resolviendo recursos de amparo ante negativas de sentencias reconociendo tal derecho, así la STC 6/1993, 18 enero (RTC 1993/6) y la STC 47/1993, 8 febrero (RTC 1993/47).
Aplica el mismo criterio la STC 155/1998, 13 julio (RTC 1998/155) en un caso en el que tras abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario, la AP había estimado la petición del actor recurrente de resolución del contrato sobre las base de las causas 2ª y 5ª del art. 114 del TRLAU 1964, ya se tratase de una cesión o subarriendo no consentido a favor de la ex conviviente, quien recurre en amparo ante el TC viendo estimada su pretensión.

B) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Respecto de la posibilidad de subrogarse la pareja de hecho en el contrato de arrendamiento según la LAU actual, nos remitimos a lo referido en sede del matrimonio, pues el art. 16 LAU no distingue entre cónyuge o pareja de hecho, con la salvedad del requisito de convivencia de dos años que se exige para las parejas de hecho. Señala así el apartado b) del 16 LAU: "La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia".

BIBLIOGRAFIA

Albaladejo García, M.: *Curso de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1991.

Espejo Ruiz, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013.

Gallego Domínguez, I.: "La inconstitucionalidad del art. 13 de la Ley Andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de hecho", en AA.VV.: *Personalidad y Capacidad jurídica* (coord. por R. Casado Raigón e I. Gallego Domínguez), Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, pp. 547-559.

González Coloma, G.: *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de la vivienda familiar*, Servicio de Publicaciones Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2019.

Manzano Fernández, M.M.: *Incidencia de las crisis matrimoniales en la sucesión del ex cónyuge*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

Manzano Fernández, M.M.: "Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)", *RCDI*, 2019, núm. 95, n 774, pp. 1779-1806.

Manzano Fernández, M.M., "Embargo sobre bienes propios del cónyuge no deudor por deudas contraídas por el otro cónyuge. (Fundamentos de por qué no es posible afectar bienes propios a un procedimiento de ejecución en el que el perjudicado no ha sido parte)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, 2023, núm. 796 pp. 921 - 949.

Mingorance Gosálvez, C.: *El pago de las deudas hereditarias*, Dykinson, Sevilla, 2004.

Pérez Giménez, M.T.: "¿Por qué el cónyuge viudo no colaciona?", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, enero-julio 2016, núm. 8, pp. 82-100.

Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de sucesiones, común y foral*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 1989, pp. 320-321.

Sánchez Socías, L.: "La constitucionalidad de la Cautela Socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima", *Revista El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2015, núm. 59.

LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA VIVIENDA EN LA ERA DE LOS BIENES COMUNES. A PROPÓSITO DE LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA VIVIENDA*

THE REDEFINITION OF PROPERTY RIGHTS TO HOUSING IN THE ERA OF THE COMMONS. CONCERNING LAW 12/2023 ON THE RIGHT TO HOUSING

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 630-663

* Este artículo se ha realizado también en el marco del Centro de Investigación de Economía Social (CIDES) de la Universidad de Almería y el Proyecto de Investigación 2023-2024 sobre "Instrumentos civiles de tutela de bienes comunes" financiado para el Grupo Derecho Privado y Comparado por esta Universidad (SEJ 500139).

M.ª Belén
SAINZ-
CANTERO
CAPARRÓS

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: La propiedad de la vivienda, como la de los demás bienes, se ha regido hasta ahora por el Código Civil, además de un buen número de normas especiales de Derecho Privado y Derecho Público que consideran las dimensiones social y económica propias de dicho bien. Entre ellas las normas autonómicas sobre vivienda, respecto de las cuales se ha tenido que manifestar el Tribunal Constitucional, prácticamente cada vez que una de ellas veía la luz. A partir de la ley 12/2023, el Estado y las Comunidades Autónomas, también los Entes Locales en alguna medida, atribuirán en cada momento las facultades que, según consideren, deben corresponder a los titulares de las viviendas, atendiendo a las circunstancias particulares de estas y las del mercado en que se encuentren, así como las atribuyen, hace mucho, sobre el suelo, el agua, las costas, o el suelo para enterramientos…. En esa tarea deberían respetar el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad consagrado en la Constitución y descrito en el Código Civil aun considerando su "función social", pues tiene declarado el Tribunal Constitucional que esta función no puede justificar una alteración tan sustancial de este derecho que quede desnaturalizado. El legislador de la ley 12/2023 expresa una consideración de la vivienda como un "bien común" que aporta una perspectiva esencial desde la que analizar la norma, y que conduce finalmente a la conclusión de que si la vivienda es un bien común, necesita de soluciones e instrumentos de atribución y gestión adecuadas a un bien común. Estas soluciones e instrumentos no son las propias del Derecho administrativo, a las que el legislador se confía absolutamente en la ley 12/2023, sino a las propias del Derecho Civil, a las que habría sido mucho más conveniente que acudiera la ley 12/2023.

PALABRAS CLAVE: Vivienda; bien común; propiedad; Derecho Civil; economía civil; comunidad; mercado; expropiación; cooperación.

ABSTRACT: *The ownership of dwellings, like that of other assets, has been regulated until now by the Civil Code, in addition to a good number of special rules of Private Law and Public Law that take into account the social and economic dimensions of this asset. Among them are the autonomous regulations on housing, for which the Constitutional Court has had to express its opinion, practically every time one of them came into force. From Law 12/2023 onwards, the State and the Autonomous Communities, and to some extent also the Local Bodies, will attribute at any given time the powers that they consider should correspond to the owners of dwellings, taking into account their particular circumstances and those of the market in which they are found, just as they have done for a long time with regard to land, water, coasts, or land for burial sites..... In this task, they should respect the essential content of the fundamental right to property enshrined in the Constitution and described in the Civil Code, even considering its "social function", as the Constitutional Court has declared that this function cannot justify such a substantial alteration of this right that it is distorted. The legislator of Law 12/2023 expresses a consideration of housing as a "common good" that provides an essential perspective from which to analyse the regulation, and which finally leads to the conclusion that if housing is a common good, it needs solutions and instruments of attribution and management appropriate to a common good. These solutions and instruments are not those of administrative law, to which the legislator relies entirely in Law 12/2023, but those of civil law, to which it would have been much more appropriate for Law 12/2023 to have recourse.*

KEY WORDS: *Dwelling; common good; property; civil law; civil economy; community; market; expropriation; cooperation.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA VIVIENDA.- II. LA VIVIENDA UN "BIEN COMÚN" EN "LA ERA DE LOS BIENES COMUNES". LA "FUNCIÓN SOCIAL" DE LA VIVIENDA EN LA NUEVA LEY.- III. EL PROBLEMA DE LA OFERTA DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO O PROPIEDAD PARA RENTAS MEDIAS O BAJAS Y EL "DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA" PARA TODOS, SIN DISCRIMINACIÓN POSIBLE.- IV. EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA: "SOLO" UN DERECHO A NO SER EXCLUIDO POR EL MERCADO DEL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.- V. LA "ADMINISTRATIVIZACIÓN" DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS VIVIENDAS PARA "CIVILIZAR" LOS MERCADOS: POSIBLEMENTE INCONSTITUCIONAL. PROBABLEMENTE INEFICAZ.- VI. EL DERECHO CIVIL Y LAS FORMAS CIVILES DE ATRIBUCIÓN Y GESTIÓN DE BIENES COMUNES, LA RESPUESTA NECESARIA AL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA LEY 12/2023 DEL DERECHO A LA VIVIENDA.

Tras un camino lleno de dificultades, ya está en vigor la ley 12/2023, de 24 de mayo, llamada "por el derecho a la vivienda" que dice tener por objeto: "regular, para todo el territorio español, las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la vivienda y, en particular, el derecho a acceder a una vivienda digna y adecuada y al disfrute de la misma" (art 1.1); y que para asegurar el ejercicio del "derecho a la vivienda": "será asimismo objeto de esta ley la regulación de la función social de la vivienda, que incluye el deber de destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, en el marco de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, así como de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda, atribuyendo a los poderes públicos la función de asegurar su adecuado cumplimiento, en el ámbito de sus respectivas competencias."(art. 1.2)[1]

En la tramitación del proyecto de ley en el Congreso y el Senado, fue objeto este de cerca de un millar de enmiendas, con interesantes debates que la cuestionaban en su totalidad o en determinados aspectos, tanto desde una perspectiva económica, como jurídica. En particular, en cuanto a esta última, sobre la cuestión competencial y los límites jurídico-constitucionales de las medidas propuestas. A este respecto, recibió así mismo un contundente informe del Consejo General del Poder Judicial, cuestionando su constitucionalidad, y el anuncio de los gobiernos

1 El párrafo 3 del art. 1 señala que "La ley también tiene por objeto reforzar la protección del acceso a información completa, objetiva, veraz, clara, comprensible y accesible, en las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda"

• M.ª Belén Sainz-Cantero Caparrós
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Almería. Correo electrónico: bsainz@ual.es

autonómicos de que inaplicarían la norma, además de recurrirla ante el Tribunal Constitucional.[2]

Ciertamente la competencia sobre el régimen jurídico relativo a la vivienda lo han asumido las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.3 CE, por lo que el Estado solo sería competente, -ya que pretende sostener su labor de legislador en esta materia sobre el art. 149.1.1-, para establecer una legislación básica o ley de bases, relativa a las condiciones básicas que garanticen el ejercicio del " derecho de acceso a la vivienda digna en condiciones de igualdad".[3] Pero no parece inoportuna ni inútil , sino muy necesaria, una ley estatal sobre la vivienda, que sirva de marco delimitador y de coordinación a las Comunidades Autónomas en una materia tan importante. Así lo puso de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre algunas de las leyes autonómicas aprobadas en relación con la vivienda[4], considerando además que la vivienda "puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos dependiendo de cuál sea el enfoque y cuáles los instrumentos regulatorios utilizados en cada caso por el legislador". [STC 37/2022, de 10 de marzo, (ECLI:ES:TC:2022:37)].

Dicha complejidad competencial sería consecuencia de las distintas dimensiones constitucionales que presenta la vivienda: "económica" y "social"[5] [STC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152), FJ 2]". Y por esta doble dimensión, la vivienda

2 Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 27 de enero de 2022. Le acompañaron votos particulares concurrente de los vocales, Juan Manuel Fernández Martínez Y Juan Martínez Moya y discrepantes de los vocales Álvaro Cuesta Martínez, Clara Martínez De Careaga García, Rafael Mozo Muelas, María Concepción Sáez Rodríguez Y Pilar Sepúlveda García De La Torre. La lectura del acuerdo del pleno con el informe al anteproyecto de ley y los votos particulares al informe es imprescindible para comprender el significado y la trascendencia jurídica de las soluciones al problema del acceso a la vivienda por las que ha optado el legislador en la Ley 12/2023.

3 Al respecto la STC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152) dispuso que: "(…) habida cuenta de la competencia general del País Vasco en materia de vivienda, la posibilidad del Estado de incidir sobre la misma, mediante una regulación propia, se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica"; que: "(…) el Estado puede aportar recursos vinculados al ejercicio de sus competencias materiales y en garantía de su efectividad. Por el contrario, no está legitimado para fomentar cualquier actividad en materia de vivienda, regulándola directamente, sino en tanto y en cuanto las medidas de fomento se justifiquen por razón de sus atribuciones sobre las bases de la planificación y la coordinación de la actividad económica y sobre las bases de ordenación del crédito"; y que "tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado […] Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional". *Vid.* Arias Martínez, M.A.: "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, abril-septiembre 2019, núm. 11, pp. 106-121. También Aragón Reyes, M.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada -a propósito de la STC sobre la ley andaluza de reforma agraria-", *La Reforma Agraria, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, núm. 10, Madrid, pp. 181 y ss.

4 La STC 80/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TC:2018:80), afirmó igualmente : "No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el art. 149.1.1ª CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en el que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional". Esta misma reflexión se reitera en otras Sentencias como la STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16); STC 32/2018, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32) y la STC 43/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:2018:43).

5 También en este sentido se pronuncia la STC 59/1995 de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:59).

debe ser considerada, para el tribunal Constitucional, como "el soporte y marco imprescindible para el ejercicio de varios derechos fundamentales estrechamente vinculados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad", pero también "constituye un importante activo patrimonial y, por ende, el objeto de un sector del mercado –el mercado inmobiliario–, lo cual le otorga una innegable relevancia desde la perspectiva de la actividad económica, el mercado único y la regulación del tráfico patrimonial privado[6] [STC 37/2022, de 10 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:37)].

Parte esta ley de esta perspectiva económica y social, disponiendo medidas estructurales dirigidas a facilitar el acceso a una vivienda "digna y adecuada" a precios "asequibles", que involucran, unas a los poderes públicos (estatal, autonómico o local) y otras, a los particulares. Su exposición de motivos y su articulado expresan la intención central de comprometer a los poderes públicos y a los particulares (también entidades del "tercer sector") en colaborar para resolver los problemas de la insuficiente oferta de vivienda, con medidas fiscales y anunciando políticas públicas, pero también disponiendo deberes y limitaciones de uso y disposición a los particulares, especialmente los propietarios de las viviendas, y controlando los precios del mercado de la vivienda, en particular del alquiler.[7] Es en relación con estas últimas medidas, la que afectan a los propietarios de las viviendas y a los mercados que la constitucionalidad de la nueva norma puede venir también comprometida, si, como se ha puesto de manifiesto desde que se iniciara el largo recorrido del proyecto de ley en las Cortes antes de su aprobación definitiva, se considera que puede suponer una quiebra a la libertad de mercado y al derecho constitucional de propiedad, que, redifinido, quedaría vacío de contenido cuando tenga por objeto una vivienda, en atención a la "función social" que la ley señala a este bien.[8]

6 Sobre la compleja problemática del mercado de la vivienda en los últimos años es también obligada la obra de Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas 'subprime' a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

7 Los objetivos que persigue la ley según se indica en la exposición de motivos (III) son los siguientes: «1. Establecer una regulación básica de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la vivienda, así como de los asociados a la propiedad de vivienda, aplicable a todos el territorio nacional; 2. Facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada a las personas que tienen dificultades para acceder a una vivienda en condiciones de mercado, favoreciendo la existencia de una oferta a precios asequibles; 3. Dotar de instrumentos efectivos para asegurar la funcionalidad, la seguridad y la habitabilidad de las viviendas, garantizando así la dignidad y la salud de las personas que las habitan; 4. Definir los aspectos fundamentales de la planificación y programación estatales en materia de vivienda, con objeto de favorecer el ejercicio del derecho constitucional en todo el territorio; 5. Regular el régimen jurídico básico de los parques públicos de vivienda, asegurando su desarrollo, protección y eficiencia para atender a aquellos sectores de la población con mayores dificultades de acceso; 6. Favorecer el desarrollo de tipologías de vivienda adecuadas a las diferentes formas de convivencia y de habitación, favoreciendo la adaptación a las dinámicas y actuales exigencias de los hogares; y 7. Mejorar la protección de las operaciones de compra y arrendamiento de vivienda, introduciendo unos mínimos de información necesaria para dar seguridad y garantías en el proceso.»

8 Tornos Mas, J.: "El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad", *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre 2014, núm. 99-100. También Agudo González, J.: "Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada", *Revista de administración pública*, 2011, núm. 185, pp. 9-47

En relación con esta redefinición de la propiedad sobre las viviendas basada en la función social que la ley le asigna, se ha puesto de manifiesto que la Constitución Española (en adelante CE) habla de la función social del derecho de propiedad, y no de "la vivienda" como lo hace la Ley, y que detrás de esta justificación se pone de manifiesto que la ratio legis de la norma es convertir a la vivienda (incluso las de titularidad privada) en un "servicio público"[9]. El propio legislador en la Exposición de Motivos afirma que las políticas públicas de vivienda deben orientarse a satisfacer el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada como un servicio de interés general.

Lo que, en mi opinión, expresa el legislador al asignar esa función social a la vivienda es sobre todo, una consideración de la vivienda como un "bien común". Esta consideración aporta una perspectiva esencial desde la que analizar la norma, que conduce finalmente a la conclusión deque si la vivienda es un bien común, necesita de soluciones e instrumentos de atribución y gestión adecuadas a un bien común. Y estas soluciones e instrumentos no son las propias del Derecho administrativo, a las que el legislador se confía absolutamente en la Ley 12/2023, sino a las propias del Derecho Civil[10].

II. LA VIVIENDA UN "BIEN COMUN" EN "LA ERA DE LOS BIENES COMUNES". LA "FUNCIÓN SOCIAL" DE LA VIVIENDA EN LA NUEVA LEY.

En el último siglo se ha desarrollado entre los economistas y los juristas, pero también en otras ciencias y en relación con ellas, un debate muy importante entorno a los denominados "bienes comunes". El aire, el agua, el clima, la fertilidad del suelo, las semillas, la biodiversidad, el conocimiento o la cultura, el patrimonio histórico…. se han ido sumando a la relación de estos bienes, sobre los que existe acuerdo que es preciso conservar y garantizar a todos, facilitando su acceso a quienes tengan dificultades, por resultar esenciales a todos los individuos y al mantenimiento del orden social democrático.

Los bienes comunes, por sus características, son una categoría distinta a los bienes públicos y los privados. Los bienes públicos, son bienes accesibles a todos; el uso individual que hacen de ellos los ciudadanos, es independiente del uso de los demás y no excluye ni impide su uso por todos los demás. Los bienes privados, por el contrario, son por naturaleza de uso y disfrute excluyente para su titular, respecto de los demás (erga omnes si está atribuidos a través de un derecho real,

9 En este sentido Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley de vivienda 2022", *Apuntes 2022/11,* Abril de 2022, FEDEA. fedea.net https://documentos.fedea.net › 2022 › ap2022-11

10 Zamagni, S.: "Bienes comunes y economía civil", *Revista Cultura Económica*, junio 2014*,* Año XXXII, núm. 87, pp. 8-25. Sobre la Economía Civil, su origen y su desarrollo, vid también Zamagni, S y Bruni, L.: *L'economia civile (Farsi un'idea)*, Ed. il Mullino, Bologna, 2015. Y así mismo Bruni, L., Santori, P., Ed S.T. y Zamagni, S.: *Lezioni di storia del pensiero economico. Un percorso dall'antichità al Novecento*, 2021.

o interpartes, si se disfrutan o están atribuidos como de derecho de crédito). La utilidad que obtiene su titular de un bien privado está relacionada precisamente con la exclusión de su uso para los demás. A diferencia de los bienes privados y de los bienes públicos, los bienes "comunes" son bienes sobre los que se proyectan intereses privados, pero también públicos y colectivos o difusos, por lo que su atribución a un sujeto, a través de un derecho subjetivo, no puede ser excluyente de los demás sujetos. Esta exclusión no está justificada.

Como punto de partida es preciso considerar que el derecho subjetivo sobre un bien que cualquier norma puede reconocer, lo que tutela es el interés sobre los bienes, la utilidad que el bien procura al titular del derecho y no los bienes en sí y que implica siempre una posición jurídica que es relación de su titular con otros[11]. Pues bien, la utilidad que un individuo obtiene con el uso de un bien común está forzosamente relacionada con el provecho que los demás obtienen o pueden obtener también de este mismo bien, de modo que la utilidad que el individuo obtiene de ese bien común ·"se materializa junto con otros, no puede excluir la de los demás (como sucede a los bienes privados), ni de forma independiente (como sucede con los bienes públicos)"[12]. Y es por esta característica, en particular, que el uso ilimitado o ilegítimo del bien por un individuo al que se ha atribuido su goce y disfrute en cualquier modo (como derecho real o como derecho de crédito) perjudica siempre a los demás; pone en peligro el interés de todos: Es "la tragedia

11 Sin poder entrar en la complejidad de las teorías que se han desarrollado y que se formulan en torno al derecho subjetivo, partimos del concepto de Von Hering, R.: *El Espíritu Del Derecho Romano,* Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 945 y 946 ": (…) Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines (…) Dos elementos constituyen el principio del derecho [subjetivo]: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho [subjetivo], acción de la justicia. *(…)* Los derechos son intereses jurídicamente protegidos." Y así mismo de la más reciente teoría de George W. Rainbolt en su obra *The Concept of Rights*, tratando de superar las deficiencias de la teoría del interés de Joseph Raz y la teoría de la voluntad o la elección de H.L.A. Hart y de Carl Wellman. Para George W. Rainbolt y su teoría de la restricción justificada del derecho subjetivo cada posición jurídica es una relación. Así la comprensión del derecho subjetivo requiere considerar las posiciones jurídicas o relaciones que implica para analizar si los atributos del titular del derecho subjetivo están justificados. Rainbolt, G.W.: *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 86 y 87. *Vid.* También León Untiveros, M.Á.: "Breves apuntes sobre el derecho subjetivo", *Sapientis*, 2011, Vol. 1, Núm. 1, http://hdl.handle.net/20.500.14127/45. Interesa también destacar, que como afirma Peña Freire, A.M.: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 42, 2008, p. 251-257 en la teoría de Rainbolt "Otro aspecto que llama la atención es que se admita la existencia de derechos-deber (duty rights), derechos-sujeción (liability rights), o derechos-incompetencia (disability rights), o derechos de no-pretensión (no-claim rights) (p. 34). Rainbolt reconoce que las expresiones suenan extrañas, pero señala que está en la lógica del cuadro de categorías hohfeldianas y que es un efecto de la definición del derecho en términos de restricción normativa justificada: cuando cualquiera de esas relaciones está protegida por una pretensión o una inmunidad, estaremos en presencia de un derecho". Para Peña Freire, "Aunque la tesis es coherente con la definición de derecho, lo cierto es que sigue sonando bastante extraño hablar de un derecho al deber, por mucho que uno pueda exigir poder cumplir con su deber*". La ley 12/2023* ofrece, sin duda, muestras de estas categorías.

12 Como destaca Zamagni, ya el Código Justiniano de 534 d.C. oponía res privatae y res publicae a res comunes y res nullius, en Zamagni, S.: "Bienes comunes", cit., p.18.

de los comunes" que acompaña a estos bienes inexorablemente, debido a su naturaleza[13].

Con los bienes comunes se produce un permanente conflicto entre los intereses privados y los colectivos que se proyectan sobre ellos, de modo que los usuarios de estos bienes, deben considerar que mientras actúan en interés propio explotando el bien común, este se está reduciendo para todos[14]. Y así, cuando las circunstancias determinan que se produzca una carrera de maximización del consumo, como afirma Zamagni, aquello que constituye la esencia de los bienes comunes es también el límite en el cual reside su "tragedia", de modo que es posible que cuando los interesados en el bien común tomen conciencia de que el bien común no puede recuperarse, sea demasiado tarde.

Dice en efecto, Zamagni, desde la Economía Civil: "si las personas que se benefician de un bien común no reconocen (y aceptan) que existe un vínculo de reciprocidad entre ellos, entonces, ni el contrato social de Hobbes – que encomienda al Leviatán contener el riesgo de exclusión– ni el individualismo libertario –que concede a las conciencias individuales la responsabilidad de autolimitarse–podrán conformar soluciones satisfactorias al problema de los bienes comunes"[15].

Para los economistas de la Economía Civil es imprescindible una teoría articulada de la demanda de los bienes comunes (no solo de la oferta), pues estos bienes precisan de formas distintas de atribución y las formas de atribución han de adecuarse a esa demanda. Pero precisan también de formas distintas de gestión: no pública ni privada, sino cooperativa o colaborativa, porque resulta esencial a los bienes comunes que quienes los necesitan y aprovechan, consideren la necesidad de los demás y se autolimiten en su aprovechamiento. Necesitan una perspectiva de "reciprocidad" en su atribución y su gestión[16].

La protección jurídica de los intereses privados, colectivos y sociales sobre los bienes comunes, con el reconocimiento y atribución de derechos subjetivos sobre esos bienes, entre ellos el de propiedad, debe en efecto afrontar dos aspectos esenciales:

13 La expresión "La tragedia de los comunes" se debe al biólogo evolucionista estadounidense Garrett Hardin en 1968. Pero ya antes, William Lloyd en 1832 describió lo que después se denonimaría "la tragedia de los comunes". En 1911, la economista estadounidense Katherine Coman desarrolló el tema en su estudio Coman, K.: "Some unsettled problems of irrigation", *American Economic Review*. Posteriormente S. Gordon pondrá de manifiesto la importancia de la adecuada atribución y la gestión sobre los bienes comunes de acuerdo a su naturaleza, en Gordon, H.S.: "The Economic Theory of a Common Property Resource", *Journal of Political Economics*, 1954, núm. 62, pp. 124-142. http://dx.doi.org/10.1086/257497

14 Rodríguez Palop, M.E.: "Reconocimiento, defensa y preservación de bienes comunes en los textos constitucionales", *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, 2013, núm. 122, pp. 59-66.

15 *Vid.* en Zamagni, S.: "Bienes comunes", cit., p.18.

16 Bruni, L.: *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, ed. Città Nuova, Roma, 2012, pp. 30-33.

En primer lugar, como han de atribuirse o distribuirse esos bienes entre los ciudadanos, garantizando su acceso en condiciones de igualdad: respetando las leyes del mercado, pero también atendiendo a la justicia social, y considerando que no existe la misma libertad de elección en la demanda, como en la oferta de los bienes esenciales. Se produce siempre una asimetría entre la demanda y el suministro, que puede dejar fuera de juego al sujeto marginado económicamente. Ello implica que como no es posible transformar en públicos todos los bienes comunes por su coste, es preciso que se ordenen limitaciones y controles públicos que garanticen la accesibilidad a estos bienes por quienes los necesitan y son vulnerables económicamente. El segundo aspecto esencial que es preciso disponer al tratar de los bienes comunes, tan importante como el anterior, es organizar la gestión dichos bienes para garantizar que no se degraden o se agoten; si no que, por el contrario, aumenten a medida de las necesidades que de ellos se tengan.

Descrita tan sintéticamente la categoría de los bienes comunes, en sus múltiples dimensiones y su "tragedia", parece posible sostener que la nueva Ley refleja una consideración de bien común de la "vivienda digna y adecuada", donde los individuos puedan establecer su residencia permanente o habitual. Esta consideración puede observarse especialmente en algunos aspectos de la regulación:

Desde luego en la declaración de la "función social" de la vivienda (art. 7), que obliga a los poderes públicos a garantizar para todos, sin discriminación posible (art. 6) el derecho subjetivo a la vivienda y asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora[17].

También en la previsión del art. 5 de una acción pública en materia de vivienda, que como observó el Consejo General del Poder Judicial en su informe, responde a un modelo de acción pública que puede calificarse de "híbrido", al no ajustarse claramente a la típica acción pública prevista en la legislación urbanística, de patrimonio histórico, costas o espacios naturales, pero tampoco al más restrictivo previsto en la legislación medioambiental[18].

Esa consideración como bien común de la vivienda, se manifiesta así mismo en las "definiciones" del art. 3, en el que se han observado contradicciones y deficiencias técnicas importantes sobre la normativa proyectada, a pesar de que la vocación armonizadora de la normativa estatal respecto de las normativas autonómicas, justificaría y daría sentido a esta definiciones que reflejan una consideración como bien común de la vivienda; sea esta de titularidad privada

17 Martínez-Pujalte, C.C.: "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* 2005. Sobre los riesgos de cómo interpretar la "igualdad" en las relaciones entre particulares y hacerla efectiva se manifiesta el CGPJ en su informe (77) y ampliamente Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis*, cit., pp. 486 y ss. También en Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., p. 11.

18 En la conclusión DECIMOQUINTA.

o pública.[19] Desde esa perspectiva quiere el legislador que la vivienda sirva para residencia permanente o habitual. Y que sea "digna y adecuada" de modo que si no está en condiciones de ser habitada se considera "infravivienda". Pero sobre todo… una condición en la que no puede estar una vivienda, considerada como bien común, es "vacía", es decir, no habitada por su titular, cuando el resto están excluidos de su uso habitacional necesitándolo.

Por su función social, la vivienda es un bien dirigido "a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas y unidades de convivencia" (art. 7,1); de ahí que ya el artículo primero en su párrafo segundo disponga el deber del titular de derechos reales o de crédito sobre una vivienda a "destinar la misma al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico". De este modo su no uso, pero también cualquier otro uso distinto al señalado por el legislador, en atención a esa función social, podría resultar sancionable, administrativamente, con multas, medidas tributarias o expropiaciones; pero también civilmente con la nulidad, por ilicitud de causa, de los instrumentos jurídicos que se hayan utilizado para atribuir esa utilidad[20]. A ello responde también la penalización fiscal (a través del Impuesto Municipal de Bienes Inmuebles sobre las "viviendas vacías" [21] durante más de dos años salvo causas justificadas de desocupación temporal.[22] El objetivo de estas medidas es que los propietarios de las viviendas que no "usen" las ofrezcan al mercado.

Y revela desde luego una consideración de la vivienda como bien común la previsión en la Ley de políticas públicas destinadas a satisfacer el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada a través de la creación y gestión de parques públicos de vivienda, como a la provisión de viviendas para el parque privado pero sometidas a algún régimen de protección pública. Pero también el desarrollo de políticas públicas dirigidas a favorecer "la existencia de una oferta suficiente y

19 Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., pp. 12 y 22.

20 Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., pp.7 y 8.

21 El recargo será de hasta el 50% de la cuota líquida del impuesto cuando se trate de inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados durante más de dos años; del 100% cuando el periodo de desocupación sea superior a tres años, pudiendo modularse en función del periodo de tiempo de desocupación; y se podrá añadir un 50% de recargo adicional (hasta llegar a 150%) en caso de inmuebles pertenecientes a titulares de dos o más inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados en el mismo término municipal. (Disposición Final 3ª)

22 Se tendrá en cuenta como justificación de vivienda desocupada el traslado temporal por razones laborales o de formación, el cambio de domicilio por situación de dependencia o razones de salud o emergencia social, inmuebles destinados a usos de vivienda de segunda residencia con un máximo de 4 años de desocupación continuada, inmuebles sujetos a actuaciones de obra o rehabilitación, u otras circunstancias que imposibiliten su ocupación efectiva, que la vivienda esté siendo objeto de un litigio o causa pendiente de resolución judicial o administrativa que impida el uso y disposición de la misma, a o que se trate de inmuebles cuyos titulares, en condiciones de mercado, ofrezcan en venta, con un máximo de un año en esta situación, o en alquiler, con un máximo de seis meses. Sobre este tipo de medidas *vid*., Moreu Carbonell, E.: "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de la función social o en circunstancias de emergencia social", en AA.VV.: *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, (coord. por Mª T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 409.

adecuada de vivienda, que responda a la demanda existente y permita el equilibrio del mercado, asegurando la transparencia y adecuado funcionamiento del mismo" (Exposición de Motivos III).

III. EL PROBLEMA DE LA OFERTA DE VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO O PROPIEDAD PARA RENTAS MEDIAS O BAJAS Y EL "DERECHO SUBJETIVO A LA VIVIENDA" PARA TODOS, SIN DISCRIMINACIÓN POSIBLE.

Dicen los economistas que la teoría económica ha privilegiado siempre el enfoque de la "oferta" (no así de la demanda) en el problema de los bienes comunes: es decir, ha puesto el punto de atención en la cuestión de cómo crear incentivos para garantizar un adecuado nivel de suministro de esos bienes[23]. Y esto es lo que hace la ley respecto de los mercados de la vivienda: Se dirige a garantizar la oferta, aunque en ese empeño, podría estar limitando en exceso la libertad de los propietarios de las mismas y sus facultades de decisión, sin ofrecer otras soluciones de atribución y gestión, a las que me referiré más adelante, que podrían resultar más eficaces.

Procurar "el acceso a la vivienda", particularmente en régimen de alquiler, es el objetivo de medidas relativas al parque social de viviendas y la vivienda protegida; contemplando expresamente el aumento de los porcentajes de reserva de suelo para dichas viviendas[24]. Pero también es el objetivo de las medidas sobre el parque privado de viviendas y los "mercados tensionados": previendo la ley que las comunidades autónomas y los ayuntamientos, en un municipio, zona o barrio, que califiquen previamente como área tensionada, puedan limitar los precios de los alquileres en dichas zonas (art. 18).

La ley considera "mercado o zona tensionados", el que se así se declare cuando las autoridades competentes constaten y acrediten que el precio de la vivienda (en venta o alquiler) representa un esfuerzo de más del 30% de los ingresos de los hogares de la zona, o que los precios hayan subido más de 3 puntos porcentuales por encima del IPC, en los últimos cinco años[25]. Los límites al precio del alquiler, en esos mercados, se aplican de forma diferente según que el arrendador sea un "gran o pequeño propietario". Los "grandes propietarios" (a definir por las Comunidades Autónomas, pero en principio más de diez viviendas, residencial

23 Frischmann, B.M.: "Defining Infrastructure and Commons Management Infrastructure: The Social Value of Shared Resources", *Oxford University Press*, 2012 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117460), p. 3.

24 Disposición final cuarta. Modificación del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

25 La declaración de mercado residencial tensionado durará tres años, pero podrá prorrogarse de manera anual "cuando subsistan las circunstancias que motivaron tal declaración y previa justificación de las medidas y acciones públicas adoptadas para revertir o mejorar la situación desde la anterior declaración".

o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo garajes y trasteros; pero con posibilidad de reducirse a cinco), tendrán un límite fijado por un índice de precios de referencia (que ha de señalarse) y que se aplicará también a los pequeños propietarios cuando alquilen una vivienda de esas zonas tensionadas que no haya estado alquilada en los cinco años anteriores. Para el resto de pequeños propietarios en la zona tensionada el límite del precio del alquiler viene determinado por el precio del contrato de arrendamiento anterior. Y solo lo podrán elevar hasta un 10% cuando hayan realizado obras de rehabilitación en la vivienda o para eficiencia energética, o cuando se firmen nuevos contratos a diez años con los inquilinos[26].

La ley dispone también prórrogas forzosas de los arrendamientos en esas zonas tensionadas, de modo que los inquilinos pueden decidir si continuar o no en la vivienda arrendada al llegar el término final señalado en el contrato. Prorrogando el contrato anualmente, hasta tres años, en las mismas condiciones pactadas. Incluso se podrán prorrogar más allá de esos tres años, por un año más, si el inquilino puede demostrar que está en situación de vulnerabilidad y el propietario es un gran tenedor[27]. El arrendador solo podrá evitar la prórroga forzosa impuesta por el arrendatario en determinados casos: si pactan nuevos términos, celebrando un nuevo contrato de arrendamiento, con las limitaciones en la renta que correspondan, o cuando pueda demostrar el arrendador la necesidad de recuperar la vivienda para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad, entre otros motivos.

Son también medidas incentivadoras del alquiler en zonas tensionadas la de la desgravación de la renta obtenida por el arrendador hasta el 60%, cuando la vivienda hubiera sido objeto de una actuación de rehabilitación en los dos años anteriores a la firma del contrato; hasta el 70 % cuando alquilen a jóvenes de entre 18 y 35 años. Y podrá llegar hasta el 90% si se efectúa una rebaja del alquiler del 5% respecto a la firma anterior[28].

Fuera de las zonas tensionadas, quiere la ley proteger a todos los arrendatarios, disponiendo para todos los arrendamientos, topes a la subida de las rentas y para "controlar" efectivamente las rentas que se satisfacen en las relaciones arrendaticias, se obliga a que el pago del alquiler se realice a través de medios electrónicos a menos que alguna de las partes carezca de cuenta bancaria o acceso

26 Disposición final primera. Medidas de contención de precios en la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda.

27 Disposición transitoria cuarta. Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley.

28 Disposición final segunda. Incentivos fiscales aplicables en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda.

a medios electrónicos de pago; solo en estos casos y a solicitud de dicha parte, se realizará el pago en metálico, en la vivienda arrendada[29].

La ley asigna los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato al arrendador (de habitual carga, hasta ahora, para el arrendatario, en zonas de mucha demanda y poca oferta), y otros gastos atribuibles al arrendador como los de comunidad, tasas de basura o cualquier otro gasto, será trasladable al arrendatario, solo si se pacta expresa y previamente.

Pero sobre todo, quiere proteger el legislador a los arrendatarios "vulnerables" para no ser desahuciados, cuando el propietario se proponga instar un procedimiento para pedir el desalojo de la vivienda cuando el inquilino no satisface las rentas, o se ha producido una "ocupación". Así, dependiendo de si el propietario es un gran tenedor o no (lo que habrá de justificarse), deberá acreditar además el arrendador que el ocupante que está usando la vivienda como habitual, no está en situación de vulnerabilidad y que ha acudido a los órganos de conciliación o intermediación que hayan dispuesto las administraciones competentes. Según las circunstancias concurrentes, los lanzamientos de vivienda podrán retrasarse hasta dos años[30].

Será necesario un tiempo para valorar si estas medidas, en particular las que intervienen las relaciones entre privados, junto a otras que sugiere la Ley, consiguen su objetivo: garantizar a todos, en todo el país, el acceso a una vivienda digna y adecuada. Pero quienes analizan los efectos que medidas semejantes han producido en otros países de nuestro entorno, y la mayoría de los expertos en el mercado inmobiliarios español vaticinan, por el contrario, que los únicos beneficiados de estas medidas, serán los actuales arrendatarios por el tiempo que duren sus contratos; ya que todas ellas provocarán en el tiempo, que los contratos de arrendamiento de larga duración disminuyan en favor de los temporales o los turísticos. Y que la oferta del alquiler en general disminuya, (a pesar de las penalizaciones fiscales a las viviendas vacías o destinadas a uso distinto), encareciendo como consecuencia los precios del alquiler, y por tanto, provocando finalmente una exclusión progresiva del acceso a las viviendas de personas y familias con rentas medias y bajas; y todo ello no sólo en las zonas tensionadas[31].

29 Disposición final sexta. Limitación extraordinaria de la actualización anual de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda: EL IPC dejará de ser el índice de referencia que marque la subida anual del alquiler y dará paso a topes de alzas como el vigente del 2%. De esta forma, en 2024 el límite de subida será del 3% y, a partir de 2025, la pauta anual la marcará un nuevo índice que creará el INE «con el objeto de evitar incrementos desproporcionados en la renta de los contratos de arrendamiento».

30 Disposición final quinta. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

31 Antes incluso de la entrada en vigor de la Ley 12/2023 fue ya noticia que los arrendadores habrían optado por arrendar habitaciones y no viviendas para escapar del ámbito de su aplicación. El precio de las habitaciones es sorprendente en muchos casos, y superior en todos al que resultaría de aplicar las normas de modulación de las rentas. *Vid.* "Alquilar habitaciones para saltarse el control de precios y otras 5 grietas de la ley de vivienda" en https://www.businessinsider.es/boom-alquiler-habitaciones-otras-grietas-ley-vivienda-1245820. En Derecho Comparado son también conocidos múltiples medios por los

La realidad es, por otra parte, que las posibilidades de acceder al parque de vivienda social y protegida de estas personas, son muy limitadas; porque dicho parque es manifiestamente insuficiente en España, como se lleva denunciando muchos años desde todas las instancias. La gran paradoja que esconde esta ley, es que no reconoce un derecho a los ciudadanos más vulnerables, o con rentas insuficientes para obtener una vivienda en el mercado, la posibilidad de exigir a los poderes públicos una vivienda social o protegida, en régimen de propiedad o alquiler, o una prestación económica para poder acceder a ella… Algunas leyes autonómicas de vivienda, como la vasca, así lo prevén. Pero el legislador estatal, por el contrario, hace descansar sobre el parque de viviendas privadas y "los agentes" implicados en el mercado, el derecho subjetivo a la vivienda digna y adecuada, disponiendo en su contenido, un elenco de derechos y deberes "constitucionales" de todos los ciudadanos, acompañados de una redefinición del derecho de propiedad, cuando se refiere a una "vivienda".

IV. EL DERECHO SUBJETIVO A LA VIVENDA DIGNA Y ADECUADA: SOLO UN DERECHO A NO SER EXCLUÍDO POR EL MERCADO DEL ACCESO A UNA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

La doctrina ha opinado siempre, de forma mayoritaria, que el art. 47 CE que recoge el derecho a una vivienda digna y adecuada, está proclamando constitucionalmente no un derecho fundamental, sino un principio rector de contenido económico y social[32].

También el Tribunal Constitucional ha rechazado en múltiples ocasiones la condición de derecho subjetivo del "derecho a una vivienda digna y adecuada" recogido en el art. 47 CE, sin perjuicio de reconocerle valor normativo[33]. El dictado del art. 47, por sus efectos, tendría más bien, la naturaleza de un mandato dirigido a

que los particulares escapan de las limitaciones de las normas sobre vivienda. Especial interés es la llamada "clausula berlinesa" en los contratos de arrendamiento, que consiste en pactar dos rentas, una dispuesta libremente por las partes y otra según el índice de precios marcada por la Ley que se espera se declare nula por el constitucional correspondiente de modo que cuando esto suceda sea aplicable la renta negociada por las partes. Sobre ella *vid.* Morant Gregori, J.V.: "La sentencia del Tribunal Constitucional y la "cláusula berlinesa" en los arrendamientos de vivienda en Cataluña", *El Notario*, marzo-abril 2023, núm. 108.

32 Y ello supone como afirma Nasarre que "no es necesario que se regule por Ley Orgánica ni es recurrible en amparo per se ante el Tribunal Constitucional. De hecho, en ninguna constitución europea figura como un derecho fundamental, aunque en Francia, desde la Ley DALO 2007, es reclamable directamente ante los tribunales, algo parecido de lo que sucede en el País Vasco desde la Ley 3/2015 (arts. 6 y 9). "Por lo tanto, en nuestro país el derecho a la vivienda es un derecho de desarrollo legal, de manera que es el legislador ordinario el que le tiene que dar contenido; y no cualquier legislador, sino el autonómico que haya asumido la competencia exclusiva, conforme al art. 148.1.3 CE, siendo el papel del Estado necesariamente residual". Nasarre Aznar, S.: "El proyecto de ley", cit., p. 3.

33 Aunque esa eficacia normativa, no llega a determinar la constitucionalidad de una norma estatal o autonómica a juicio del Tribunal Constitucional [SSTC 152/1988, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1988:152); 158/1993, de 6 de mayo (ECLI:ES:TC:1993:158); 89/1994, de 17 de marzo (ECLI:ES:TC:1994:89); 233/2007, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2007:233); 7/2010, de 27 de abril (ECLI:ES:TC:2010:7); y 32/2019, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:32)].

los poderes públicos para desarrollar políticas dirigidas a que los españoles puedan disponer de una vivienda digna y adecuada.

Esa ha sido también la opinión del Tribunal Supremo, desde la sentencia de 26 de mayo de 1987 donde afirmó que el derecho proclamado en el art. 47 CE recoge, sobre todo, un principio rector de la política social y económica que, con los demás incorporados al capítulo III del título Primero de la Constitución Española vigente, y como ellos, conforme al art. 53.3 CE, no serían directamente aplicables, sino que para ser invocados ante la jurisdicción ordinaria requieren de previo desarrollo legal, haciéndose efectivos conforme al régimen dispuesto por las leyes que los desarrollen. El principio rector del art. 47 CE obligaría así a la existencia y desarrollo de una política de vivienda, pero el contenido y tutela efectiva del proclamado "derecho a una vivienda digna y adecuada", requeriría la previa actuación del legislador con la competencia para definir y concretar la estructura, contenido y garantías del "derecho subjetivo a la vivienda".

No obstante, en los últimos años, un sector importante de la doctrina constitucionalista ha defendido que, a pesar de su título "De los principios rectores de la política social y económica", el capítulo III del título I de la Constitución contiene además de principios rectores, derechos subjetivos (el derecho a la salud del art. 43, el derecho a la cultura del art. 44, el derecho al medio ambiente del art. 45, y el derecho a la vivienda (art. 47). Y así como sucede en la sección 1ª del capítulo II del título I "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", donde aparecen, además, principios que claramente no pueden ser tratados como derechos fundamentales o libertades públicas, por lo que quedarían excluidos de las garantías del art. 53.1 y 2 (reserva material de ley, garantía del contenido esencial y protección mediante recurso de amparo). Según este sector doctrinal, y ante la literalidad del texto del art. 47, el derecho a la vivienda digna y adecuada sería entonces un verdadero derecho constitucional, aunque no fundamental[34].

El legislador ha venido a consagrar esta visión, y así lo hace ya en el mismo inicio de la Exposición de Motivos de la Ley: "La Constitución española (CE) reconoce, en su art. 47, el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada. Por su objeto, el derecho constitucional así reconocido, incide en el goce del contenido de otros derechos constitucionales, declarados incluso fundamentales, como los relativos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE); derechos, todos ellos, que guardan una relación estrecha con los

34 Sobre el derecho subjetivo a la vivienda López Ramón, F.: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", 2010, *Revista española de derecho constitucional*, 2014, año núm. 34, núm. 102, pp. 49-91; y más recientemente también López Ramón, F.: "El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda", *Revista de administración pública*, 2020, núm. 212, pp. 297-308. *Vid.* también Barceló I Serramalera, M.: "La contribución de las Comunidades Autónomas al reconocimiento y regulación de los derechos sociales", *Lex Social*, 2011, vol. 01, núm. 1.

valores de la calidad de vida –de la que habla el propio preámbulo de la norma fundamental– y del libre desarrollo de la personalidad en sociedad (art. 10.1 CE). Invoca para ello la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español que sigue la anterior.

Ciertamente el "derecho a la vivienda" está presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, (art. 25.1)[35], y así mismo en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de Naciones Unidas de 1966 (art. 11.1) cuyo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC[36]), en su observación general n.º 4 de 1991, dispuso una serie de los elementos esenciales al contenido de ese derecho a la vivienda: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural). Y afirma además el Comité, que el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos presentes en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables [37]. También la Carta Social Europea (art. 31), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, y múltiples resoluciones del Parlamento Europeo, la más reciente de 21 de enero de 2021 de refieren al derecho a la vivienda; como las Agendas Urbanas Internacionales y la Agenda Española 2030[38]. A todos estos documentos hace referencia el legislador de la Ley 12/2023 en su exposición de motivos.

35 "toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure, así como a su familia, la vivienda",

36 "l Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés) es un órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Parte. www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cescr

37 Y afirma así: "Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada". https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto

38 El voto particular discrepante al informe del CGPJ, junto al marco internacional que se ha destacado, pone de manifiesto además que: "43. Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no reconoce específicamente el derecho a la vivienda, el TEDH se ha referido al mismo en diversas ocasiones, si bien en el marco del derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 CEDH (por ejemplo, STEDH de 27 de junio de 2004, Connors contra Reino Unido), y aunque implícitamente lo admita, ha rechazado pronunciarse directamente sobre la obligación positiva impuesta al Estado de disponer una vivienda adecuada de tipo social (cfr. SEDH 26 de octubre de 2006, Wallowá et Walla contra la República Checa). Con todo, el reconocimiento del derecho viene de la mano, ya del art. 8 CEDH, ya del concepto de dignidad (STEDH de 12 de julio de 2005, Modovan y otros contra Rumanía), ya del art. 1 del Protocolo 1º, que se refiere a la propiedad, bien a partir de la prohibición de discriminación reforzada por el Protocolo n.º 12, o bien, en fin, mediante el recurrente art. 6, que proclama el derecho a un proceso equitativo. 44.- Incidiendo en esto último, el TEDH por lo general vincula el derecho a la vivienda a otros declarados en el CEDH, y en particular en el art. 8, del que, obviamente, no se deriva que el Estado deba facilitar una vivienda a los ciudadanos. En el asunto Connors contra Reino Unido (cit.) se apreció la vulneración de este artículo por considerar el Tribunal que el desahucio del demandado –demandante ante el TEDH- no se había realizado con las debidas garantías procedimentales. En el asunto Marzari contra Italia (STEDH de 4 de mayo de 1999) el demandante, con discapacidad grave, dejó de pagar el alquiler al considerar que el apartamento que había alquilado no se encontraba adaptado de forma adecuada a sus necesidades. En otros casos, sin embargo, el TEDH sostuvo que el art. 8 no otorga el derecho a ser provisto de vivienda y que

En España, leyes estatales y autonómicas declaran igualmente este derecho, acercándose en mayor o menor medida al contenido señalado por el DESC expuesto: Y así lo hace la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana[39], Y a nivel autonómico, lo proclaman expresamente "el Estatuto de Autonomía de Cataluña (art. 26), del Estatuto de la Comunidad Valenciana (art. 16), del Estatuto de las Islas Baleares (art. 22)"; pero todas las Comunidades Autónomas lo han desarrollado a través de leyes que, en no pocos casos, han sido objeto de recursos de constitucionalidad[40]. Estas leyes, a la que se suma la nueva ley del "derecho a la vivienda" vendrían a confirmar la condición de derecho subjetivo de este derecho a la vivienda digna y adecuada, y por tanto su exigibilidad, se comparta o no su naturaleza constitucional, de acuerdo a la doctrina tradicional que ve en el art. 47 CE un principio rector de la política social y económica.

Pero el texto de la ley, que para definir derecho subjetivo a la vivienda acude al tenor literal del art. 47CE o al art. 5 de la Ley del Suelo, e identifica a sus titulares como todos los ciudadanos, sin distinción ni discriminación posible (art.6), cuando pretende concretar como se materializa ese derecho subjetivo

esta era una cuestión de carácter político y no jurídico (STEDH de 18 de enero de 2001, asunto Chapman contra Reino Unido); y tampoco apreció violación de los arts. 8 y 14 CEDH cuando el desalojo se ha llevado a cabo sin ofrecer un lugar alternativo (STEDH de 7 de febrero de 2006, asunto Codona contra Reino Unido)".

39 Art. 5.a) del Texto Refundido Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre:"Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados".

40 STC 21/2019, de 14 de febrero (ECLI:ES:TC:2019:21), sobre la Ley de las Cortes de Aragón 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda; STC 8/2019, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2019:8), sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; STC 5/2019, de 17 de enero (ECLI:ES:TC:2019:5), sobre el Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; STC 106/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:106), sobre la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda; STC 102/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:102), sobre la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley de vivienda y el estatuto de los consumidores y usuarios; STC 97/2018, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TC:2018:97), sobre la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; STC 80/2018, de 5 de julio (ECLI:ES:TC:2018:80), sobre la Ley de las Cortes Valencianas 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda; STC 16/2018, de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:2018:16), sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; STC 32/2018, de 12 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32), sobre la Ley del Parlamento d Andalucía 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018, de 26 de abril (ECLI:ES:TC:2018:43), sobre la Ley del Parlamento de Canarias 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; STC 93/2015, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:93), sobre el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, y STC 16/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2021:16), sobre los Decretos-leyes del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, 1/2020 y su acuerdo de convalidación).*Vid.* Torró Soler, R. y Hervás Mas, J.: "La constitucionalidad de la expropiación forzosa y la potestad sancionadora en referencia al uso de viviendas deshabitadas. A propósito de las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, y 32/2018, de 12 de abril", *Práctica Urbanística*, mayo-junio 2018, núm. 152, pp. 1-14.

a la vivienda dispone derechos (art. 8[41]) y también deberes (art.9)[42] que califica de "constitucionales", no contempla el deber "constitucional" para los poderes públicos de procurar medios efectivos para que esos ciudadanos puedan "disfrutar" de una vivienda digna y adecuada (art. 8.1); aunque el art. 47 CE contenga un mandato expreso dirigido a ellos, lo que los convierte en claro sujeto pasivo de ese derecho constitucional (aunque no fundamental), integrado por facultades y deberes también "constitucionales" de los ciudadanos, por más que éstos no aparezcan como tales en nuestra Constitución. Y si la efectividad de cualquier derecho subjetivo viene determinada por la exigibilidad de su contenido, para que el titular satisfaga el interés a la que el derecho responde, parece que la Ley del "derecho a la vivienda" debería definir los términos de la exigibilidad de este derecho, que como los demás derechos e intereses legítimos, debería de estar plenamente respaldado por la tutela judicial efectiva.

Es lo que hace por ejemplo, la Ley andaluza 1/2010, de 8 de marzo, del derecho a la vivienda, que reconoce a los titulares del derecho la tutela jurisdiccional de este derecho, de modo que pueden exigir de las Administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada"(art. 24.1)[43]. Y la Ley vasca 3/2015 de vivienda, más concretamente, dispone en su art. 9 que esa administración debe ofrecer una vivienda a todos los residentes con vecindad administrativa en la comunidad autónoma cunado, cumpliendo determinadas condiciones, no puedan acceder a ella por sus propios medios. Si la administración no dispone de inmuebles para ello, el particular tiene

41 Art. 8. Derechos del ciudadano en relación con la vivienda. Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley. b) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre los programas públicos de vivienda y a las condiciones de acceso a los mismos. c) Solicitar la inscripción en los registros de demandantes de vivienda protegida constituidos al efecto por las Administraciones públicas competentes en la materia, y ser informado de los programas a los que pueda tener acceso en función de su situación social y económica. d) Participar en los programas públicos de vivienda en los términos y condiciones establecidos en su normativa reguladora.

42 Art. 9. Deberes del ciudadano en relación con la vivienda. Todos los ciudadanos tienen el deber de: a) Respetar y contribuir a preservar el parque de vivienda, evitando la realización de cualquier actividad molesta o insalubre, que sea perturbadora del ejercicio del derecho de uso y disfrute señalado en el artículo anterior. b) En relación con la vivienda que se habita, realizar las actuaciones de conservación, reparación o mejora que correspondan en virtud del régimen legal de tenencia en virtud del cual se dispone de la misma. c) En relación con la vivienda ajena, a disposición de otras personas, hogares, o entidades públicas y privadas, respetar la pacífica tenencia de la misma y abstenerse de la realización de cualquier tipo de actividad que la impida o dificulte. d) En relación con las operaciones de compra o alquiler de vivienda, cumplir los deberes legalmente establecidos para el transmitente o intermediario definidos en el Título IV y demás normativa aplicable en dichas operaciones. e) En relación con el parque público de vivienda, atender a su especial importancia como instrumento de acción en favor del derecho a la vivienda y velar por su adecuado mantenimiento y conservación, para que pueda servir a los hogares con mayores dificultades.

43 Art. 24. Protección jurisdiccional de los derechos. 1. Las personas titulares del derecho que reúnan las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir de las Administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, "en los términos establecidos en la presente Ley", mediante el ejercicio de las acciones "que procedan" de acuerdo con "los procedimientos que establezcan" las leyes procesales del Estado. 2. En particular, quienes acrediten interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley, "podrán reclamar ante la correspondiente Administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de Vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo, en caso de que este haya sido aprobado".

derecho a una prestación económica para pagar un alquiler. Y en caso de que la administración vasca incumpla su obligación o deniegue la prestación, el afectado puede dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa[44].

Nada semejante encontramos en la nueva Ley de vivienda y en su definición del derecho a una vivienda digna y adecuada. La ley da por sentada y proclama la existencia de un "derecho a la vivienda" que no en realidad no define[45], ni llega a concretar sus elementos, subjetivos y objetivos, ni describir los instrumentos de tutela extrajudicial y judicial a disposición de sus titulares. Pero en la labor de describir el derecho a la vivienda redefine el contenido del derecho de propiedad cuando recae sobre este bien común, disponiendo facultades, derechos y cargas para el propietario de una vivienda y para quienes quieren acceder a ella, atendiendo a la "dimensión social" de ese bien.

Los poderes públicos no parecen sujetos pasivos de este derecho, ni resultan obligados directamente a satisfacerlo. Cumplen con "promover" y "articular" medidas: Así, dispone el art. 7 en su número 1 que "los poderes públicos deben velar por promover las condiciones necesarias para garantizar el efectivo el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley". Y en cuanto a las condiciones de habitabilidad de la vivienda, su número 2 añade: "Para el cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, los poderes públicos deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, en los términos dispuestos por esta ley, y de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda".

En la nueva Ley estatal del "derecho a la vivienda digna y adecuada" este "derecho a la vivienda" significa también, de acuerdo al art. 8b: "Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre los programas públicos de vivienda y a las condiciones de acceso a los mismos". Y "Solicitar la inscripción en los registros de demandantes de vivienda protegida constituidos al efecto por las Administraciones públicas competentes en la materia, y ser informado de los programas a los que pueda tener acceso en función de su situación social y económica" (art. 8c). Así como d) Participar en los programas públicos de vivienda en los términos y condiciones establecidos en su normativa reguladora" (d). Lo que obliga a las administraciones a generar un parque social de viviendas y a desarrollar programas públicos de vivienda. Pero estos términos están muy lejos de permitir

44 Alerta Nasarre también de esta deficiencia en la Ley de la vivienda: Nasarre Aznar, S.: "El proyecto de Ley", cit. p. 5.

45 A diferencia de otras leyes como la Ley del Suelo, a cuyo tenor: "Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras emisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados".

efectivamente que el ciudadano pueda exigir a los poderes públicos una vivienda digna y adecuada donde vivir, o la prestación necesaria para obtenerla.

El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, "en los términos dispuestos por esta ley" (art. 8.a), parece que no significa esencialmente y en primer término, que los poderes públicos a través de sus administraciones, deban proveer, a quien lo necesite, de vivienda digna y adecuada donde vivir. Tampoco que deban de proveer a estas personas de los medios económicos necesarios para que, el que lo necesite, se provea de vivienda. Esto podría suceder, pero en las condiciones y el contexto de los concretos programas de vivienda y la efectiva disponibilidad del parque social de vivienda. Significa entonces y más bien este derecho, que los poderes públicos articularán medidas y actuarán para que el mercado, con sus leyes de funcionamiento, y los titulares de derechos sobre las viviendas en el ejercicio de sus facultades, no impidan o excluyan del acceso a la vivienda digna y adecuada a quienes no puedan procurársela por sus propios medios.

Los llamados deberes "constitucionales" de todos los ciudadanos en relación con la vivienda, del art. 9, constituirían más bien limitaciones y directrices a los ciudadanos en relación con la vivienda propia o ajena, las operaciones de compra o alquiler y con el parque social de viviendas, ya presentes en otras normas (de Derecho privado y de Derecho Público) pero que ahora pasarían a formar parte del "derecho constitucional"- aunque "no fundamental"- a la vivienda.

Estas limitaciones y directrices "constitucionales" sobre los ciudadanos afectarían además y especialmente a los propietarios de las viviendas, que quedarían bajo control de las administraciones en cuanto al cumplimiento de sus deberes como se deriva del art. 11.2 2.:" Corresponde a las Administraciones competentes en materia de vivienda la declaración del incumplimiento de los deberes asociados a la propiedad de la vivienda, habilitando a adoptar, de oficio o a instancia de parte y previa audiencia, en todo caso, del obligado, cuantas medidas prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística y la de vivienda." Y todo ello, en atención y justificado por la "función social" del derecho de propiedad declarada, esta sí, constitucionalmente[46].

V. LA "ADMINISTRATIVIZACIÓN" DE LA PROPIEDAD SOBRE LAS VIVIENDAS PARA "CIVILIZAR" LOS MERCADOS. POSIBLEMENTE INCONSTITUCIONAL. PROBABLEMENTE INEFICAZ.

Efectivamente, para el legislador también forman parte del derecho a la vivienda, derechos y deberes específicos del propietario de una vivienda, los

46 *Vid.*, Tornos Mas, J.: "El acceso a la vivienda", cit.

recogidos en los arts. 10 y 11 Proyecto. Y con estos preceptos el Estado, en ejercicio de sus competencias en materia de Derecho civil, estaría redefiniendo el contenido del derecho de propiedad sobre las viviendas, que a semejanza del régimen del suelo (art. 3.1 RDLeg 7/2015: "conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible"), no vendría conformado ya de acuerdo al art. 348 Cc que para la vivienda quedaría "fuera de juego" o sin aplicación, en virtud de esta Ley de vivienda y otras normas de naturaleza administrativa.

Las "nuevas facultades dominicales" sobre la vivienda, vendrían determinadas por lo que en cada momento decida el legislador (estatal o autonómico), por lo que el derecho constitucional de propiedad sobre la vivienda del art. 33.1 CE quedaría sin contenido civil, para convertirse en una forma de atribución o tenencia del bien vivienda diseñada por los poderes públicos (habilitados previamente por esta Ley) en el tiempo y en el espacio concretos, con la finalidad de que nadie quede excluido del derecho a residir en una vivienda digna y adecuada.

Para el Consejo General del Poder Judicial estos dos arts. 10 y 11 de las Ley, reflejan una "concepción estatutaria del derecho de la propiedad privada" cuando recae sobre el bien vivienda" que transgrede el derecho constitucional de propiedad pues vacía de su contenido civil la institución de la propiedad privada del art. 33.1. si se refiere a la vivienda: "A nuestro juicio, esta propuesta del Proyecto es inconstitucional, una expropiación sin compensación para los propietarios de viviendas que ven cómo sus facultades dominicales sobre las mismas les son sustraídas del régimen general del Código civil, donde han estado siempre, y pasan a la 'tutela' del Estado"[47].

Así, el art. 10 sobre el "Contenido del derecho de la propiedad de vivienda" afirma que "1. Además de los derechos reconocidos en la legislación de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda, el derecho de propiedad de la vivienda comprende: a) Las facultades de uso, disfrute y disposición de la misma conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación. b) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre la situación urbanística de la vivienda y del edificio en que se ubica. c) La realización de las obras de conservación, rehabilitación, ampliación o mejora, de conformidad con las condiciones establecidas por la Administración competente y, en su caso, el título habilitante de tales actuaciones, cuando éste sea legalmente exigible."

47 Acuerdo del Pleno, cit, números 80 a 92. Afirma al respecto Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., p.10 "(…) tras la retahíla de leyes autonómicas que incorporan preceptos similares, el ejecutivo español propone a las Cortes que cambien el régimen de "propiedad" de la vivienda por otro. A nuestro juicio, esta propuesta del Proyecto es inconstitucional, una expropiación sin compensación".

Pero resulta que en cuanto a la facultad de "uso, disfrute y disposición de la vivienda" conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda, dispone el art. 11 los deberes y cargas que integran el contenido del derecho de la propiedad de vivienda junto a las facultades del artículo anterior. Y dispone que "además de los deberes establecidos en la legislación de suelo en función de la situación básica de los terrenos en los que se sitúe la vivienda", son tales: a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad. b) Mantenimiento, conservación y, en su caso, rehabilitación de la vivienda en los términos de esta ley, de la legislación de ordenación territorial, urbanística y de vivienda, y de los instrumentos aprobados a su amparo. c) Evitar la sobreocupación o el arrendamiento para usos y actividades que incumplan los requisitos y condiciones de habitabilidad legalmente exigidos. d) En las operaciones de venta o arrendamiento de la vivienda, cumplir las obligaciones de información establecidas en el Título IV de esta ley. e) En caso de que la vivienda se ubique en una zona de mercado residencial tensionado, cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración competente y suministro de información en los términos establecidos en el Título II de esta ley.

Mención especial merece la "obligación", y no la "facultad", que impone la ley a los propietarios en el art. 11.1 a) del "uso y disfrute propios y efectivos" de la misma.[48]

El empleo del término "uso propio" parece dejar fuera de la Ley la posibilidad de destinar la vivienda a un uso distinto al de vivienda habitual del propietario o de tercero,; y así, parece dejar fuera de las posibilidades del titular de una vivienda de dedicarla a "alquiler turístico", o como mínimo, parece que queda reenviada esta posibilidad a otra ley que lo permita, en determinadas condiciones que tendrá que describir como algo excepcional. La letra c) confirmaría esta interpretación. El arrendamiento (turístico o no) , además, requerirá que la vivienda reúna las condiciones de habitabilidad que se determinen administrativamente(art. 8.c) , lo que no dispone la LAU para la vivienda objeto de arrendamiento y no se ha exigido nunca por la jurisprudencia como condición de este contrato[49].

48 *Vid*., Torró Soler, R. y Hervás Mas, J.: "La constitucionalidad de la expropiación", pp. 1-14. También Moreu Carbonell, E.: "Sanción y expropiación", cit., p. 409.

49 En relación con este art. 11 también observa Nasarre en relación a "la letra d) que no permite ventas o arrendamientos sin las obligaciones de información de los arts. 30 y ss su contravención, ¿producirá acaso la nulidad del contrato en todos los casos o solo los de los arts. 33 a 36 -en general, garantías ofrecidas por promotores- fundamentados en la competencia del Estado en materia civil? Finalmente, la letra d) establece otra carga (¿civil?) para los propietarios "grandes tenedores" de viviendas localizadas en zonas tensionadas de cumplir las obligaciones de colaboración con la Administración del art. 19". Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., p. 8.

Otra consecuencia es que las personas jurídicas propietarias de viviendas tendrán que mantenerlas arrendadas o cedido su uso por cualquier otro título continuamente, para no estar expuestas a las consecuencias negativas de ser titulares de una vivienda vacía, aunque no sean grandes tenedores, porque una persona jurídica no puede hacer "uso propio" de una vivienda.

Sobre todo, en efecto, es que al tratarse de una obligación la del "uso propio y efectivo", el conservar vacía la vivienda, supone un incumplimiento al que pueden acompañar consecuencias administrativas y civiles, como la sanción o la expropiación[50]. Y hay que tener en cuenta que el concepto de "vivienda vacía" puede venir definido por el legislador no solo en atención a la condición física de una vivienda de no estar ocupada; también en atención a situaciones "jurídicas o económicas" de quinees las ocupen. Así el art. 1.1 Ley catalana 1/2022 permite considerar vacía una vivienda a efectos administrativos, si un propietario tiene ocupado su piso y no ha regularizado al ocupante si se dan los requisitos que una la ley disponga en cada momento.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado sobre este deber "de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico" cuando lo dispuso el art. 1.3 de la Ley andaluza 1/2010, redactado conforme al DL 6/2013DL de Andalucía 6/2013 [STC 93/2015, de 14 de mayo (ECLI:ES:TC:2015:93)]. Y lo declaró inconstitucional por contravenir el art. 86.1 CE al haberse dispuesto por un Real Decreto (y no por Ley) e implicar una limitación a la facultad de disponer, esencial a la propiedad por reducir los posibles compradores[51]. Sin embargo, no descartó el Tribunal Constitucional, en esta sentencia, que el legislador pudiera restringir "de ese modo" la amplitud de las facultades de uso y disposición del propietario de vivienda, en atención a la "configuración constitucional del derecho de propiedad"[52].

No obstante en otras sentencias entendió que el uso efectivo no sería parte del contenido del derecho de propiedad, no un deber del propietario, sino objetivo del poder público "[los preceptos impugnados] no prevén, ni siquiera de un modo

50 Se consideran viviendas vacías los "inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente" por dos años y pertenezcan a titulares con 4 o más inmuebles de uso residencial. Disposición Final 3ª. Sobre medidas relativas a viviendas vacías *Vid.* Verdú Martínez, M.T.: "Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, otoño 2018, vol. L, núm. 197, pp. 577-608.

51 Dispuso así el TC: "La previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada […]. Por todo lo razonado, debemos concluir que el artículo 1.3 concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar 'afectación' del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley".

52 *Vid.* Lora González, C., y Baena Solís, M.: "Novedades recogidas en la reciente jurisprudencia constitucional en materia de vivienda", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, enero-abril de 2022, núm. 58, pp. 145-153.

tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social" .Por lo que "(..) el destino efectivo de la vivienda al uso residencial [...] no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda" STS 16/2018, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2018:16) (sobre Ley de vivienda de Navarra).

También la STC 106/2018, de 4 de octubre (ECLI:ES:TC:2018:106) con ocasión de la Ley 2/2017 de vivienda de Extremadura afirmó que la posibilidad de sancionar por viviendas vacías "no implica necesariamente una regulación que imponga el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico como configurador del real contenido esencial de aquel derecho (el de propiedad)". Y en el mismo sentido con ocasión de la Ley andaluza 4/2013 "este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad" [STC 32/2018, de 12 de abril (ECLI:ES:TC:2018:32) sobre la de Andalucía].

No parece, sin embargo, que la nueva ley deje dudas sobre la naturaleza de esta "obligación" del propietario recogida en el art. 11 que, mucho más que un objetivo de las políticas públicas de vivienda con sus medidas correspondientes, delimita y limita esencialmente las facultades de uso y disposición de la propiedad sobre su vivienda, vaciándola de su contenido civil, para lo que el legislador estatal parece que tiene competencia; aunque pudiera estar lesionando el art. 33.1 CE, como ha afirmado el Consejo General del Poder Judicial, pues para el Tribunal Constitucional: "la delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales o la introducción de nuevas limitaciones no pueden desconocer su contenido esencial, pues en tal caso no cabría hablar de una regulación general del derecho, sino de una privación o supresión del mismo que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traduciría en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente". SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1988:227); 204/2004, de 18 de noviembre (ECLI:ES:TC:2004:204) y 112/2006, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:2006:112).

VI. EL DERECHO CIVIL Y LAS FORMAS CIVILES DE ATRIBUCIÓN Y GESTIÓN DE BIENES COMUNES, LA RESPUESTA NECESARIA AL DERECHO DE ACCESO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA.

A pesar de todo lo expuesto, no parece imposible que el Tribunal Constitucional admita la constitucionalidad de la redefinición estatutaria de la propiedad de la vivienda operada por la nueva ley, con las correcciones que estime. Puede deducirse ello de las mismas manifestaciones hechas por este Tribunal con ocasión de las Leyes autonómicas al disponer medidas semejantes. Sin embargo, el derecho subjetivo a la vivienda, concretado en un derecho a no ser excluido del acceso a una vivienda digna y adecuada puede quedar de todos modos, y desgraciadamente, sin los instrumentos necesarios para ser efectivo:

En primer lugar, porque la Ley no reconoce exigible a los poderes públicos, y ante las administraciones competentes, el acceso a una vivienda o una prestación económica suficiente para obtenerla; ni dispone de un sistema de garantías extrajudiciales y judiciales al respecto. Ni siquiera en los casos de especial vulnerabilidad del art. 14, donde se contemplan solo buenas intenciones, incluso ante el fenómeno del sinhogarismo[53]. Nuevamente la obligación de la administración ante estos casos es solo: "la programación de medidas específicas para afrontarlo". En segundo lugar, porque los instrumentos que se ofrecen para asegurar ese acceso, en particular la limitación de los derechos de los propietarios de viviendas, hasta administrativizarlos, expropiando sus facultades (con o sin compensación), son inadecuados a la naturaleza del bien vivienda, que es un bien común.

La amenaza de fracaso de la ley de vivienda anunciada ya por muchos expertos en la materia resulta, en efecto y sobre todo, porque hace una elección que, al desnaturalizar la propiedad privada sobre las viviendas y tratar de intervenir los mercados inmobiliarios, obstaculiza la verdadera cooperación entre los sujetos que intervienen en esos mercados; y este es un principio esencial en la atribución y gestión de bienes comunes, si atendemos a quienes se han ocupado de ellos.

53 Art. 14. Situaciones de especial vulnerabilidad. 1. Las políticas en materia de vivienda tendrán especialmente en cuenta a las personas que viven en asentamientos y barrios altamente vulnerables y segregados, ya sea tanto en entornos urbanos como en zonas rurales, a las personas sin hogar, a las personas con discapacidad "desinstitucionalizadas" y a los menores tutelados que dejen de serlo. 2. Para ello, las Administraciones competentes en materia de vivienda deberán identificar, dentro de su ámbito territorial, las zonas que precisen actuaciones de regeneración y renovación urbana para avanzar en la erradicación de situaciones de infravivienda, a través de acciones integradas que eviten la exclusión social y residencial de la población residente. 3. De manera complementaria, con objeto de luchar contra el fenómeno del sinhogarismo, las Administraciones competentes deberán programar medidas específicas para afrontar con el objetivo de promover la plena inclusión de las personas sin hogar desde una perspectiva integrada e intersectorial, que promueva la aplicación efectiva de los programas existentes de política de vivienda y la coordinación entre los diferentes niveles administrativos

Ciertamente demuestra la Ley una absoluta falta de confianza en los instrumentos civiles de atribución, gestión y protección de los derechos sobre la vivienda. Y así, a título de ejemplo, y como muestra de esta desconfianza, y aunque se prevea que las administraciones suscriban convenios en relación con la vivienda protegida con los registradores de la propiedad (art. 16.2 de la Ley), basta observar cómo queda relegado un instrumento tan esencial en el tráfico jurídico de las viviendas como es el Registro de la Propiedad. Este resulta fundamental para dar seguridad jurídica y garantizar los derechos a la propiedad y demás derechos reales sobre todos los bienes inmuebles, destacadamente sobre las viviendas, por lo que podría ser un instrumento privilegiado para garantizar el cumplimiento de los deberes que reconoce la ley. El Registro, proporciona además, a los particulares, pero también a los entes públicos y sus administraciones, datos físicos certeros sobre las fincas a través del sistema de bases gráficas, lo que lo pone en condiciones de servir muy eficazmente a las políticas públicas sobre bienes inmuebles. Sin embargo, esta ley ni siquiera ordena la publicidad registral de las zonas de mercado residencial tensionado[54].

Como punto de partida ineludible debería el legislador estatal o autonómico respetar las leyes de mercado y la libertad, además de la propiedad como derecho fundamental. También responder a la necesaria existencia de un parque público de viviendas. Pero las necesidades que requieren reciprocidad no pueden reconducirse únicamente a lo privado o a lo público. La realidad es que ni la atribución, ni la gestión exclusivamente privada que se sostiene sobre los mecanismos de mercado, ni tampoco la pública, que pretende imponer la oferta de viviendas en arrendamiento, sean de titularidad pública o privada, son eficaces por si solas para garantizar la atribución y la gestión eficaz y adecuada de la vivienda, porque se trata de un bien común.

Si atendemos al discurso de la Economía Civil, a las soluciones públicas y privadas lo que les falta es la idea de "comunidad", más allá del mercado o de la administración. Y esto es lo ignora totalmente la ley: sea para la atribución y gestión del parque público, sea para la atribución y gestión del parque privado de

54 Sobre este particular, ha afirmado el director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores, Basilio Aguirre: "Aquí, el eterno problema de la publicidad de los contratos de arrendamiento ha sido siempre el de la escasa utilización del Registro de la Propiedad para los casos de los arrendamientos urbanos. Pudiera haberse planteado en la Ley la opción de que se crease una publicidad registral restringida o limitada a los contratos de arrendamiento donde simplemente a través de nota marginal se hiciera constancia de la existencia del contrato y de la persona del arrendatario. Una especie de constancia atenuada que se pudiera llevar a cabo de una manera sencilla mediante una comunicación electrónica. Si efectivamente se habilitaran sistemas de acceso más adecuados de los arrendatarios al registro y los arrendamientos se hicieran constar en el registro de una forma más rápida y económica quizás el Registro de la Propiedad podría desempeñar el papel que la Ley pretende atribuir al registro administrativo de vivienda, al que le auguro un difícil encaje y un más complicado desarrollo práctico", concluyó No obstante, consideró menos favorable la configuración. https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/17073-proyecto-de-ley-de-vivienda-ldquo;una-oportunidad-perdidardquo;/

viviendas. Y a esa idea de comunidad solo pueden corresponder soluciones de Derecho Civil.

La protección jurídica de la vivienda, de los intereses (públicos, privados, colectivos) que se proyectan sobre ella, como bien común que es, puede ser que requiera de "un cambio de paradigma"[55]. Pero este cambio de paradigma pasa, no por una intervención o publificación del mercado y la tenencia de la vivienda, sino más bien por incorporar y regular nuevos modos de atribución privada, y nuevas formas de gestión cooperativa o colaborativa del bien. Es el único modo, por otra parte, de garantizar los elementos esenciales al contenido del derecho a la vivienda dispuestos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su observación general n.º 4 de 1991: seguridad jurídica en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras, gastos soportables, habitabilidad, accesibilidad, ubicación y adecuación cultural.

Para empezar, si como afirman los economistas, así como existen muchos estudios y propuestas sobre la oferta de estos bienes comunes, hay muy pocos sobre su demanda, este ha de ser el punto de partida para ofrecer soluciones a todos los que tienen derecho a acceder a una vivienda, sin posibilidad de sufrir discriminación. De acuerdo a la demanda, será posible decidir sobre la forma efectiva de atribución de las viviendas a los ciudadanos: de forma pública o privada.

En cuanto al parque de viviendas privadas, la ley parte de que no existe libertad de elección en la demanda y que se produce una asimetría entre la demanda y el suministro que deja fuera de juego al sujeto marginado económicamente, por lo que elige intervenir el mercado del alquiler, y en su intervención puede estar disponiendo expropiaciones no indemnizadas[56]. Pero si hay colectivos que, por sus circunstancias, no pueden acceder a este bien en el mercado en ninguna condición, deben procurarse viviendas sociales, con políticas de redistribución y de justicia social. Como muchos han afirmado: la "vivienda social" es el gran ausente y el gran problema de la vivienda en España. Los poderes públicos no han hecho su trabajo en el pasado, y puede que lo estén posponiendo en el presente, al obligar a los propietarios de viviendas a soportar las cargas que esta ley les impone, desnaturalizando su propiedad.

Realmente no es posible aspirar a que los poderes públicos improvisen al parque de viviendas sociales o asequibles, que se necesita y no existe, contando exclusivamente con nuevas construcciones: Esto puede convertir en necesaria la expropiación de viviendas vacías o abandonadas, incluso con una expropiación

55 Zamagni, S.: "Bienes comunes", cit., p.14.

56 Vid al respecto, Doménech Pascual, G.: "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *InDret*, 2012, núm. 1.

temporal, si resultara eficaz pues se ha considerado constitucional[57]. En estos casos deben mediar siempre las garantías que corresponden y desde luego, la correspondiente indemnización[58].

El parque social de viviendas que existe y se vaya generando debe acompañarse, además, de una gestión eficiente, que se sostenga sobre normas que salvaguarden al bien común para el uso de la comunidad entera, garantizando el libre acceso al recurso. Se deben adoptar medidas que respondan a una norma de cooperación condicional –el individuo coopera si los demás cooperan– y por otro, se debe invertir en reforzar dicha norma, para evitar el riesgo siempre presente en los bienes comunes, de que los free-riders disfruten de beneficios sin contribuir en sus costos. Y debe realizarse de modo que la identidad del grupo de personas que usan dicho recurso. se preserve a lo largo del tiempo, para que los conflictos puedan resolverse a través del diálogo y no de la exclusión. Por último, debe garantizar que se comparten tanto las reglas de la gestión comunitaria como el intercambio de información respecto del comportamiento individual, para coordinar las acciones del grupo. [59] No parece que nada de esto se considere en la nueva ley, a pesar de su importancia, y a pesar de que el parque público de viviendas sea el origen del problema.

Pero si se atiende a la demanda de este bien común, se comprende que el mayor colectivo de ciudadanos con dificultades de acceso a la vivienda con aquello cuyos ingresos no les permiten adquirir una vivienda por los precios que alcanzan en el mercado, pero que en el arrendamiento se encuentran en una posición jurídica inestable e imprevisible, y a veces muy costosa. Este colectivo solo encontrará respuesta en formas de atribución privadas, propias de la Economía Civil y el Derecho Civil:

La atribución y gestión de la vivienda como bien común necesita, por tanto, otras soluciones a las basadas exclusivamente en el libre funcionamiento del mercado, o exclusivamente en la intervención pública de los mercados. Soluciones basadas no en las leyes del mercado, no en la intervención pública, sino en el Derecho Civil y la Economía Civil. Esta es la respuesta a los bienes en común no administrativizar su régimen jurídico. Algunas de estas formas civiles de atribución y gestión de un bien común son tan antiguas y cuentan con tanta tradición como el

57 Así lo prevén el art. 7 Ley catalana 24/2015 que habla de "cesión obligatoria" de viviendas vacías, o el art. 2 Ley Foral navarra 24/2013 que la STC 16/2018 declaró constitucional. También la ley 5/2018, de 19 de junio, de vivienda de Baleares. Sobre la catalana *vid.* Argelich Comelles, C.: "Expropiación temporal del uso de viviendas: ¿es posible revertir su fracaso?", *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, marzo 2017, núm. 194, pp. 35-72 y mas ampliamente en Argelich Comelles, C.: *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Marcial Pons, Madrid, 2017. Moreu Carbonell, E.: "Sanción y expropiación", cit., p. 409.

58 Sobre estas garantías, Rodríguez De Santiago, J.M., "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2008, núm. 177, Madrid, p. 157

59 ZAMAGNI, S.: "Bienes comunes", cit., p. 22.

mismo derecho de propiedad: comunidades, titularidades fiduciarias, enfiteusis… Otras son de reciente implantación como la propiedad compartida o temporal. Las ya tratadas "tenencias intermedias" (por situarse entre la propiedad o el arrendamiento)[60], que dividen el dominio, pero que respetan la doble dimensión de la propiedad de una vivienda: la social y la patrimonial, agilizando el acceso a la misma, especialmente a los colectivos que encuentra dificultades para adquirir una vivienda sin sobreendeudarse. La propiedad compartida o temporal, son "tenencias intermedias" que ya están previstas en Cataluña para inmuebles y muebles identificables[61] (Arts. 556-1 a 556-12 para la propiedad compartida y 547-1 a 547-10 (para la propiedad temporal) del Código Civil de Cataluña (CCC). Ambas ofrecen solución al acceso al bien, pero también resuelven sobre su gestión compartida y colaborativa[62].

Y aunque el gobierno español recurrió por inconstitucionalidad basada en invasión de competencias, la propiedad temporal catalana, la STC 95/2017, de 6 de julio (ECLI:ES:TC:2017:95), la declaró constitucional, afirmando: "La propiedad temporal que regula la Ley 19/2015 no supone la conservación o modificación de una institución existente en el Derecho civil especial de Cataluña, pues ha quedado claro que es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad."

Las tenencias intermedias, como otras soluciones de Derecho Civil, pueden ofrecer respuestas a este amplio colectivo de ciudadanos con rentas medias y bajas, "destensionando" al mismo tiempo el mercado del alquiler. Pero sobre todo, civilizan los mercados de acceso, la atribución y la gestión de las viviendas,

60 Así lo pone de manifiesto Nasarre Aznar, S.: *Bienes en común*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015.

61 La propiedad compartida y la propiedad temporal son dos nuevas formas de tenencia de bienes inmuebles (ej. vivienda) y bienes muebles identificables (ej. coche) reguladas en los arts. 556-1 a 556-12 (PC) y 547-1 a 547-10 (PT) del Código Civil de Cataluña (CCC). Ambas están plenamente vigentes en Cataluña.

62 En la propiedad compartida el adquirente de la vivienda lo hace de un porcentaje de su propiedad (una parte con recursos propios y otra con ayudas públicas) que pacta con el transmitente. Y podrá ir adquiriendo paulatinamente el resto de los porcentajes. Es propietario de sus porcentajes desde el inicio, y puede disponer de ellos inter vivos o mortis causa, como propietario que es. El transmitente, mientras tanto, tendrá derecho, además, a cobrar una renta por el porcentaje de vivienda que no aún no ha adquirido quien la está disfrutanto, y no tendrá que afrontar los gastos de la vivienda (salvo los extraordinarios) que corresponden al adquirente; y cuenta también con una acción dirigida a exigir que el adquirente mantenga en buen estado la vivienda, lo que naturalmente es de esperar que procure este, porque la vivienda es suya. La propiedad temporal permite adquirir una vivienda por un espacio de tiempo determinado (entre 10 y 99 años para inmuebles y entre 1 y 99 años para los muebles identificables). En ese período de tiempo el adquirente es un verdadero propietario que disfrutará del bien y puede disponer de él intervivos y mortis causa, aunque ese bien lógicamente irá depreciándose en su valor en la medida que se acerca el final del período de tiempo de adquisición. Llegado este momento el transmitente o quien adquiriese su posición jurídica en el contrato (que se va revalorizando a medida que se acerca la posibilidad de recuperación) lo recibirá en propiedad de modo gratuito y tendrá derecho a la compensación de los deterioros que sean imputables por culpa al propietario temporal

para que sean suficientes, dignas y adecuadas, promoviendo la cooperación de todos los implicados que actúan en una necesaria comunidad de intereses[63].

Ha preferido el legislador, sin embargo, vaciar y redefinir el contenido del derecho de la propiedad sobre las viviendas "administrativizándolo", al reducirlo a las categorías propias de la legislación sobre el suelo, para hacerlo formar parte de la configuración del derecho constitucional a la vivienda. Se convierte así la propiedad sobre las viviendas en una titularidad descrita por el Estado a través de las administraciones, instrumentos administrativos y la Jurisdicción contenciosa, con el consiguiente despojo de sus facultades a los propietarios, hasta tal punto, de que podríamos estar ante una verdadera expropiación sin compensaciones[64]. Es contundente el Consejo General del Poder Judicial al afirmar al respecto: (…) SÉPTIMA.- "(…) Es innegable que la atención a la dimensión social de la vivienda y la delimitación de la función social de la propiedad requieren de normas administrativas que traten de solventar o, al menos atenuar, los problemas de acceso y disfrute de la vivienda que se agudizan en determinados momentos. Ahora bien, esa regulación ha de articularse debidamente con el derecho codificado (…)"

La propiedad de la vivienda como la de los demás bienes se ha regido hasta ahora por el Código Civil ç, además de un buen número de normas especiales de Derecho Privado y Derecho Público que consideran las dimensiones social y económica de dicho bien. Entre ellas las normas autonómicas sobre vivienda, respecto de las cuales se ha tenido que manifestar el Tribunal Constitucional prácticamente cada vez que una de ellas veía la luz. La nueva ley, no debería hacer salir al bien vivienda como posible objeto del derecho de propiedad descrito en el art. 348 CC, para definir su contenido fuera del Código Civil.[65] A partir de esta Ley, el Estado y las Comunidades autónomas, también los Entes Locales en alguna medida, atribuirán las facultades que, según consideren, deben corresponder a los titulares de las viviendas, atendiendo a las circunstancias particulares de estas y las del mercado en que se encuentren, así como las atribuyen, hace mucho, sobre el

63 Nasarre Aznar, S. y Simón Moreno, H.: "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *UNESCO Housing Chair – Working Paper,* 2013, núm. 1.

64 Con la consecuente inconstitucionalidad. *Vid.* Barnés Vázquez, J.: "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

65 Concluye al respecto Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley", cit., p. 6: Parece de segundo curso de Derecho que a estas alturas tengamos que ir recordando esto, pero es que la laceración permanente del derecho de propiedad privada por parte del legislador multinivel, con más fuerza estos últimos años en el ámbito de la propiedad de la vivienda a través de normas pseudo-civiles/administrativas, es tan abrumador que el propio TC ha tenido que recordar recientemente que normas inconstitucionales como el RDL 7/2019 catalán (recuperado, no obstante, por la reciente Ley 1/2022) contienen "medidas coercitivas, no voluntarias, limitativas del derecho de propiedad de la máxima intensidad" que dan lugar a "reacciones exorbitantes" de la Administración [STC 16/2021, de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2021:16)]; o que el control de renta catalán de la Ley 11/2020, declarada en su mayor parte inconstitucional también, afecta al fundamento mismo del contrato, esto es "el principio general de libertad que se deduce del art. 10 CE, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del art. 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico" [art. 10 CE; STC 132/2019, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2019:132) y STC 37/2022, de 10 de marzo (ECLI:ES:TC:2022:37)].

suelo, el agua, las costas, o el suelo para enterramientos…. En esa tarea deberían respetar el contenido esencial del derecho fundamental de propiedad consagrado en la Constitución y descrito en el Código Civil aun considerando su "función social".[66]

Como ha recordado el CGPJ[67] esta redefinición de la propiedad cuando recae sobre la vivienda de tal modo que limite a las facultades que el legislador competente determine en atención a las necesidades de habitación de los ciudadanos, vaciándola de su contenido civil no puede sostenerse sobre la "función social" de la vivienda del art. 7 de la Ley 12/2023; ni siquiera sobre la "función social de la propiedad" (art. 33.2 CE), porque tiene declarado el Tribunal Constitucional que esta función no puede justificar una alteración tan sustancial de este derecho[68]. Habría sido mucho más conveniente, que la ley 12/2023 incorporase soluciones de Derecho Civil, al bien común vivienda.

66 *Vid.* en este sentido: Agudo González, J.: "Concepción estatutaria", cit., pp. 9-47.

67 Conforme a CGPJ89: "destinar la vivienda al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, concebido como "el uso y disfrute propios y efectivos", de acuerdo con las leyes administrativas, constituye un deber configurador del derecho de propiedad sobre este tipo de inmuebles".

68 STC 89/1994 de 17 de marzo. *Vid.* al respecto Leguina Villa, J.: "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, núm. 3. Y ampliamente Diez-Picazo, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución" , *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. 11, Madrid, 1991, pp. 1257 ss. López López, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad*, Tecnos, Madrid, 1988.

BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, J.: "Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria o la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada", *Revista de administración pública*, 2011, núm. 185

Aragón Reyes, M.: "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad privada -a propósito de la STC sobre la ley andaluza de reforma agraria-", *La Reforma Agraria, Cuadernos y Debates del Centro de Estudios Constitucionales*, 1988, núm. 10, Madrid.

Argelich Comelles, C.: "Expropiación temporal del uso de viviendas: ¿es posible revertir su fracaso?", *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, marzo 2017, núm. 194, pp. 35-72

Argelich Comelles, C.: *La expropiación temporal del uso de viviendas*, Marcial Pons, Madrid, 2017

Arias Martínez, M.A.: "Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, abril-septiembre 2019, núm. 11.

Barnés Vázquez, J.: "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978", *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*, Tecnos-Junta de Andalucía, Madrid, 1995

Bruni, L.: *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, ed. Città Nuova, Roma, 2012

Bruni, L., Santori, P., Ed S.T. y Zamagni, S.: *Lezioni di storia del pensiero economico. Un percorso dall'antichità al Novecento*, 2021.

Coman, K.: "Some unsettled problems of irrigation", *American Economic Review*.

Diez-Picazo, L.: "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución" , *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. 11, Madrid, 1991

Doménech Pascual, G.: "Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable", *InDret*, 2012, núm. 1.

Frischmann, B.M.: "Defining Infrastructure and Commons Management Infrastructure: The Social Value of Shared Resources", *Oxford University Press*, 2012 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117460).

Gordon, H.S.: "The Economic Theory of a Common Property Resource", *Journal of Political Economics*, 1954, núm. 62, pp. 124-142. http://dx.doi.org/10.1086/257497

Leguina Villa, J.: "El régimen constitucional de la propiedad privada", *Derecho Privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, núm. 3

León Untiveros, M.Á.: "Breves apuntes sobre el derecho subjetivo", *Sapientis*, 2011, Vol. 1, Núm. 1, http://hdl.handle.net/20.500.14127/45.

López López, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad*, Tecnos, Madrid, 1988.

López Ramón, F.: "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", 2010, *Revista española de derecho constitucional*, 2014, año núm. 34, núm. 102, pp. 49-91.

López Ramón, F.: "El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda", *Revista de administración pública*, 2020, núm. 212.

Lora González, C., y Baena Solís, M.: "Novedades recogidas en la reciente jurisprudencia constitucional en materia de vivienda", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, enero-abril de 2022, núm. 58.

Martínez-Pujalte, C.C.: "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol,* 2005.

Morant Gregori, J.V.: "La sentencia del Tribunal Constitucional y la "cláusula berlinesa" en los arrendamientos de vivienda en Cataluña", *El Notario*, marzo-abril 2023, núm. 108.

Moreu Carbonell, E.: "Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de la función social o en circunstancias de emergencia social", en AA.VV.: *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, (coord. por Mª T. ALONSO PÉREZ), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014

Nasarre Aznar, S.: *Los años de la crisis de la vivienda: de las hipotecas 'subprime' a la vivienda colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Nasarre Aznar, S.: "El Proyecto de Ley de vivienda 2022", *Apuntes 2022/11,* Abril de 2022, FEDEA. fedea.net https://documentos.fedea.net › 2022 › ap2022-11.

Nasarre Aznar, S.: *Bienes en común*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2015

Nasarre Aznar, S. y Simón Moreno, H.: "Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda", *UNESCO Housing Chair – Working Paper,* 2013, núm. 1.

Peña Freire, A.M.: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 42, 2008.

Rainbolt, G.W.: *The Concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006.

Rodríguez De Santiago, J.M., "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre 2008, núm. 177, Madrid

Rodríguez Palop, M.E.: "Reconocimiento, defensa y preservación de bienes comunes en los textos constitucionales", *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, 2013, núm. 122.

Tornos Mas, J.: "El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad", *Revista Vasca de Administración Pública*, mayo-diciembre 2014, núm. 99-100

Torró Soler, R. y Hervás Mas, J.: "La constitucionalidad de la expropiación forzosa y la potestad sancionadora en referencia al uso de viviendas deshabitadas. A propósito de las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, y 32/2018, de 12 de abril", *Práctica Urbanística*, mayo-junio 2018, núm. 152

Von Hering, R.: *El Espíritu Del Derecho Romano,* Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001.

Verdú Martínez, M.T.: "Herramientas en relación con la vivienda vacía en España. Estudio comparado", *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, otoño 2018, vol. L, núm. 197.

Zamagni, S.: "Bienes comunes y economía civil", *Revista Cultura Económica*, junio 2014, Año XXXII, núm. 87.

Zamagni, S y Bruni, L.: *L'economia civile (Farsi un'idea)*, Ed. il Mullino, Bologna, 2015.

EL DERECHO DE HIPOTECA Y LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

THE RIGHT OF MORTGAGE AND THE FAMILY HOME UNDER LAW 5/2019, REGULATING REAL ESTATE CREDIT CONTRACTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 664-691

Esther Mª
SALMERÓN-
MANZANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En este artículo se estudia la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la cual ha tenido un impacto significativo tanto en lo relativo al derecho de hipoteca como a la protección de la vivienda familiar. Esta norma busca equilibrar la posición de las entidades financieras y los consumidores hipotecarios, preservando la vivienda familiar como un bien de especial protección. Introduce medidas y salvaguardas legales para garantizar poder acceder y permanecer en la vivienda en contextos de fragilidad financiera. Asimismo, se aborda de manera especial el procedimiento de ejecución hipotecaria y la figura de la dación en pago en relación con la vivienda familiar.

PALABRAS CLAVE: LCCI; vivienda familiar; contratos de crédito inmobiliario; dación; subasta.

ABSTRACT: *This article deals with Law 5/2019, regulating real estate credit contracts, which has had a significant impact on mortgage law and the protection of the family home. This law seeks to balance the position of financial institutions and mortgage consumers, preserving the family home as an asset of special protection. It introduces legal measures and safeguards to guarantee access to and permanence in the home in situations of economic vulnerability. In addition, we deal in a special context with the enforcement procedure and the figure of the dation in payment in relation to the family home.*

KEY WORDS: *LCCI; family housing; real estate credit agreements; dation; auction.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LA HIPOTECA Y LA VIVIENDA FAMILIAR.- III. LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.- 1. Ámbito de aplicación de la ley.- 2. Principales novedades introducidas por la ley.- IV. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL MARCO DE LA HIPOTECA.- 1. Concepto de vivienda familiar.- 2. Medidas de protección de la vivienda familiar.- V. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LA VIVIENDA FAMILIAR.- 1. Requisitos y procedimiento de ejecución hipotecaria.- 2. Limitaciones a la ejecución de la vivienda familiar.- VI. LA FIGURA DE LA DACIÓN EN PAGO Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de hipoteca y la protección del domicilio familiar han sido temas de especial relevancia dentro del ámbito jurídico y social. La adquisición o arrendamiento, en su caso, de una vivienda es básico para las familias y, a menudo, la primera de las opciones requiere de la obtención de créditos hipotecarios para su financiación[1]. Sin embargo, esta realidad también ha planteado una serie de problemas y situaciones de vulnerabilidad para los propietarios de viviendas, especialmente en momentos de dificultades económicas[2].

En este contexto, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, Ley 5/2019 o LCCI, ha supuesto un hito importante en la regulación de la hipoteca y en la protección de la vivienda familiar. Esta ley, en vigor desde el 16 de junio de 2019, introdujo una serie de actuaciones y salvaguardas legales que buscan equilibrar la posición de las entidades financieras y los consumidores hipotecarios y, especialmente, preservar la vivienda familiar como un bien de especial protección.

Con este artículo se pretende estudiar en profundidad el impacto de la Ley 5/2019 en el derecho de hipoteca y en la protección de la vivienda familiar. Para ello, se examinarán los antecedentes legislativos previos a esta normativa, así como las principales novedades que introduce y los mecanismos de protección que se establecen a fin de asegurar tanto el acceder como la estabilidad en la vivienda a las familias en situaciones de vulnerabilidad económica.

1 González Coloma, G.: *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar. Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*, Dykinson, Madrid, 2019.

2 López Suárez, C.: "La vivienda familiar a la luz de la STS núm. 356/2021 de 24 mayo", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (coord. A. Nieto Cruz y C. López Suárez; dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. pp. 423-432.

• Esther Mª Salmerón-Manzano
Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad de Almería, Doctora en Derecho, Gerente en los Servicios Jurídicos de Banco de Crédito Social Cooperativo, S.A. Correo electrónico: esther.salmeron@ual.es

Asimismo, se abordará el procedimiento de ejecución hipotecaria y se analizará cómo se articula la figura de la dación en pago con respecto al inmueble en el que reside la familia. Todo ello con el objetivo de brindar un enfoque completo y actualizado sobre los derechos y obligaciones que regulan la hipoteca y la residencia familiar tras la vigencia de la LCCI.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS SOBRE LA HIPOTECA Y LA VIVIENDA FAMILIAR.

La regulación de la hipoteca y la protección de la vivienda familiar han experimentado diversas transformaciones a lo largo del tiempo, en respuesta a la evolución de las necesidades y demandas de la sociedad.

El Código Civil, en adelante CC, ya en su redacción original de 1889, establecía los fundamentos legales de la hipoteca en cuanto derecho real de garantía. Sin embargo, no ofrecía una protección específica de la vivienda familiar.

A este respecto, el art. 96 CC, en su redacción actual, tras ser modificado en primer lugar por la Ley 30/1981, de 7 de julio y, posteriormente, por la Ley 8/2021, de 2 de junio, regula el uso de la vivienda familiar como el de un bien inmueble considerado de especial protección por su función social y económica y, por lo tanto, está sujeto a una serie de garantías y protecciones adicionales, en casos de crisis de familia[3].

En este sentido, el art. 96 CC establece que, en el caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges y sea aprobado por la autoridad judicial, la responsabilidad de utilizar la vivienda familiar y los objetos de uso diario en ella corresponderá a los hijos menores comunes y al cónyuge con el que se queden, hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad[4]. En el supuesto de que uno de los hijos menores presente una discapacidad que justifique la necesidad de continuar utilizando la vivienda familiar después de alcanzar la mayoría de edad, la duración de ese derecho será determinada por la autoridad judicial según las circunstancias.

Para este propósito, los descendientes mayores de edad con discapacidad en el momento de la nulidad, separación o divorcio serán equiparados a los hijos menores en una circunstancia similar. Una vez finalizado el uso establecido en el primer párrafo, las necesidades de vivienda de aquellos que no tengan independencia económica serán atendidas de acuerdo con lo establecido en el CC, que se refiere al derecho de alimentos entre parientes.

3 García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 3, pp. 187-221.

4 AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

En el supuesto en que la custodia de algún hijo se otorgue a uno de los cónyuges, siendo la de los demás adjudicada al otro, será el juez quien tome la decisión correspondiente. En caso de no haber hijos, se podrá acordar que el uso de dichos bienes corresponda al cónyuge no titular por un período de tiempo razonable, siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen y el cónyuge en cuestión tenga un interés particularmente vulnerable que requiera protección prioritaria[5].

Con el fin de disponer del inmueble y los bienes mencionados, cuyo uso haya sido asignado de acuerdo con los párrafos anteriores, será necesario contar con el consentimiento de ambos cónyuges. En caso de falta de consentimiento, será requerida la autorización del tribunal competente[6]. Esta limitación a la capacidad de disposición sobre la vivienda en la que habita la familia será registrada en el Registro. Cabe destacar que cualquier declaración incorrecta o falsa por parte de quien dispone del uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

La Ley Hipotecaria, en vigor desde el 20 de marzo de 1946, fue un avance importante en la regulación de las hipotecas en España. Entre otras cuestiones, regula el deber de inscripción de las hipotecas en el Registro, lo que garantiza su publicidad y proporciona seguridad jurídica. Sin embargo, no abordó específicamente la protección de la vivienda familiar.

El art. 47 de la Constitución Española recoge el derecho a la vivienda, dentro del Capítulo destinado a regular los principios que rigen la política social y económica en España. Este derecho implica el derecho a poder disponer de un inmueble digno y adecuado para residir.

Posteriormente, la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, derogada el pasado día 8 de julio de 2022, se aprobó fundamentalmente para regular la concesión de préstamos y créditos hipotecarios, no recogiendo la cuestión relativa a la vivienda para uso de una familia.

A través del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se implementan diferentes mecanismos con el objetivo de facilitar la reestructuración de la deuda hipotecaria de aquellos que están experimentando dificultades extraordinarias para realizar los pagos, al mismo tiempo que se flexibiliza el proceso de ejecución de la garantía real. Estas medidas se llevan a cabo sin comprometer los elementos esenciales

5 Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, núm. 783, pp. 135-221.

6 Ginebra Molins, M. E.: "La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario", en AA.VV.: *Relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 61-74.

de la garantía hipotecaria, que históricamente han sido fundamentales en nuestro sistema hipotecario.

La mayor parte de estas medidas se dirigirán a personas que se encuentren en una condición de marginalidad. En este sentido, se ha establecido que los beneficiarios sean individuos cuya situación laboral y financiera les impida cumplir con sus responsabilidades hipotecarias y satisfacer sus necesidades básicas. Este límite también considerará la situación económica del resto de miembros de la familia, así como de aquellos que sean titulares de garantías reales o personales, en el supuesto de que existan.

El citado Real Decreto-ley 6/2012, que implantó el llamado Código de Buenas Prácticas para las Entidades Financieras ha sido modificado por el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, entre otras cuestiones, redefiniendo el llamado umbral de exclusión en el que se pueden considerarse ubicados algunos deudores hipotecarios, y estableciendo nuevas medidas de protección para dichos prestatarios.

Ya en el año 2013, la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en respuesta a la crisis económica y financiera que afectó a España a partir de 2008, introdujo cambios significativos en la regulación de la ejecución hipotecaria; fortaleció la protección de los deudores hipotecarios durante el proceso de contratación de los préstamos hipotecarios, y estableció medidas de apoyo dirigidas a los deudores hipotecarios más vulnerables. Entre estas medidas se incluían la moratoria de lanzamientos y la posibilidad de reestructurar la deuda hipotecaria.

Sin embargo, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en adelante LCCI, vigente desde el día16 de junio de 2019, representa el marco legal más reciente y completo en lo relativo a la hipoteca y la residencia familiar en España. Esta normativa busca fortalecer los derechos de los consumidores hipotecarios y establecer fórmulas de resguardo específicas para la vivienda familiar. Entre las novedades que introduce se encuentran la transparencia de los contratos de crédito; la limitación de los intereses de demora, así como la regulación de la responsabilidad del prestamista[7].

La LCCI es la principal norma que regula la protección de la residencia familiar en España. La Ley 5/2019 amplía y refuerza las garantías y protecciones recogidas

7 Madriñán Vázquez, M.: "Deberes de información, transparencia y crédito responsable. Deberes de información, transparencia y crédito responsable", en AA.VV.: *Sobreendeudamiento de consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 65-103.

en el art. 96 CC, y fija determinadas medidas cuya finalidad es amparar el derecho a la vivienda de las familias españolas[8].

Estos antecedentes legislativos reflejan la evolución normativa en torno a la hipoteca y la vivienda familiar, destacando la tendencia hacia un aumento del amparo de los derechos de los consumidores, así como la necesidad de salvaguardar la vivienda como un bien esencial para las familias. La Ley 5/2019 representa un hito importante en este sentido, al establecer medidas específicas que buscan equilibrar la posición de las partes involucradas en los contratos de crédito inmobiliario.

La LCCI guarda conexión con otras leyes y regulaciones que abordan asuntos similares o relacionados, tales como la salvaguardia de los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad económica, el arrendamiento de viviendas, la protección de los consumidores y usuarios, los contratos de crédito al consumo y los derechos de propiedad.

En ese sentido, debemos citar, entre otras, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, que regula el arrendamiento de viviendas y establece medidas para resguardar a los arrendatarios; la Ley 2/2009, de 11 de marzo, de contratos de crédito al consumo, reguladora de los contratos de crédito al consumo, que implanta fórmulas de protección a los consumidores que adquieren productos o servicios financiados mediante un préstamo; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios sin recursos, siendo uno de sus principales objetivos el de evitar la pérdida de la residencia; la Ley 4/2013, de 4 de junio, para la protección de los consumidores y usuarios, en sus relaciones comerciales y de consumo, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del derecho de propiedad, que lo regula y establece las bases para la adquisición, transmisión y uso de la propiedad.

Por último, es obligado mencionar el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios, en adelante RDL 19/2022.

En esta disposición se implementan medidas estructurales cuyo propósito principal es fortalecer la competencia, la transparencia y la educación financiera

8 Añón Larrey, A.: "El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 560-577.

en el sector de préstamos hipotecarios, con el objetivo de facilitar la conversión de préstamos de tasa variable a tasa fija y la posibilidad de realizar amortizaciones anticipadas en préstamos hipotecarios vigentes, sin importar la situación vulnerable o de riesgo de los prestatarios. Además, busca fomentar la competencia de los préstamos con garantía hipotecaria en el mercado y suscitar la comprensión de las regulaciones recientes, para que los ciudadanos puedan tomar decisiones financieras informadas acerca de este producto[9].

Primeramente, durante un período de un año, quedará suspendido el cobro de las compensaciones y comisiones por reembolso anticipado, tal como recoge el art. 23 LCCI. Esta suspensión aplica a los préstamos de tipo variable que sean amortizados anticipadamente o convertidos a tipo fijo, lo cual incentiva a los deudores a considerar el abono anticipado de la deuda o modificación del préstamo hipotecario mediante subrogación de acreedor.

Se reduce de 0,15% a 0,05% la compensación por amortización o reembolso anticipado durante los tres primeros años de vigencia del préstamo, en situaciones en las que se lleva a cabo el cambio de tasa variable a tasa fija. Y, se implementan dos medidas con el fin de promover una mayor conciencia entre los prestatarios hipotecarios que enfrentan dificultades, respecto a las opciones y recursos disponibles para acudir a través de instituciones públicas de asesoramiento o apoyo.

Se publicará una Guía dirigida a deudores hipotecarios con problemas de pago, por Banco de España, que se publicará en su sitio web, así como en las páginas web de las entidades prestamistas. También se establece un mecanismo destinado a recopilar y proporcionar información al público sobre las instituciones públicas que brindan apoyo a los deudores hipotecarios que se encuentran en dificultades en las diferentes administraciones territoriales.

Además, se realizan revisiones en ciertos aspectos del procedimiento de subrogación de acreedor, el cual está principalmente regulado por la Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Se implementan cambios con el propósito de incrementar la transparencia en relación a los costos para los prestatarios y ajustar el alcance de aplicación a las hipotecas otorgadas por instituciones autorizadas para conceder créditos respaldados por garantías inmobiliarias, según lo estipulado en la LCCI.

Este mecanismo promueve la competencia, otorgando la posibilidad a los deudores hipotecarios de aprovechar las mejores opciones y ofertas disponibles

9 Villanueva Lupión, C.: "Asesoramiento profesional en la Ley de contratos de crédito inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. 7, núm. 3, pp. 71-121.

en el mercado para su beneficio, incluso sin la afectación de la deducción por inversión en vivienda habitual contemplada en la legislación fiscal aplicable a personas que adquirieron su vivienda antes del 1 de enero de 2013.

Por tanto, estas medidas estructurales buscan fortalecer la educación en el ámbito financiero dentro del mercado hipotecario, la transparencia y la competencia, con el objetivo de facilitar la conversión de préstamos, promover la competencia y brindar a los ciudadanos la información necesaria para tomar decisiones financieras adecuadas.

III. LA LEY 5/2019, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.

1. Ámbito de aplicación de la Ley 5/2019.

Para comprender qué tipos de contratos y situaciones se ven afectados por la Ley 5/2019 es fundamental la concreción de su ámbito de aplicación.

La LCCI se aplica a los contratos de crédito inmobiliario, entendidos como aquellos contratos mediante los cuales una entidad financiera concede un préstamo o crédito a un consumidor con garantía hipotecaria sobre un inmueble, ya sea una vivienda o un local comercial. En este sentido, la normativa abarca tanto los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas como aquellos destinados a la compra de locales comerciales o incluso de terrenos para construir estos[10].

Sin embargo, su aplicación se extiende también a aquellos préstamos y créditos con garantía personal cuyo fin es adquirir una vivienda, tal y como aclaró la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral, ante diversas dudas en la aplicación de la LCCI.

El ámbito de aplicación personal de la LCCI se constriñe a los contratos de crédito inmobiliario celebrados con consumidores, es decir, personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional. De esta manera, la normativa busca proteger sus derechos e intereses en el ámbito hipotecario, estableciendo medidas específicas para garantizar la transparencia y la equidad en la relación entre los consumidores y las entidades financieras[11].

10 Torres, Vicente, F. C.; Lluch Gayán, M.A.:" Panorama actual del crédito inmobiliario", *Revista jurídica valenciana*, 2019, núm. 34, p. 4.

11 Juan Gómez, M.: "Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar", *Actualidad civil*, 2019, núm. 4, p. 1.

También se aplica a las entidades financieras que conceden los préstamos o créditos inmobiliarios. Estas entidades han de cumplir los requerimientos y obligaciones fijados en la normativa para asegurar una adecuada información y protección de los consumidores. La ley establece un marco regulatorio más estricto para las entidades financieras, con el objetivo de evitar prácticas abusivas y promover la transparencia en las operaciones hipotecarias.

Debemos reseñar que, si bien la Ley 5/2019 tiene un ámbito de aplicación general, existen ciertas excepciones y particularidades en relación con determinados tipos de contratos y situaciones. Por ejemplo, la normativa establece disposiciones específicas para los contratos de crédito inmobiliario suscritos antes de su entrada en vigor, así como para los contratos de refinanciación y reestructuración de deuda hipotecaria.

A pesar de ello, la citada Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, tiene un amplio ámbito de aplicación, así como un objetivo fundamental, centrado en resguardar los derechos de los consumidores hipotecarios, así como establecer un marco legal más transparente y equitativo en la relación entre los consumidores ylas entidades financieras.

2. Principales novedades introducidas por la Ley 5/2019.

Introduce una serie de novedades significativas en la regulación de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria la citada Ley 5/2019. Estas novedades fijan su pretensión en reforzar la defensa de los consumidores hipotecarios, junto a promover la transparencia en las operaciones financieras.

Debemos destacar la obligación de evaluación de solvencia y transparencia que establece la normativa para las entidades financieras, consistente en evaluar la solvencia del consumidor antes de la concesión del préstamo hipotecario[12]. Además, se promueve la transparencia en la información suministrada al consumidor, estableciendo como requisito que los términos y condiciones del contrato sean claros, comprensibles y no engañosos.

Respecto de la información precontractual, la ley establece los derechos de los consumidores a obtener de la entidad financiera una ficha de información estandarizada antes de la contratación del préstamo hipotecario. Esta ficha contiene información relevante sobre los aspectos financieros del contrato, como el tipo de interés, las comisiones, los gastos y las consecuencias en caso de impago[13].

12 Marín López, M. J.: "La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2019, núm. 50, p. 1.

13 Madriñán Vázquez, M.: "Información precontractual y transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2020, vol. 74, núm. 2231, pp. 3-42.

La norma fija también un límite a los intereses moratorios que pueden aplicarse a los supuestos de falta de pago de las cuotas del préstamo o crédito hipotecarios. Estos intereses no pueden superar el triple del interés legal del dinero, y no pueden ser aplicados hasta que se haya producido una dilación en el abono de tres cuotas mensuales, al menos, o el equivalente a un tres por ciento del capital concedido.

La Ley 5/2019 establece la responsabilidad del prestamista, la entidad financiera,si existen alguna cláusula abusiva ose acredita ausencia de transparencia en el contrato de préstamo hipotecario. Se establecen mecanismos para que los consumidores puedan reclamar y obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente[14].

También establece la norma una serie de medidas para proteger al consumidor en caso de procedimientos de ejecución hipotecaria[15]. Se establecen requisitos más estrictos para iniciar estos procedimientos y se promueve la búsqueda de soluciones extrajudiciales, como la reestructuración de la deuda o la dación en pago.

Las anteriores son algunas de las principales novedades que introduce la Ley 5/2019 en la regulación de los contratos de crédito inmobiliario, con el objetivo claro de equilibrar la posición de las entidades financieras y los consumidores, promoviendo la transparencia, la justicia y la protección de los derechos de los consumidores hipotecarios.

La LCCI introduce la obligación de las entidades financieras de evaluar la solvencia del cliente de forma previa a otorgar una hipoteca, y es que habrá de analizar la entidad prestamista, a través de la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), y de alguna entidad privada de información crediticia, el historial crediticio del cliente, de acuerdo con las exigencias y cauciones establecidas por la normativa que protege los datos personales.

Pero, además, debemos destacar que la LCCI, como fórmula clara de protección al consumidor prohíbe las cláusulas declaradas abusivas, cuya determinación, por supuesto, debe hacerse en el ámbito judicial. Se establece también que no puede ser negativo el interés remuneratorio pagado por el cliente, ya que esto perjudicaría al banco.

Limita la Ley 5/2019 los intereses por mora en el supuesto en el que el cliente se retrasa en el abono de la cuota del préstamo con garantía hipotecaria, aclarando

14 Adán Domenech, F.: *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 1-239.

15 Font De Mora Rullán, J.: "Las Facultades del Letrado de la Administración de Justicia en la Ejecución Hipotecaria para proteger al deudor-consumidor", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 4, pp. 41-89.

que solo pueden generarse sobre el importe vencido del principal del préstamo pendiente de abono.

En cuanto a los gastos hipotecarios, establece que los de tasación del inmueble serán responsabilidad de los clientes, mientras que los gastos de gestoría y los aranceles notariales asociados a la escritura del préstamo hipotecario serán asumidos por el prestamista. En cuanto al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se regirá por la normativa tributaria vigente. Además, aquellos que soliciten copias de la escritura del préstamo serán responsables de su costo.

Se establecen límites a las comisiones por amortización total o parcial, los cuales variarán dependiendo de cuando se formalice la cancelación (ya sea en los primeros o últimos años) y el tipo de hipoteca (fija o variable).

Por otra parte, se prohíbe a los bancos ofrecer a los clientes seguros de vida o de hogar como condición para otorgar una hipoteca. Cualquier oferta debe ser en beneficio del consumidor. No obstante, se permiten prácticas de ventas vinculadas específicas si el prestamista puede demostrar que los productos o categorías de productos ofrecidos en condiciones similares son beneficiosos y, presentados conjuntamente, brindan un claro beneficio a los prestatarios, teniendo en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos relevantes en el mercado.

Otra de las medidas más destacadas para el consumidor es la simplificación del proceso de conversión de una hipoteca de tipo variable a una hipoteca de tipo fijo se establece, limitando la comisión máxima al quince por ciento del capital reembolsado en los primeros tres años del contrato, de forma anticipada, se aplicará una restricción al capital reembolsado anticipadamente. Y será desde el cuarto año, sin embargo, cuando no habrá limitaciones en cuanto al reembolso anticipado del capital.

De igual forma, se reconoce el derecho a convertir las hipotecas en divisas extranjeras a una hipoteca denominada en euros. Esto implica que los préstamos otorgados en moneda extranjera podrán ser convertidos a la moneda en la cual el consumidor reciba sus ingresos o a la moneda del Estado miembro en el que resida, normalmente el euro. Y será el tipo de cambio vigente en el momento de realizar la solicitud, el aplicado para esta conversión, a menos que se acuerde lo contrario en el contrato[16].

16 Rueda Tortuero, A.: "Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, nº 220, 2019, pp. 5-48.

Todas estas medidas de protección al consumidor deberán ser validadas a través del notario otorgante de la escritura, cuya asistencia es preceptiva, ya que la LCCI establece como obligatorio y gratuito para el cliente, su visita al notario antes de firmar un préstamo, a fin de realizar una revisión exhaustiva de los documentos suministrados por la entidad financiera, verificando su cumplimiento con la normativa legal aplicable y brindando claridad en caso de surgir cualquier duda[17].

Por su parte, la entidad bancaria deberá entregar, mediante un medio telemático seguro que garantice su verificación, y al menos con diez días de antelación, la información necesaria al notario y al consumidor, de manera completa y detallada[18].

IV. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL MARCO DE LA HIPOTECA.

1. Concepto de vivienda familiar.

El concepto de vivienda familiar es fundamental para comprender cuál es el alcance de la protección jurídica y de los derechos que se otorgan en el ámbito de la vivienda, refiriéndonos, en general, a la vivienda principal o habitual en la que reside una familia, la cual se reconoce como un bien de especial protección, debido a su importancia como espacio de convivencia y desarrollo personal y familiar.

La vivienda familiar cuenta con medidas legales específicas para su protección, con el objetivo de salvaguardar el derecho a una residencia digna y promover el bienestar de las familias. Por ello, como aspecto clave alrededor de este concepto, encontramos el de la residencia habitual, ya que la vivienda familiar se caracteriza por ser el lugar de residencia habitual de una familia, es decir, el lugar en el que ésta tiene establecida su residencia permanente. Además, es el espacio en el que conviven y desarrollan su vida diaria los miembros de la familia.

La vivienda familiar se asocia a un núcleo familiar, que puede estar compuesto por una o varias personas que tienen lazos de parentesco o convivencia. Este núcleo puede estar conformado por una pareja, una familia monoparental, o una familia extensa, entre otros tipos de estructuras familiares reconocidas legalmente.

Además, goza de una protección legal especial, ya que se considera un bien esencial para el desarrollo personal y familiar. En muchos sistemas jurídicos, se

17 Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia ya la Ley 5\2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 235-265.

18 Alonso Pérez, M.T.: "Función notarial y transparencia en la formación del contrato de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. 9, núm. 4, pp. 137-194.

establecen medidas específicas para salvaguardar la vivienda familiar en situaciones de crisis económica, como ejecuciones hipotecarias o situaciones de divorcio o separación.

No es discutible que otorga a sus ocupantes un derecho de uso y disfrute, lo que implica el derecho a habitarla, así como a hacer uso de los servicios e instalaciones asociadas a la misma. Este derecho puede estar sujeto a limitaciones o restricciones legales en determinadas situaciones, tales como el impago del préstamo hipotecario.

Por otra parte, la protección de la residencia familiar puede incluir medidas como la limitación de la ejecución hipotecaria, la atribución de su uso y disfrute a uno de los cónyuges en casos de divorcio o separación, o la adopción de medidas de protección para familias en situación de vulnerabilidad económica[19].

2. Medidas de protección de la vivienda familiar.

La Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, tiene como objetivo principal la protección del derecho fundamental a la vivienda, el cual está respaldado por el art. 7 de la Carta de la Unión Europea. Es importante destacar que el tribunal español debe tener en cuenta este derecho al aplicar la Directiva 93/13, tal como se establece en el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 10 de septiembre de 2014, en el caso C-34/13.

Se implementa un conjunto de medidas de protección diseñadas específicamente para las personas consumidoras que actúen como prestatarios en préstamos o créditos respaldados por una hipoteca sobre propiedades residenciales. El objetivo principal es salvaguardar los intereses de los consumidores, que se definen como personas físicas o naturales que no están actuando dentro del ámbito de su actividad profesional o empresarial.

La Ley 5/2019 ha decidido ir más allá de simplemente transponer de manera estricta la Directiva 2014/17, con el propósito de garantizar que los prestatarios tengan acceso a la información necesaria para comprender completamente la carga económica y jurídica del préstamo que están contratando[20]. De esta manera, se busca cumplir con el principio de transparencia en su sentido más amplio.

19 Sáinz-Cantero Caparrós, M.B. :"La conveniencia de atribuir el uso de vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada. En La vivienda familiar ante los retos de la crisis", en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. C. Lasarte), Dykinson, Madrid, 2022. pp. 209-221.

20 Serrano Fernández, M.: "El prestatario, el fiador o el garante en la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 51-97.

Establece la LCCI disposiciones específicas para el tratamiento de la vivienda familiar, cuya finalidad no es otra que proteger la vivienda de los consumidores hipotecarios y garantizar su acceso y disfrute en condiciones justas.

De hecho, esta norma modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante TRLGDCU, al reformar su art. 83, que determina la nulidad de pleno derecho de las cláusulas que sea incluidas en los contratos suscritos con consumidores, de forma no transparente y en perjuicio de estos.

Por ello, destaca la transparencia en la información, ya que la norma determina como preceptivo proporcionar al consumidor una información clara, comprensible y transparente acerca de las particularidades del contrato de crédito inmobiliario y los posibles riesgos coligados a la vivienda familiar. Esto incluye la información sobre las cláusulas relacionadas con la hipoteca y la vivienda, como las cláusulas de ejecución hipotecaria.

La LCCI establece que las entidades financieras tienen la responsabilidad de evaluar la solvencia del consumidor antes de otorgar un préstamo hipotecario. El propósito de esta medida es asegurar que el consumidor pueda cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato de crédito inmobiliario, evitando situaciones de sobreendeudamiento que puedan poner en riesgo la vivienda familiar[21].

Se establecen especiales medidas para proteger la vivienda familiar, en supuestos de falta de pago de las cuotas hipotecarias, que incluyen la limitación de los intereses de demora que pueden aplicarse, así como la promoción de soluciones extrajudiciales, como la reestructuración de la deuda o la dación en pago, que permitan al consumidor mantener su vivienda.

La norma fija requisitos y procedimientos más estrictos para llevar a cabo una ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar, promoviéndose la búsqueda de soluciones alternativas antes de proceder a la ejecución, como la reestructuración de la deuda o la negociación con la entidad financiera[22]. Además, se establecen plazos y requisitos adicionales para proteger los derechos del consumidor durante el procedimiento de ejecución.

21 Sánchez Lería, M.R., et al.: *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario,* Editorial Reus, Madrid, 2021.

22 Miranda Serrano, L.M.: "Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: A propósito de algunas experiencias en el sector financiero", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 2022, núm. 4, pp. 111-156.

Las disposiciones que la LCCI contempla para el tratamiento de la vivienda familiar en el contexto de los contratos de crédito inmobiliario tienen como objetivo principal el de proteger el derecho a la vivienda y garantizar condiciones justas y transparentes en las operaciones hipotecarias, buscando equilibrar la posición de las entidades financieras y los consumidores hipotecarios.

Por otra parte, algunas de las medidas de protección más relevantes contempladas en la llamada LCCI se centran en la limitación de los intereses de demora que pueden aplicarse en caso de impago de las cuotas hipotecarias. Estos intereses no pueden superar el triple del interés legal del dinero, ni ser aplicados hasta que se haya producido una dilación en el abono de, al menos, tres cuotas mensuales o el equivalente a un tres por ciento del capital concedido. Con ello se pretende evitar que los intereses de demora se conviertan en una carga excesiva para el consumidor y dificulten la recuperación de su posible situación de impago[23].

La Ley 5/2019 promueve la reestructuración de la deuda hipotecaria como una medida para evitar la pérdida de la vivienda familiar. Se insta a las entidades financieras a negociar con los consumidores hipotecarios alternativas de pago que permitan ajustar las cuotas a la capacidad económica del deudor, evitando así la ejecución hipotecaria y la pérdida del inmueble.

Sobre la suspensión del lanzamiento, es importante destacar que es posible detener el desahucio de la residencia familiar en casos de vulnerabilidad económica. Se considera que existe vulnerabilidad cuando el consumidor se encuentra en riesgo de exclusión social o cuando la carga hipotecaria supera ciertos límites establecidos por la normativa aplicable. La suspensión del lanzamiento busca dar tiempo al consumidor para buscar soluciones alternativas e impedir la pérdida de su vivienda.

Respecto de la protección a colectivos vulnerables, contempla la Ley 5/2019 medidas de protección específicas, delimitando estos colectivos como el comprendido por personas dependientes; víctimas de violencia de género o con discapacidad. Estas medidas buscan asegurar tanto el acceso como el mantenimiento en la vivienda familiar, asegurando la estabilidad y el bienestar de estos colectivos.

23 Guilabert, R.: "Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: último episodio del pulso a los intereses moratorios", *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 2020, pp. 79-92.

V. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. Requisitos y procedimiento de ejecución hipotecaria.

La ejecución hipotecaria es un procedimiento judicial que faculta al acreedor hipotecario, generalmente una entidad financiera, ejecutar la garantía hipotecaria cuando el deudor incumple con el pago de las cuotas del préstamo hipotecario. La Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que transpone la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, pretende evadir la ejecución judicial de los préstamos con garantía hipotecaria, teniendo como resultado la ineludible pérdida del inmueble de los prestatarios.

Dicho menoscabo es una pérdida que va más allá de lo material, por lo que la LCCI establece una serie de requisitos y procedimientos que deben seguirse a fin de instar una ejecución hipotecaria.

Así, con carácter previo a iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, la entidad financiera debe requerir al deudor el pago de la cantidad adeudada, mediante un documento llamado requerimiento notarial de pago, el cual debe contener información detallada sobre la deuda, los intereses de demora, los plazos para el pago y las consecuencias en caso de no hacerlo.

Para iniciar la ejecución hipotecaria, es necesario que se haya producido un impago por parte del deudor. La Ley establece que el impago debe corresponder a la falta de pago de al menos tres cuotas mensuales o al equivalente a un tres por ciento del capital concedido.

Además del impago, la entidad financiera debe acreditar que ha requerido al deudor el pago de la deuda y que éste no ha realizado el pago correspondiente. Esto implica que se debe demostrar que el deudor está en mora, es decir, en incumplimiento de sus obligaciones de pago.

Cumplidos los requisitos mencionados, la entidad financiera debe notificar al deudor la iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus arts. 681 al 698, siempre que sean ejecutados bienes previamente pignorados o hipotecados como garantía de la deuda del prestatario. Esta notificación debe contener información detallada sobre la deuda, los intereses acumulados, los gastos generados y los plazos para oponerse a la ejecución.

Tras la notificación, se procede a la subasta de la vivienda hipotecada. La subasta puede ser realizada en un juzgado o mediante la contratación de una

entidad especializada. En caso de no existir un comprador en la subasta, la entidad financiera puede adjudicarse la vivienda como pago de la deuda.

Durante el procedimiento de ejecución hipotecaria, el deudor tiene la posibilidad de oponerse y presentar alegaciones para defender sus derechos e intereses. Puede argumentar, por ejemplo, la existencia de cláusulas abusivas o la falta de cumplimiento de los requisitos legales por parte de la entidad financiera.

La Ley de Enjuiciamiento Civil también es modificada por la LCCI, concretamente su art. 693-2, que pasa a establecer que, en caso de créditos o préstamos otorgados por personas físicas, garantizados por hipotecas sobre inmuebles o destinados a la adquisición de bienes inmuebles residenciales, se aplicarán las disposiciones establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca y reflejadas en el registro correspondiente para reclamar la totalidad de la deuda, tanto del capital como de los intereses.

Estas disposiciones se regirán por el art. 24 LCCI, que regula los contratos de crédito inmobiliario, en lo relativo a su vencimiento anticipado, así como, si procede, el art. 129 bis LH, que establece los requerimientos precisos para ejercitar la acción hipotecaria, bien de forma directa, utilizando los bienes hipotecados, siempre y cuando se cumplan las previsiones dela Ley de Enjuiciamiento Civil, en el Título IV de su Libro III, teniendo en cuenta las especificaciones que se detallan en su Capítulo V, o a través de la venta extrajudicial del bien hipotecado, de acuerdo con lo estipulado en el art. 1.858 del Código Civil, únicamente si se ha acordado en el contrato de constitución de la hipoteca para casos en los que no se haya pagado el capital o los intereses del monto garantizado.

La Ley 5/2019 establece también medidas específicas de protección para colectivos especialmente vulnerables, como personas en situación de dependencia, o con discapacidad. Estas medidas buscan asegurar que los derechos y necesidades de estos colectivos sean debidamente considerados durante el proceso de ejecución hipotecaria.

2. Limitaciones a la ejecución de la vivienda familiar.

Las limitaciones a la ejecución de la residencia de la familia son medidas establecidas en la legislación para proteger el derecho a la vivienda y evitar situaciones de desalojo o pérdida de esta por parte de los propietarios o inquilinos. Estas limitaciones se aplican en casos de ejecución hipotecaria o situaciones similares en las que se ve comprometida la estabilidad de la vivienda familiar, pudiendo suponer la suspensión de su lanzamiento o desahucio, en situaciones de vulnerabilidad económica, brindando al propietario o inquilino más tiempo para encontrar soluciones alternativas o ponerse al día con los pagos pendientes.

La reestructuración de la deuda hipotecaria sobre la vivienda principal está contemplada en la Disposición adicional undécima de la Ley 5/2019, la cual establece que las entidades financieras pueden adherirse al Código de Buenas Prácticas para llevar a cabo una reestructuración viable de dichas deudas, en lugar de iniciar directamente el proceso de ejecución de la vivienda familiar. Esto implica renegociar los términos del contrato de préstamo, como la reducción de las cuotas mensuales o la extensión del plazo de pago, para que el propietario o inquilino pueda afrontar los pagos de manera más viable.

Cuando se impaga las cuotas del préstamo hipotecario, la limitación de los intereses moratorios que pueden aplicarse, a fin de evitar que los intereses acumulados se conviertan en una carga excesiva para el propietario, dificultando la recuperación de la situación de impago, se fijan en el art. 25 LCCI, que fija en el interés remuneratorio más tres puntos el posible interés de demora en los supuestos de retraso en el pago de créditos o préstamos formalizados por personas físicas, garantizados por medio de hipoteca que recae en inmuebles para uso residencial.

Así, la LCCI amplía la protección a los individuos que tienen una hipoteca y temporalmente no pueden hacer frente al pago mensual, ya que se extiende el período de tiempo en el que el deudor está protegido con carácter previo a que la entidad bancaria pueda dar inicio al proceso de ejecución de la garantía hipotecaria, o cláusula de vencimiento anticipado.

Los límites establecidos, en el transcurso de la primera mitad del plazo de la hipoteca, es el incumplido, por parte del cliente de, al menos, doce mensualidades, o del 3% del importe global del préstamo. Y a lo largo de la segunda mitad del plazo de la hipoteca de cuanto menos quince mensualidades o el siete por ciento de la cuantía total del préstamo.

Se establece un requisito adicional, por la Ley Hipotecaria, después de cumplir con los plazos indicados, por el que el acreedor debe haber solicitado el pago al deudor, otorgándole el plazo mínimo de un mes para cumplir con sus obligaciones y advirtiéndole que, si no se atiende, se exigirá el reembolso total del préstamo adeudado. Esta medida tiene efecto retroactivo y se aplicará a préstamos formalizados antes de entrar en vigor esta Ley, que incluyan la estipulación relativa al vencimiento anticipado[24].

24 Martos Calabrus, M. A.: "Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario", *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 2022, vol. 13, núm. 1, pp. 29-61.

VI. LA FIGURA DE LA DACIÓN EN PAGO Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA FAMILIAR.

La dación en pago hace referencia a la posibilidad de entregar la residencia familiar al acreedor como forma de extinguir la deuda hipotecaria. En otras palabras, el deudor puede ceder la propiedad de la vivienda al banco o entidad financiera para saldar completamente la deuda pendiente, liberándose así de la obligación de pagar el préstamo hipotecario.

La relación entre la dación en pago y la vivienda familiar es relevante, ya que esta figura se utiliza comúnmente como una medida para proteger la vivienda familiar en situaciones de dificultades económicas y riesgo de desalojo. La dación en pago puede ser una opción para evitar la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda, permitiendo al deudor liberarse de la deuda y entregar la propiedad al acreedor.

Además, la dación en pago de la vivienda familiar puede ofrecer beneficios tanto para el deudor como para el acreedor. Por un lado, el deudor se libera de la deuda hipotecaria y evita la ejecución y el desalojo, permitiéndole mantener la vivienda familiar y evitar una situación de desprotección. Por otro lado, el acreedor recibe la propiedad de la vivienda como forma de satisfacer la deuda pendiente, evitando así el proceso de ejecución y subasta.

Debemos partir de su concepción como el proceso por el cual el deudor entrega la vivienda al banco que garantiza el préstamo, a cambio de que se considere cancelada la deuda pendiente, se conoce como dación en pago. No obstante, para solicitarla es necesario cumplir con una serie de circunstancias establecidas en las medidas del Código de Buenas Prácticas (CBP). Estas condiciones incluyen que, para que aplique, es necesario que el deudor esté en una situación de exclusión; que el precio de compra de la vivienda no supere el límite establecido de 250.000 euros; que el plan de reestructuración de la deuda sea inviable; que la entidad financiera no haya optado por reducir la deuda, y que no se haya anunciado una subasta en un proceso de ejecución ya iniciado; que la vivienda no tenga cargas posteriores, y que la solicitud de dación se presente dentro de los veinticuatro meses siguientes a la solicitud de reestructuración o, en casos posteriores, para aquellos prestatarios con un plan de reestructuración aprobado y en curso, que se den cuenta de su incapacidad para cumplir con los pagos.

En caso de no cumplir con estos requisitos, cualquier acción tomada por la entidad sería independiente del Código. Es importante destacar que la dación en pago conlleva la extinción total de la deuda respaldada por la hipoteca, así como las responsabilidades personales del deudor y de terceros involucrados.

Al solicitar la dación en pago, el deudor tiene la opción de solicitar el arrendamiento de la vivienda durante un período de dos años, abonando una renta equivalente al tres por ciento del importe total de la deuda en el momento de la dación. En caso de que se produzca un incumplimiento en el pago de la renta, se aplicará un interés de demora del diez por ciento.

Una cuestión planteada con asiduidad es la posibilidad o no para el prestatario de solicitar a la prestamista la dación en pago junto a un alquiler, de los previstos en el Código de Buenas Prácticas, durante un plazo de dos años, sin pedir de manera previa reestructurar su deuda hipotecaria en condiciones viables.

En tal sentido, el Banco de España recoge entre sus consultas relativas a la dación en pago[25] esta cuestión, determinando que la petición de dación en pago no puede realizarse sin antes pasar por las etapas previas de aplicación de medidas para la reestructuración de las deudas hipotecarias y medidas complementarias, como la quita en el capital pendiente de amortización.

El Código de Buenas Prácticas establece tres fases de actuación consecutivas, siendo la primera dirigida a buscar una reestructuración viable de la deuda hipotecaria. Esto implica aplicar medidas como la suspensión temporal de la amortización del capital, la ampliación del plazo de amortización, la reducción de la tasa de interés durante el período de suspensión y la eliminación indefinida de las cláusulas que limitan la reducción de la tasa de interés en los contratos de préstamos hipotecarios. Además, las entidades prestamistas pueden consolidar todas las deudas contraídas por el deudor.

Si la reestructuración anterior no es suficiente, las entidades financieras pueden, de manera opcional, ofrecer una quita sobre el total de la deuda a los deudores. Finalmente, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir la carga hipotecaria a límites asumibles para la viabilidad financiera de los deudores, estos tienen derecho a solicitar y las entidades están obligadas a aceptar la dación en pago como una forma definitiva de liberación de la deuda. En este último caso, las familias pueden permanecer en su vivienda durante un período determinado en calidad de arrendatarios.

Es importante tener en cuenta que no es ni automática ni obligatoria la dación en pago, sino potestativa para la entidad financiera. Sin embargo, la normativa busca fomentar su aplicación como una medida para proteger la vivienda familiar en situaciones de dificultades económicas.

25 https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/financiacion/deudores-hipotecarios-sin-recursos/guia-textual/Medidas-Codigo-Buenas-Practicas/dacion-en-pago-de-la-vivienda-habitual.html

VII. CONCLUSIONES.

El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), es amplio, ya que abarca tanto los créditos o préstamos hipotecarios para viviendas como los destinados a locales comerciales o terrenos para construcción. También se aplica a los préstamos y créditos con garantía personal para la adquisición de viviendas.

Esta ley se dirige a proteger los derechos e intereses de los consumidores hipotecarios, estableciendo medidas específicas para garantizar la transparencia y equidad en las relaciones con las entidades financieras. También impone requisitos y obligaciones a estas para asegurar la adecuada información y protección de los consumidores.

Aunque la LCCI tiene un alcance general, existen excepciones y particularidades para contratos suscritos antes de su entrada en vigor, así como para los contratos de refinanciación y reestructuración de deuda hipotecaria.

El propósito de esta normativa es salvaguardar los intereses de los consumidores hipotecarios y establecer un marco legal más claro y equitativo en las interacciones entre las entidades financieras y los consumidores en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario. Además, introduce modificaciones relevantes en la regulación de los préstamos hipotecarios, con el fin de fortalecer la protección de los consumidores hipotecarios y fomentar la transparencia en las transacciones financieras.

Debemos destacar que a las entidades financieras se les requiere para llevar a cabo una evaluación exhaustiva de la capacidad de solvencia del consumidor antes de otorgarle un préstamo hipotecario. Además, se les pide promover la transparencia en la información proporcionada al consumidor. Esto último, junto al derecho del consumidor a recibir una ficha de información estandarizada antes de la contratación del préstamo hipotecario, que incluye detalles relevantes sobre los aspectos financieros del contrato, mejora la transparencia de este tipo de transacción comercial.

La ley fija también un límite a los intereses de demora que pueden aplicarse en caso de impago de las cuotas hipotecarias, evitando que superen el triple del interés legal del dinero. La normativa establece la responsabilidad de las entidades financieras en caso de existir cláusulas abusivas o falta de transparencia en el contrato de préstamo hipotecario, permitiendo a los consumidores reclamar y obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente.

Asimismo, se instauran requisitos más estrictos para iniciar procedimientos de ejecución hipotecaria y se promueve la búsqueda de soluciones extrajudiciales, como la reestructuración de la deuda o la dación en pago.

La LCCI determina los gastos que deben asumir tanto el consumidor como la entidad financiera en relación con la tasación del inmueble, los aranceles notariales, el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, así como las comisiones por amortización total o parcial del préstamo. Prohíbe las ventas vinculadas y establece medidas para simplificar la conversión de hipotecas variables a fijas, así como el derecho a convertir hipotecas multidivisa a otras denominadas en euros.

Por otra parte, la ley marca la obligatoriedad y gratuidad de la visita al notario antes de firmar un préstamo, garantizando la revisión de las condiciones del contrato y la verificación de la documentación proporcionada por las entidades financieras.

Las medidas de protección de la vivienda familiar establecidas en la Ley 5/2019 tienen como objetivo principal salvaguardar el derecho fundamental a la vivienda y garantizar condiciones justas y transparentes en los contratos de crédito inmobiliario.

Se fijan requisitos y procedimientos más estrictos para llevar a cabo una ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar. Se promueve la búsqueda de soluciones alternativas antes de proceder a la ejecución, como la reestructuración de la deuda o la negociación con la entidad financiera, para proteger los derechos del consumidor durante este proceso.

La ley contempla medidas específicas de protección para colectivos vulnerables, como personas en situación de dependencia, o con discapacidad. Estas medidas buscan garantizar el acceso y la permanencia en la vivienda familiar, asegurando la estabilidad y el bienestar de estos grupos.

En situaciones de vulnerabilidad económica, se establece la posibilidad de suspender el lanzamiento o desahucio de la vivienda familiar. Esto brinda al propietario más tiempo para buscar soluciones alternativas o ponerse al día con los pagos pendientes.

Recoge también la reestructuración de la deuda con garantía hipotecaria que recae sobre la vivienda habitual. Se busca renegociar los términos del contrato de préstamo para que el propietario pueda afrontar los pagos de manera más viable, como reducir las cuotas mensuales o extender el plazo de pago.

En la normativa se establecen restricciones a los intereses de demora que pueden ser aplicados en caso de incumplimiento en el pago de las cuotas hipotecarias. Esto evita que los intereses acumulados se conviertan en una carga excesiva para el propietario y dificulten la recuperación de la situación de impago.

Por otra parte, la dación en pago es un instrumento para proteger la vivienda familiar en situaciones de dificultades económicas y riesgo de desalojo. Permite al deudor entregar la vivienda a la entidad financiera para saldar completamente la deuda hipotecaria y evitar la ejecución hipotecaria y la pérdida de la vivienda.

La dación en pago permite al deudor liberarse de la deuda hipotecaria, evita el desalojo y una situación de desprotección. Además, el deudor tiene la opción de solicitar un contrato de arrendamiento para la vivienda durante un período de dos años, abonando una renta mensual equivalente al tres por ciento del monto total de la deuda en el momento en que se produce la dación en pago. Se trata de una figura que permite al deudor entregar la vivienda familiar al acreedor para saldar la deuda hipotecaria.

Se utiliza como una medida para proteger la vivienda en situaciones de dificultades económicas. La dación en pago ofrece beneficios tanto para el adeudado, liberándose de la deuda y manteniendo la vivienda, como para el acreedor, satisfaciendo la deuda sin recurrir a la ejecución hipotecaria. Sin embargo, se deben cumplir requisitos y medidas previas establecidas en el CBP.

En síntesis, la nueva regulación promulgada supone un avance muy importante en la contratación bancaria, al incrementar su transparencia y dotarla de un mayor grado de seguridad jurídica, pudiéndose comprobar ya los efectos favorables de dicho proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Adán Domenech, F.: *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Bosch, Barcelona, 2020, pp. 1-239.

Alonso Pérez, M.T.: "Función notarial y transparencia en la formación del contrato de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. 9, núm. 4, pp. 137-194.

Añón Larrey, A.: "El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial", *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, pp. 560-577.

AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (dir. por M.D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

Font De Mora Rullán, J.: "Las Facultades del Letrado de la Administración de Justicia en la Ejecución Hipotecaria para proteger al deudor-consumidor", *Revista Acta Judicial*, 2019, núm. 4, p. 41-89.

García Mayo, M.: "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC", *Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 3, pp. 187-221.

Ginebra Molins, M. E.: "La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario", en AA.VV.: *Relaciones patrimoniales entre cónyuges y parejas convivientes en los derechos civiles autonómicos*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 61-74.

González Coloma, G.: *Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar. Estudio práctico y jurisprudencial de la atribución del uso de vivienda familiar*, Dykinson, Madrid, 2019.

Guilabert, R.: "Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: último episodio del pulso a los intereses moratorios", *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, 2020, pp. 79-92.

Juan Gómez, M.: "Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar", *Actualidad civil*, 2019, núm. 4, p. 1.

López Suárez, C.: "La vivienda familiar a la luz de la STS núm. 356/2021 de 24 mayo", en AA.VV.: *Vivienda y colectivos vulnerables* (coord. A. Nieto y C. López Suárez; dir. M. D. Cervilla Garzón e I. Zurita Martín), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022. pp. 423-432.

Madriñán Vázquez, M.: "Deberes de información, transparencia y crédito responsable. Deberes de información, transparencia y crédito responsable", en AA.VV.: *Sobreendeudamiento de consumidores: estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Bosch, Barcelona 2020, pp. 65-103.

Madriñán Vázquez, M.: "Información precontractual y transparencia en la ley de contratos de crédito inmobiliario", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2020, vol. 74, núm. 2231, pp. 3-42.

Marín López, M. J.: "La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2019, núm. 50, p. 1.

Martos Calabrus, M. A.: "Análisis del cumplimiento de los deberes de transparencia en los contratos de crédito inmobiliario", *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 2022, vol. 13, núm. 1, pp. 29-61.

Miranda Serrano, L.M.: "Consecuencias de la falta de transparencia material de las cláusulas no negociadas individualmente: A propósito de algunas experiencias en el sector financiero", *Revista de Derecho del Sistema Financiero: mercados, operadores y contratos*, 2022, núm. 4, pp. 111-156.

Rueda Tortuero, A.: "Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa: especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, nº 220, 2019, pp. 5-48.

Sáinz-Cantero Caparrós, M.B.: "La conveniencia de atribuir el uso de vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada. En La vivienda familiar ante los retos de la crisis", en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. C. Lasarte), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 209-221.

Sáenz De Jubera Higuero, B.: "Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia ya la Ley 5\2019, de contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 235-265.

Sánchez Lería, M.R., et al.: *Estudios sobre la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario,* Editorial Reus, Madrid, 2021.

Serrano Fernández, M.: "El prestatario, el fiador o el garante en la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. 6, núm. 2, pp. 51-97.

Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, núm. 783, pp. 135-221.

Torres, Vicente, F. C.; Lluch Gayán, M.A.: "Panorama actual del crédito inmobiliario", *Revista jurídica valenciana*, 2019, núm. 34, p. 4.

Villanueva Lupión, C.: "Asesoramiento profesional en la Ley de contratos de crédito inmobiliario y su desarrollo normativo. Consideraciones críticas", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. 7, núm. 3, pp. 71-121.

VIVIENDA FAMILIAR: EL DERECHO DE USO, SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y SUPUESTOS ESPECIALES DE EXTINCIÓN

FAMILY HOME: THE RIGHT OF USE, ITS REGISTRATION AND SPECIAL CASES OF TERMINATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana Nº 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 692-713

Encarnación
SANDOVAL
CARO

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de abril de 2023
ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: Este trabajo examina la regulación del derecho de uso por el art. 96 CC, incidiendo en los caracteres de este derecho. Concretamente, se explora la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, además de su extinción en el supuesto de convivencia marital con un tercero en la vivienda familiar.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar; crisis familiar; derecho de uso; Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *This paper examines the regulation of the right of use by art. 96 CC, focusing on the characters of this right. Specifically, the possibility of registration in the Property Registry is explored, in addition to its extinction in the event of marital cohabitation with a third party in the family home.*

KEY WORDS: *Family home; family crisis; right of use: property registration.*

SUMARIO.- I. DATOS ESTADÍSTICOS QUE REFLEJAN LA REALIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.- II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.- III. DERECHO DE USO. DEFINICIÓN. SUPUESTOS EN LOS QUE SE OTORGA.- IV. CARACTERES.- 1. Familiar.-2. Patrimonial.-3. Temporal.-4. Gratuito.-5. De trascendencia real.- V. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.- VI. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN SUPUESTOS ESPECIALES. EXAMEN DE LA DOCTRINA DEL TS SOBRE EXTINCIÓN EN CASO DE CONVIVENCIA CON NUEVA PAREJA.

I. DATOS ESTADÍSTICOS QUE REFLEJAN LA REALIDAD SOCIAL EN ESPAÑA1.

En el ámbito familiar, la sociedad ha evolucionado en las últimas décadas, habiéndose normalizado las situaciones de crisis matrimonial (nulidad, separación y divorcio). En este sentido, en el año 2021 hubo 86.851 divorcios en España[2].

Además, se observa en los últimos años un incremento paulatino de los supuestos de atribución de custodia compartida respecto de los hijos comunes.

Por último, también destaca la existencia de un cambio en los roles familiares. Así, tras la incorporación plena al mercado del trabajo, la mujer ya no es considerada por definición el cónyuge más necesitado de protección en estas situaciones de crisis familiar.

II. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.

La vivienda familiar es el lugar donde se convive la familia de forma habitual. Satisface las necesidades permanentes de vivienda de los miembros de la unidad familiar, y es el lugar que les da seguridad e intimidad[3].

Tiene que tratarse de una edificación habitable, ocupada de hecho y con habitualidad por la familia. De este modo, quedan fuera del concepto de vivienda familiar las segundas residencias o viviendas vacacionales[4].

1 Disponible online en: https://www.ine.es/prensa/ensd_2021.pdf

2 De los casos de nulidad, separación y divorcios, un 56,8 % de los matrimonios tenían hijos. De este último porcentaje el 45,2% tenían solo hijos menores de edad, el 4,2% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 7,4% hijos menores de edad y mayores dependientes económicamente. El 24,5% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente económicamente).

3 Berrocal Lanzarot, A. I.: "Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95, no 774,*pp*. 2002-2042.

4 Manzano Fernández, M.: "Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar:(problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95,

• Encarnación Sandoval Caro
Registradora de la Propiedad. Correo electrónico:esandoval@registradores.org

Por lo tanto, este concepto va más allá del mero "enclave físico" donde se encuentra la vivienda, e incluso entra en conexión con el derecho constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art 10 CE).

Esto es lo que justifica que sea objeto de una especial protección y regulación legal[5].

El Código Civil (en adelante CC) habla de domicilio en su art 40, entendiendo en general que es el lugar de "residencial habitual" de las personas naturales.

En materia de derechos y obligaciones generales de los cónyuges, conforme a los art 68 a 70 CC: - Los cónyuges están obligados a vivir juntos, - Esta circunstancia se presume, y - El domicilio conyugal se fijará con carácter general de común acuerdo entre ambos.

Respecto de la vivienda familiar, puede pertenecer en titularidad de la sociedad de gananciales, privativa de uno de los cónyuges, de titularidad de ambos cónyuges en régimen de comunidad ordinaria o perteneciente a otra comunidad de derecho foral. Es indiferente la naturaleza de la misma.

III. DERECHO DE USO. DEFINICIÓN. SUPUESTOS EN LOS QUE SE OTORGA.

Durante la vigencia del matrimonio, conforme al art 1320 CC, los actos de disposición sobre la vivienda familiar han de realizarse con el consentimiento de ambos cónyuges, o en su defecto, con autorización judicial.

Sin embargo, el derecho de uso al que se alude en el presente estudio se concreta en los supuestos de crisis matrimonial, conteniéndose su principal régimen jurídico en el art 96 CC.

La atribución de este derecho, a falta de pacto entre los cónyuges, resulta conflictiva. Ha de tenerse en cuenta que la vivienda familiar constituye a veces el bien de mayor valor patrimonial de los cónyuges. Y a esta circunstancia se le une el incremento de la atribución del régimen de guarda y custodia compartida (desde su entrada en vigor por la Ley 15/2005, de 8 de julio). Por ello, habrán de ser analizadas las circunstancias caso por caso para evitar supuestos de injusticia material.

núm. 774, p. 1786.

5 Ureña Carazo, B.: "Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)". *La Ley Derecho de Familia- Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015, núm. 6, p. 3.

Ha de matizarse que el artículo 90.c) CC integra la atribución del uso de la vivienda familiar dentro del contenido del convenio regulador en los supuestos de crisis matrimonial.

Por último, a pesar de que la legislación habla de matrimonio, conforme al art 39.2 CE, que impide la discriminación de los hijos no matrimoniales respecto de los matrimoniales, serán aplicables estas disposiciones a los hijos comunes de parejas de hecho y uniones no formalizadas[6].

El artículo 96 CC establece su atribución a los hijos comunes o, excepcionalmente en caso de no existir hijos comunes al cónyuge más necesitado de protección.

Dentro de la atribución a los hijos, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[7], se atribuye este derecho:

A) A los hijos comunes menores de edad

B) A los hijos comunes menores de edad que al tiempo de la ruptura matrimonial se hallen en situación de discapacidad, pudiendo prorrogarse el derecho de uso después de alcanzada la mayoría de edad.

C) A los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la ruptura matrimonial se hallen en situación de discapacidad, los cuales podrán asimilarse a los menores de edad que se encuentran en dicha situación.

Ha de tenerse en cuenta que la situación de discapacidad del hijo no permite la atribución con carácter indefinido del derecho de uso de la vivienda familiar, sino que habrá de existir una conexión clara entre la discapacidad y la necesidad de mantener la vivienda familiar, analizándose las circunstancias caso por caso[8].

6 Minero Alejandre, G.:"Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisiscrítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda",*Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2020, núm. 42, p. 135.

7 Se cumplen así las obligaciones contraídas en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y que entró en vigor el 3 de mayo del año 2008 tiene como finalidad avanzar hacia una mayor inclusión y protección de las personas que sufren cualquier tipo de discapacidad. También habrá que estar a la RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

8 De la Iglesia Monje, M.I.: *El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad:(art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC),Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, vol. 98, núm. 790, p. 1075.

Respecto de los hijos mayores de edad, el derecho de uso sobre la vivienda familiar se regula, no por el art 96 CC sino por los art 142 y ss. CC, que regulan el derecho de alimentos entre parientes[9][10].

El derecho se uso sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial se atribuirá a través de dos títulos básicos: O bien a través de convenio regulador acordado por los cónyuges (homologado judicialmente), o bien a través de sentencia judicial en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio.

IV. CARACTERES.

1. Familiar.

Es un derecho en primer lugar personal, pues se atribuye como titular a uno de los cónyuges y como beneficiarios a los hijos.

El derecho de uso se atribuye atendiendo al "interés más necesitado de protección". Normalmente este interés se corresponde con el de los hijos menores de edad del matrimonio. Excepcionalmente, puede atribuirse al cónyuge no titular de la vivienda por considerarse que su interés es el más necesitado de protección.

Se pretende salvaguardar el interés de los hijos menores proporcionándoles un "status quo" de las circunstancias que ostentaban antes de la situación de crisis matrimonial, siendo la vivienda familiar una de las circunstancias claves a tener en cuenta. Nada obsta que se satisfaga la necesidad de habitación a través de otros medios (el art 223.20 del Código Civil Catalán lo prevé expresamente) si se dan circunstancias que así lo aconsejen y de acuerdo con el criterio razonado del juez. La atribución a los hijos se basa en el principio *favor filii*.

Existe la presunción de que mantener una estabilidad en la residencia de los hijos menores y conservar en la medida de lo posible las condiciones familiares

9 De la Iglesia Monje, M. I.:"Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, vol. 88, núm. 733, p. 2848. "Tras alcanzar la mayoría de edad, el hijo que seguirá necesitando una vivienda donde habitar, pero no deberá seguir haciéndolo en base a la atribución de su derecho de uso como menor de edad del artículo 96 del Código Civil, sino que dicha necesidad estará amparada bajo los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como acreedor de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda fa- miliar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. si tras la mayoría de edad, los hijos eligen convivir con un progenitor, y el otro se encuentra necesitado de protección, se le podrá otorgar la concesión del uso de la vivienda familiar, pero con un límite temporal".

10 Según la STS 5 septiembre 2011 (Roj: STS 6237/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6237), en su FD 4º, "la prestación alimenticia a favor de los mayores —que comprende el derecho de habitación— puede satisfacerse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de dos maneras distintas: o tasando la cantidad indispensable para habitación, o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos".

existentes antes de la ruptura hace menos traumático el cambio, que ya supone la ruptura matrimonial de los progenitores.

Conforme al art 96.1 CC, se atribuye el derecho de uso al cónyuge en cuya compañía queden los hijos. Se pueden generar dos escenarios distintos: - En primer lugar, que coincida que el cónyuge en cuya compañía queden los hijos sea el titular de la vivienda, con lo que no se daría lugar a la creación de derecho de uso alguno, al ser éste propietario, o – En segundo lugar, que el cónyuge beneficiario no sea titular de la vivienda (o sea titular sólo en parte, o pertenezca la vivienda a la sociedad de gananciales), en cuyo supuesto se crea el derecho de uso a favor del cónyuge no titular y en beneficio de los hijos. – Si algunos hijos quedan en compañía de uno de los cónyuges y otros en la del otro, o en los supuestos de custodia compartida, el juez decidirá lo procedente.

Dentro de las alternativas a los criterios de atribución establecidos por el art 96, las soluciones adoptadas para la atribución del uso de la vivienda familiar son tan variadas como la heterogeneidad de supuestos que se dan en la vida social, existiendo supuestos de división de vivienda familiar, de vivienda-nido en la que son los cónyuges (en régimen custodia compartida) y no los hijos menores los que se trasladan de domicilio, la satisfacción de necesidad de habitación de los hijos a través de otra vivienda que no sea la familiar cuando así se considere más oportuno…

2. Patrimonial.

Es un derecho de indudable contenido económico, ya que la atribución del derecho de uso supone un incremento patrimonial para al cónyuge beneficiario al tiempo que supone un demérito en el patrimonio del otro cónyuge, que se ve privado de su uso.

Dado su contenido económico, dependiendo de las circunstancias aplicables, podrá ser objeto de compensación económica directa al cónyuge perjudicado o bien indirectamente a través de otras medidas económicas (pensión de alimentos, pensión compensatoria)[11].

3. Temporal.

El art. 96 CC no establece un plazo de duración de este derecho cuando se atribuye a los hijos.

Sin embargo, atendiendo a la finalidad de su constitución parece razonable que este derecho no pueda constituirse de modo indefinido. Así, desaparecida la

11 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción", cit., p. 2004.

necesidad que fundamentó su constitución carece de sentido la supervivencia de este derecho.

También ha de tenerse en cuenta el incremento de supuestos de custodia compartida, como realidad social, y factor a tener en cuenta para establecer este derecho con carácter temporal[12][13][14].

La llegada la mayoría de edad de todos los hijos, stricto sensu, extingue el derecho recogido en el art 96. A partir de ese momento, el art 142 CC regula el derecho de alimentos de los hijos mayores, siendo incluido el uso de la vivienda dentro del mismo.[15]

12 Ureña Carazo, B.: "Vivienda familiar",cit., p. 11. Dice la citada autora que "Si bien, para la admisibilidad de esta limitación temporal, ha de analizarse caso por caso, teniendo en cuenta siempre el interésmás necesitado de protección en el grupo familiar, ya sea el de los menores o el del progenitor que se encuentre en una posiciónmásdébil respecto al otro -por sus circunstancias económicas, profesionales, personales, etc.-, así como el régimen de titularidad de la vivienda, pues, en aquellos supuestos en que la misma es privativa del progenitor no custodio, como ya hemos señalado, se han producido situaciones injustas amparadas por nuestro ordenamiento jurídico. Y, cuando la vivienda es ganancial, qué duda cabe que la mejor solución al producirse la ruptura conyugal es proceder a su enajenación, repartir la ganancia entre ambos progenitores, quienes podrán, así, subvenir a las necesidades de habitación de sus hijos en los periodos que los tengan en su compañía".

13 Chaparro Matamoros, P.: "Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, feb. 2017, IDIBE, núm. 6, pp. 316-317, reflexiona este autor lo siguiente: A este respecto, cabe señalar que el art. 96.III CC, el cual permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, limita dicha atribución "al tiempo que prudencialmente se fije". No obstante, este inciso no fue aplicado de forma estricta por la jurisprudencia de finales del siglo XX y de principios del siglo XXI, habida cuenta la tradicional dificultad de la mujer (que generalmente era el cónyuge no propietario) para acceder al mercado laboral, lo que propiciaba que, en matrimonios de larga duración, la mujer quedara en una situacióneconómica muy precaria y difícilmente superable, pues, junto a la mencionada dificultad de acceso al mercado laboral, debía hacer frente también a una avanzada edad y, en muchos casos, a la falta de especialización para ejercer una determinada profesión u oficio.
Ello dio lugar a que, en no pocas ocasiones, la jurisprudencia optara por una aplicación sine die del precepto (un buen ejemplo es la sentencia de primera instancia del presente caso) en aras de proteger al cónyuge (generalmente, la mujer) perjudicado económicamente tras la ruptura, lo que daba lugar, ciertamente, a una solución*contra legem* [en este sentido puede verse, por todas, la SAP Navarra 3 octubre 1994 (AC 1994, 2433), la cual utiliza la expresión "echar mano de la temporalidad que codifica el art. 96.3 CC", dando a entender que la temporalidad es una opción alternativa a otras en dicho precepto, cuando precisamente es la única que permite su dicción literal].

14 Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, núm.783, p.882. A este respecto, el citado autor resalta que existe jurisprudencia reticente a fijar un límite temporal Sentencias de la SAP Las Palmas 18 mayo (Roj: SAP GC 1235/2007 - ECLI:ES:APGC:2007:1235) y 15 octubre 2007 (Roj: SAP TF 2077/2007 - ECLI:ES:APTF:2007:2077) y las SSTS 14 abril 2011 (Roj: STS 2672/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2672), dictada para unificación de doctrina; 21 junio 2011 (Roj: STS 3985/2011 - ECLI:ES:TS:2011:3985); 17 octubre 2013 (Roj: STS 5003/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5003); 3 abril 2014 (Roj: STS 1356/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1356), 29 mayo 2014 (Roj: STS 3153/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3153), 2 junio 2014 (Roj: STS 2133/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2133) y 16 junio 2014 (Roj: STS 2258/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2258); 18 y 29 mayo 2015 (Roj: STS 1951/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1951 y Roj: STS 2220/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2220); 21 julio 2016 (Roj: STS 3888/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3888) y 22 febrero 2017 (Roj: STS 582/2017 - ECLI:ES:TS:2017:582). Y, sin embargo, otra jurisprudencia que recoge sin ambages su carácter temporal: cabe destacar la SAP Valladolid 17 enero 2007 (Roj: SAP VA 17/2007 - ECLI:ES:APVA:2007:17); la SAP Alicante 14 de enero 2010 (Roj: SAP A 2629/2010 - ECLI:ES:APA:2010:2629); la SAP Baleares 11 octubre 2011 (Roj: SAP IB 2054/2011 - ECLI:ES:APIB:2011:2054); la SAP Sevilla 23 enero 2012 (oj: SAP SE 688/2012 - ECLI:ES:APSE:2012:688); la SAP Madrid 24 enero 2012 (Roj: SAP M 2310/2012 - ECLI:ES:APM:2012:2310) y la SAP Tenerife 12 abril 2013 (Roj: SAP TF 157/2013 - ECLI:ES:APTF:2013:157). Igualmente, cabe citar la STS 22 abril 2004 (Roj: STS 2640/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2640), al señalar que el derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el artículo 96 del Código civil se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad.

15 Minero Alejandre, G.: "Crisis familiar",cit., p. 140.

Sin embargo, y a pesar del art 96 CC, es posible establecer la previsión de la extinción del derecho por diversos motivos de naturaleza temporal: hasta la mayoría de edad de los hijos, o cuando estos alcancen independencia económica, o cumplan cierta edad, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales o la venta de la vivienda familiar, o, cuando al cónyuge usuario se le conceda o se le adjudique otra vivienda.[16]

En el ámbito del derecho foral, el art 233.20.5 Código Civil de Cataluña reconoce expresamente el carácter temporal de este derecho.

4. Gratuito.

Este derecho es gratuito en cuanto a que se concede su uso al cónyuge no titular (o titular en parte) sin establecer una contraprestación.

Los gastos como el préstamo hipotecario de la vivienda, gastos de comunidad o IBI siguen siendo a cargo del cónyuge titular o de ambos cónyuges si pertenece la vivienda a ambos.[17]

Sin embargo, "los gastos por los suministros o servicios de la vivienda familiar, como luz, agua, gas, teléfono, etc., deben ser satisfechos por la persona que ocupa la vivienda, es decir, por el cónyuge a quien se atribuyó el uso de la vivienda, según la Jurisprudencia (Sentencias de la AP de León de 14 de enero de 2010 y de la AP de Madrid de 6 de noviembre de 2007, 18 de septiembre de 2009, 23 de mayo de 2011, 27 de febrero de 2018 y 5 de abril de 2019")[18].

Respecto a la posibilidad de existencia de una compensación al cónyuge titular no usuario, se ha planteado en la doctrina. El carácter gratuito de este derecho no debe llevar a su atribución de forma indiscriminada, pues supone una expropiación temporal de facto al cónyuge propietario o copropietario. Así lo ha reconocido la jurisprudencia.[19]

16 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción",cit., p. 2012.

17 Cuena Casas, M.: *Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario. Revista de Derecho civil*, 2014, vol. 1, núm. 2, p. 10.

18 Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso",cit., p.880.

19 STS 5 noviembre 2012 (RJ 2012,10135) y STS 17 junio 2013 (RJ 2013,4375). En concreto que dispone 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"

Además, es posible la llamada compensación "de facto". A pesar de su carácter gratuito, existe una compensación patrimonial "de facto", al tenerse en cuenta para fijar la pensión alimenticia la atribución del uso de la vivienda familiar, lo que no supone una compensación de deudas stricto sensu, pero sí un modo de matizar el carácter gratuito de la atribución del derecho de uso.[20] Así, puede ponderarse el importe de la prestación de alimentos teniendo en cuenta proporcionalmente el derecho de uso.

En cuanto a su posible configuración como arrendamiento forzoso, podría resultar de utilidad en los supuestos en los que la vivienda habitual se encuentre hipotecada.[21]

Se ha defendido, como solución a los problemas que genera la constitución de este derecho, su configuración como un arrendamiento forzoso. Así, según García Mayo[22] "la solución al problema del uso de la vivienda familiar pasaría por su configuración como un arrendamiento forzoso, tal y como está contemplado, por ejemplo, en Portugal. Al fin y al cabo, se trata de un problema económico. Con esta configuración, solo pretendería la atribución del uso aquel de los cónyuges al que realmente le fuese necesaria esa vivienda y no otra, a sabiendas que no será una atribución «gratuita». El cónyuge excluido del uso, por otra parte, tampoco se vería necesariamente en una situación de precariedad económica".

En este sentido, también destacar que, según Santos Morón[23] "Por lo que respecta al mecanismo de compensación del perjuicio patrimonial sufrido por el cónyuge privado del uso, pensamos que, en lugar de tenerse en cuenta el uso atribuido para reducir el montante de los alimentos debidos a los hijos o la eventual prestación compensatoria debida al cónyuge, sería preferible que el titular del derecho de uso abonara al otro cónyuge una cantidad de dinero equivalente al valor de la renta arrendaticia media (o la mitad de su valor, en caso de vivienda común) que correspondería a un inmueble de las características de la vivienda en cuestión. Se trata de un mecanismo más sencillo y fiable que el derivado de la minoración de las pensiones alimenticias y eventual prestación compensatoria debida al cónyuge, más coherente con la idea de que es el cónyuge –y no los hijos– el titular del derecho de uso, y además evita tener que recalcular

20 Cuena Casas, M.:"Uso de la vivienda", cit., p.20.

21 Sainz-Cantero Caparrós, M. B.: "La conveniencia de atribuir el uso de vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada", en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. S.Calaza López, A.Donado Vara, F. Yáñez Vivero),Dykinson, 2022,pp. 209 - 225.

22 García Mayo, M.:"El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC",*Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 3, p. 217.

23 Santos Morón, M.J.:"La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge- evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma",*Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. 1, núm.3, p. 35.

las medidas económicas adoptadas cuando se modifican ciertas circunstancias (v. gr. liquidación de la sociedad de gananciales)."

También previó la compensación económica por el uso de la vivienda la Ley Valenciana 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares (declarada inconstitucional por STC de 16 de noviembre de 2016, por motivos de competencia y por tanto ajenos a su contenido material).

5. De trascendencia real

Mucho se ha discutido en la doctrina y jurisprudencia acerca de la naturaleza real de este derecho.

Existen distintas posturas doctrinales:

A) Aquellos que consideran que se trata de un auténtico derecho real, por su carácter de oponibilidad erga omnes y su acceso al registro de la Propiedad.

Manzano Fernándezdice que se trata de "un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)".[24]

Otros consideran que se trata de un derecho personal. Martín Meléndez opina que "este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código civil"[25].

B) Otros adoptan posturas intermedias, alegando que tendrá carácter real este derecho de uso sólo si la titularidad sobre la vivienda tuviera ese mismo carácter. Si la titularidad ostentada sobre la vivienda fuera de carácter personal (pe por derecho de arrendamiento) este derecho no podría ser real, sino personal. También se aduce a que tiene carácter mixto, pues tiene rasgos de derecho personal como su temporalidad y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para los actos dispositivos, además de caracteres de derecho real como su inscripción en el RP y su oponibilidad *erga omnes*.

C) Por último, también se ha considerado un derecho "sui generis", un *tertium genus* fuera de la tradicional distinción entre derechos reales y personales. Se

24 Manzano Fernández, M. M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 166.

25 Martín Meléndez, M.T.: "Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición", *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre, 2005,p. 2336.

trataría de un derecho como ya se ha citado, de carácter familiar y contenido económico, que supone trasladar la coposesión de la vivienda familiar a la posesión exclusiva por parte de uno sólo de los cónyuges[26][27][28].

D) En la jurisprudencia y doctrina de la DGRN (hoy DGSJ) se observa la misma división que a nivel doctrinal. Destacan las SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 22 de abril de 2004, que inciden en su oponibilidad erga omnes, y la STS de 14 de diciembre de 2004 que lo califica de derecho "sui generis". Por su parte la RDGRN de 25 de octubre de 1999 estima que se trata de un "derecho real que produce efectos erga omnes" que limita las facultades dispositivas del propietario[29][30].

Dejando a un lado las discusiones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la naturaleza real de este derecho (que pueden considerarse hasta irrelevantes) este derecho tiene una indudable eficacia real, dada su oponibilidad erga omnes y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Teniendo además relevancia el título por el que se ocupa la vivienda familiar, pues si éste era de carácter personal, el derecho de uso en este supuesto tendrá naturaleza personal.[31][32]

V. SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Reconocida la eficacia erga omnes y su inscripción en el Registro de la Propiedad (el art 96.3 CC si bien sólo reconoce la inscripción de la prohibición de disponer de estos bienes, se considera inscribible, y en el ámbito foral art 233-22 del Código Civil de Cataluña y Ley 72 del Fuero Navarro), han de tenerse en cuenta los requisitos formales y materiales para practicar tal inscripción, así como las consecuencias de la misma.

26 Berrocal Lanzarot, A. I.: "La extinción", cit., pp. 2005-2006.

27 Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.: "Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, no 788, p. 3377.

28 Sifre Puig, R.F.: "La atribución judicial del uso",cit., p. 891. Lo define este autor como "derecho de ocupación y posesión exclusiva de la vivienda familiar por uno de los cónyuges, de carácter no personal ni real, sino familiar".

29 También Resoluciones posteriores de la DGRN, como las Resoluciones de 20 de febrero de 2004, de 19 de enero y 20 de octubre de 2016, y de 27 de diciembre de 2017 y 11 de enero de 2018.

30 Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad",*Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2008, vol. 84, no 710, p. 2522. En el mismo sentido "la RDGRN de 20 de febrero de 2004 afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, últimopárrafo, del Código Civil)». Corroboran esta doctrina las RDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008."

31 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda",cit., pp. 11-13.

32 Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.:"Conflictos dominicales",cit., p. 3372.

A) Título formal de inscripción: será o bien convenio regulador acordado por los cónyuges (homologado judicialmente), o bien a la sentencia judicial dictada en un procedimiento contencioso de nulidad, separación o divorcio.

B) Requisito sustantivo o material de la inscripción: Ha de atribuirse el derecho uso al cónyuge no titular de la vivienda, y simultáneamente ha de estar inscrita la vivienda en el registro a favor del cónyuge no usuario.

C) Titular del derecho: Hay que distinguir varios supuestos: - En caso de custodia exclusiva de uno solo de los cónyuges, corresponderá a éste el derecho de uso (art 96.1 párrafo 1 CC). Siendo la custodia compartida, o cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro. En este supuesto la autoridad judicial resolverá lo procedente, por lo que se deja la cuestión abierta al arbitrio del juez atendiendo a las circunstancias del caso (art 96.1 *in fine* CC).

D) Asiento a practicar: El derecho de uso de la vivienda familiar tiene acceso al Registro de la Propiedad: 1.-mediante anotación preventiva (si dimanara de una resolución judicial provisional o cautelar, 103.2 CC) 2.- o mediante nota marginal (si su atribución se hace en sentencia judicial, 96.2 RH). Por otra parte, la extinción del derecho de uso tendrá reflejo registral, pudiendo el titular o cotitular del bien inmueble solicitar la cancelación del asiento correspondiente[33].

E) Respeto a los principios hipotecarios (arts. 17, 20, 34, 38, 40 LH):

- Tracto sucesivo y legitimación: Para la inscripción de este derecho se requiere que uno de los cónyuges o ambos sean titulares registrales. No podría por tanto inscribirse en caso de ser meros arrendatarios o comodatarios, pues supondría gravar un inmueble si intervención del titular registral[34].

- Principio de especialidad: Ha de determinarse: - La naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.a y 6.a RH, aunque esta precisión basta con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008, y 20 de febrero de 2004.- Aunque no es necesario señalar el plazo exacto de duración de este derecho, por no ser propiamente un derecho real, siempre tiene un plazo máximo: el de la vida del cónyuge a quien se atribuye (RDGRN de 20 de febrero de 2004), por lo que siempre cumplirá este requisito formal.- Es necesario que se especifique el nombre de los hijos favorecidos por el uso, sin que baste una referencia genérica a los mismos. Esto es así, precisamente por

33 Minero Alejandre, G.: "Crisis familiar",cit., p. 143.

34 Cuena Casas, M.: "Uso de la vivienda",cit., p. 11.

su naturaleza de derecho familiar en el que predomina o priva esa necesidad de protección de los hijos hasta que sean independientes económicamente. Sin embargo, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, dice que «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho».[35]

A) Su posible reflejo como prohibición de disponer legal, ex art 26.2 LH. La limitación de actos dispositivos del art 96.3 CC.

El art 96.3 CC establece que "Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe."

Precepto con redacción muy parecida al art 1320 CC, que establece la nulidad o anulabilidad de estos actos en el art 1322CC según se trate de actos gratuitos u onerosos[36].

Sin embargo, a diferencia de los supuestos previos a la crisis matrimonial, en la que se aplica sin duda el art 1320 CC y se restringe todo acto dispositivo sin consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial, en los supuestos de crisis conforme al art 96.3 CC, la restricción de facultades dispositivas ha de ponerse en relación con el derecho de uso. Por lo tanto, en estos supuestos serían compatible el ejercicio de aquellas facultades dispositivas por parte del cónyuge titular de la vivienda que no afectaran al ejercicio del derecho de uso[37].

35 Goñi Rodríguez de Almeida, M.: "La especial naturaleza.",cit., p.2524.

36 Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.: "Conflictos dominicales",cit.,pp.3384-3385. No consideran aplicable este régimen a los actos dispositivos sobre la vivienda, sino sólo los que afecten al derecho de uso. "Por lo tanto, el cónyuge titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (y sin autorización judicial), resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 del Código civil").

37 García Mayo, M.:"El uso de la vivienda", cit., p. 205. "Su configuración como una prohibición es una de las posibilidades que ya recogió la RDGRN de 5 de septiembre de 2016, que planteó la naturaleza real del derecho o su configuración como prohibición de disponer como formas para que el derecho de uso accediese al Registro de la Propiedad: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos erga omnes.
En relación con esta postura, lo primero que llegó a plantearse es si lo contemplado en el referido párrafo cuarto del art. 96 CC se trataba realmente de una prohibición de disponer o si más bien se trataba de una obligación de no disponer u obligación de disponer con el consentimiento del otro cónyuge. Optar por una u otra consideración tiene consecuencias prácticas en caso de incumplimiento:
Por una parte, si se trata de una simple obligación de no disponer, el propietario seguiría teniendo entero el *ius disponendi*, no cercena su poder de disposición, por lo que si llegara a realizar un acto dispositivo, el mismo seríaválido, aunque con todos los efectos que se derivarían del incumplimiento de una obligación (*vid*. RDGRN 25 de febrero de 1943), en definitiva, la indemnización por daños y perjuicios; esto daría al

En todo caso, esta prohibición de disponer legal, cuya inscripción prevé ahora el legislador, es independiente de la inscripción del derecho de uso. El derecho de uso, con su contenido positivo de la ocupación de la vivienda, es de por sí inscribible e independiente de la prohibición de disponer que actualmente recoge el art 96.3 in fine CC.

A) Consecuencias de la inscripción registral.

Si la inscripción registral no se produce, no es oponible el derecho de uso al tercer adquirente de buena fe (conforme al art 34 LH).

Una vez producida la inscripción, ésta se encuentra bajo la salvaguarda de los tribunales (ex art 40 LH) y sujeta a los principios registrales, por lo que opera como una auténtica carga real.

Por lo tanto, ocupará el rango registral que le corresponda con arreglo a la fecha de inscripción en el registro, siendo aplicado el principio de purga respecto de derechos inscritos con anterioridad, y sólo viéndose afectado respecto de los derechos inscritos con posterioridad si ha sido parte en el procedimiento de ejecución correspondiente.

VI. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN SUPUESTOS ESPECIALES. EXAMEN DE LA DOCTRINA DEL TS SOBRE EXTINCIÓN EN CASO DE CONVIVENCIA CON NUEVA PAREJA.

El derecho de uso sobre la vivienda familiar se extingue, como cualquier derecho subjetivo, por causas generales. Entre ellas:

1.Por la pérdida del objeto de derecho (destrucción total o ruina de la vivienda).

2.Por la desaparición de titular del derecho de uso (fallecimiento del cónyuge titular del derecho o del/los hijo/s beneficiario/s del derecho de uso),

3.o por la resolución del derecho del titular de la vivienda (por ser arrendatario y extinguirse el derecho de arrendamiento, por ser usufructuario y fallecer el cónyuge no titular del derecho de uso, por ser precarista y perder este derecho por el ejercicio de acción judicial de desahucio por precario).

4.Si se ha fijado un plazo de duración del derecho en el convenio regulador o la sentencia de nulidad, separación o divorcio, también se extinguirá por el transcurso del mismo.

traste con el fin del art. 96 CC, pues el cónyuge beneficiario no lograría permanecer en la vivienda que ha sido familiar".

5.-La renuncia del cónyuge usuario, siempre que no haya perjuicio para los hijos.

6.El cambio en las circunstancias del cónyuge usuario o de los hijos. Pueden entenderse como tales la variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario; un cambio en la guarda y custodia de los hijos, al atribuirse esta al cónyuge no usuario; el desplazamiento subjetivo del interés familiar más necesitado de protección y el haber alcanzado los hijos la mayoría de edad[38].

Habrá que estar también a las causas específicas de extinción pactadas en convenio regulador.

La extinción por convivencia marital con otra persona del cónyuge titular del derecho de uso sobre la vivienda. La Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2018.

Es frecuente que, tras la ruptura matrimonial, uno o ambos cónyuges opten por rehacer su vida sentimental. En estos supuestos, cuando comienza a existir una convivencia en la que fue vivienda familiar del cónyuge titular del derecho de uso con una tercera persona, cabe preguntarse si es posible la extinción de este derecho de uso.

La modificación o extinción de derecho de uso sobre la vivienda familiar por esta causa no está recogida expresamente en el art 96 CC. Destaca que el CC sí prevé este supuesto como causa de extinción de la pensión compensatoria en el art 101.1.

En todo caso, es posible que en el convenio regulador ambos cónyuges pacten como causa específica de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona.

Fuera de los supuestos de pacto, habrá de estar a las circunstancias del caso. El fundamento de la extinción es la desaparición del núcleo familiar (monoparental, formado por el cónyuge titular del derecho de uso y los hijos menores) que dio lugar a la atribución del derecho de uso, dando lugar a una nueva estructura familiar y por tanto a una desafectación de la vivienda familiar del uso originariamente pactado[39].

En estos supuestos podría entenderse:

38 Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso",cit., p.888.

39 Berrocal Lanzarot, A. I.: La extinción", cit., p. 2015.

A) Que el derecho de uso no queda modificado, pues es el interés de los menores el que ha de salvaguardarse en todo caso.

B) Que si bien ha da salvaguardarse el derecho de uso, han de modificarse otras medidas de carácter económico para evitar causar mayor perjuicio al cónyuge no titular del derecho de uso.

C) Que esta convivencia sobrevenida con un tercero supone una alteración de las circunstancias iniciales que dieron lugar a la constitución del derecho de uso y por lo tanto determina su necesaria extinción.

La STS 20 noviembre 2018[40][41] opta por la extinción del derecho de uso por esta causa. La citada ST establece que "La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por haberse asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código civil»."

40 STS 20 noviembre 2018 (Roj: STS 3882/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3882).

41 Sifre Puig, R. F.: "La atribución judicial del uso", cit., p.892.
Anteriores a esta STS destacan:
La SAP Almería 19 marzo 2007 (Roj: SAP AL 2/2007 - ECLI:ES:APAL:2007:2) razona que resulta absurdo que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial, asignada al cónyuge y al hijo de su matrimonio, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad de acción del cotitular de la vivienda, concluyendo que, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con una 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 un nuevo hogar, renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando. Así se conjugan 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 el abuso del derecho.
Para la SAP Madrid 12 junio 2018 (Roj: SAP M 8695/2018 - ECLI:ES:APM:2018:8695), el supuesto de hecho que estamos analizando constituye una extralimitación no contemplada, en modo alguno, en la inicial regulación del mentado derecho de uso, que contemplaba, como únicos beneficiarios del mismo, a la madre y a los hijos, dándose, además, la circunstancia de tratarse de una vivienda de exclusiva titularidad del otro progenitor.
Y la SAP Valencia 20 julio 2015 (Roj: SAP V 3554/2015 - ECLI:ES:APV:2015:3554) entiende que el supuesto de hecho es posible causa de extinción del derecho de uso, por implicar un cambio sustancial de las circunstancias

Se puede resumir la doctrina del TS en lo siguiente, según Manzano Fernández[42]:

"Primero: La presencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus del domicilio familiar. Evidentemente, no se cercena el derecho de establecer nuevas relaciones de pareja tras el divorcio, pero esa nueva relación no puede actuar en contra del progenitor no custodio, porque tiene influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, porque se introducen elementos de valoración que primitivamente no se tuvieron en cuenta.

Segundo: El interés del menor es una suma de distintos factores. Para evitar la desestabilización del niño no es solo primordial mantenerlo en el mismo ambiente, sino una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos.

La doble ubicación de los progenitores comporta una serie de gastos cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio, en especial para las economías más débiles. Si es posible atender al interés del menor con una vivienda alternativa y valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, deben respetarse todos los intereses legítimos concurrentes.

Tercero: El derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Se mantiene en tanto la vivienda conserve el carácter de familiar, pero se pierde cuando el inmueble no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial."

Según Berrocal Lanzarot, "El derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye, se mantiene o se modifica atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, que, pueden suponer una variación de las que sirvieron inicialmente para su atribución, lo que determina una eventual modificación de la medida, como es que se haya perdido el carácter familiar por la existencia de un nuevo núcleo familiar distinto al inicial, sobre cuya existencia se determinó la medida"[43].

Todo esto al objeto de evitar situaciones de abuso del derecho, pues 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[44].

42 Manzano Fernández, M. M.: *Titularidad y atribución,* cit., p. 1791.

43 Berrocal Lanzarot, A.: "La extinción",cit., p. 2022.

44 Cuena Casas, M..:"Uso de la vivienda",cit., p.19.

Siguen el mismo criterio STS posteriores, de 29 de octubre[45] y 18 de diciembre de 2019.

En base a esta nueva tendencia jurisprudencial, no faltan autores que solicitan una previsión legal expresa de esta situación (tal y como ya hace el CCCat) a través de la modificación del art 96 CC[46].

En concreto, sería conveniente fijar de forma normativa la necesidad de fijar un plazo de duración de este derecho, configurándolo como un derecho de naturaleza temporal (si bien, no obsta a esta circunstancia que pueda constituirse con carácter vitalicio)

También es necesario proceder su clara configuración como derecho real inscribible (si bien con matizaciones derivadas de su carácter familiar), separando la inscripción de este derecho de la inscripción de la limitación de disponer contenida en el art 96 CC, cuya modificación no ha provocado sino una mayor confusión al respecto.

Por último, el citado artículo debería recoger como causa de extinción de este derecho la modificación de las circunstancias base que dieron lugar a su constitución.

45 Ramón Fernández, F.: "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas",*Revista Boliviana de Derecho*, 2020, núm. 30, p. 100.
Comenta la autora la STS 29 octubre 2019 (Roj: STS 3489/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3489), la cual reiteró la doctrina anterior indicando en su FD 3º que: "debemos declarar que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relaciónafectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50%del préstamo hipotecario. (...) la vivienda familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla".

46 Yzquierdo Tolsada, M.: "La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar", en AA.VV.:*Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. M. Yzquierdo Tolsada), 2018,p.173.

BIBLIOGRAFÍA

Berrocal Lanzarot, A. I.:"Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2017, vol. 93, no 762, pp. 1964-2005.

Berrocal Lanzarot, A. I.:"La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95, no 774, pp. 2002-2042.

Chaparro Matamoros, P.:"Comentario a la STS núm. 34/2017, de 19 de enero (RJ 2017, 274), relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos",*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, feb. 2017, IDIBE, núm. 6.

Cuena Casas, M.:"Régimen jurídico de la vivienda familiar", en *Tratado de Derecho de la Familia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 287-492.

Cuena Casas, M.:"Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario",*Revista de Derecho civil*, 2014, vol. 1, no 2, pp. 9-39.

De La Iglesia Monje, M. I.:"El uso de la vivienda familiar como compensación del derecho de alimentos. Los hijos menores y mayores con discapacidad:(art. 96 CC y su relación con el art. 149 CC)",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, vol. 98, no 790, pp. 1065-1081.

De La Iglesia Monje, M. I.:"Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, vol. 88, no 733, p. 2836-2851.

Fernández Chacón, I.; Gago Simarro, C.:"Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, no 788, pp. 3369-3441.

García García, J. M.:*Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 8ª ed., Ed. Civitas, Thomson Reuters, 2014.

García Mayo, M.:"El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 CC",*Revista de Derecho Civil*, 2021, vol. 8, núm. 3, p. 187-221.

Gallardo Rodríguez, A.:*Controversias en torno a la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*. Wolters Kluwer España, 2020.

Goñi Rodríguez De Almeida, M.:"La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad",*Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, 2008, vol. 84, no 710, p. 2518-2524.

Manzano Fernández, María del M.:*El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

Manzano Fernández, M. M.:"Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar:(problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, vol. 95, no 774, p. 1779-1806.

Minero Alejandre, G., et al.:"Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisiscrítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2020, no 42, p. 133-168.

Ramón Fernández, F.:"La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas",*Revista Boliviana de Derecho*, 2020, no 30, p. 100-121.

Sainz-Cantero Caparrós, M. B.:"La conveniencia de atribuir el uso de vivienda familiar ex art. 96 como arrendamiento forzoso, particularmente cuando está hipotecada", en AA.VV.: *La vivienda familiar ante los retos de la crisis* (dir. S. Calaza López, A. Donado Vara, F. Yáñez Vivero), Dykinson, 2022, pp. 209 - 225.

Santos Morón, M. J.:"La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge- evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma",*Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. 1, no 3, pp. 1-36.

Sifre Puig, R. F.:"La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte",*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2021, vol. 97, no 783, p. 135-221.

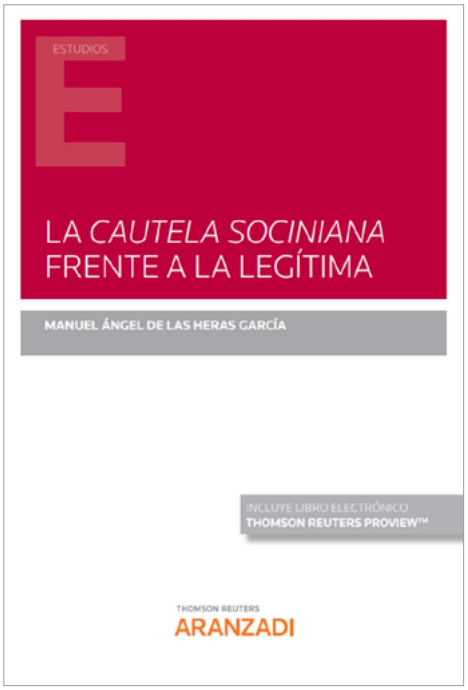
Tamayo Carmona, J.A.:"¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?", 2011. Disponible online en: https://roderic.uv.es/handle/10550/35971

Ureña Carazo, B.:"Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)",*La Ley Derecho de Familia- Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015, no 6, pp. 7-24.

Yzquierdo Tolsada, M.:"La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar", en AA.VV.:*Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. M. Yzquierdo Tolsada), 2018, p. 165-173.

RECENSIONES

De las Heras García, M. A.: *La cautela sociniana frente a la legítima,* Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 272 pp.



Resulta innegable que el extenso campo que abarca el ordenamiento sucesorio y, en particular, la regulación contenida en el Código civil demanda, al igual que en otras parcelas, determinados reajustes acordes con las notas definitorias de la actual realidad social. Una de las mayores concepciones jurídicas en alza relativas a la persona no es otra que su autonomía (ya se quiera calificar de privada, individual o, incluso, personal tal como aparece referida en repetidas ocasiones, entre otra normativa, en la Ley 8/2021, 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica) concurriendo la paradoja de no hallar fácil justificación algunas de las tradicionales restricciones legales impuestas al *ius disponendi* del causante -en concreto, a su autonomía testamentaria corolario, al fin y al cabo, de su autonomía individual- entre las que sobresale, por supuesto, el sistema legitimario o de legítimas en vigor que -con base en vetustas raíces, diversa argumentación y modulado en mayor o menor medida- todavía pervive positivado en el Código civil pese al transcurso de ciento treinta y cuatro años desde su promulgación. Frente a tal panorama una de las eventuales soluciones para procurar auspiciar una superior libertad y autonomía del testador a la hora de disponer de los bienes hereditarios no la constituye sino la cautela Socini o sociniana.

Sobre el autor de la presente monografía valga acentuar que es profesor contratado doctor del Departamento de Derecho civil de la Universidad de Alicante contando, hasta la fecha, con cuatro quinquenios docentes y dos sexenios de investigación (siendo también parte integrante de los Grupos de Investigación en materia de Responsabilidad Civil y Discapacidad y Familia) debiéndose resaltar, además, su anterior faceta práctica al haber desempeñado durante diversos años las funciones propias de la Abogacía y luego de la Judicatura. Su aportación comienza con una sucinta introducción en la cual viene a dilucidar, entre otras, la expresión «persona en situación de discapacidad» a la luz de la nueva normativa desvelando a continuación las principales directrices adoptadas en cada uno de los tres capítulos que comprende esta contribución sustentada, sobre todo, en sólidos argumentos provenientes de la doctrina francesa, italiana y, desde luego, española.

Aborda el autor en el primer capítulo algunas nociones básicas sobre la sucesión *mortis causa* en aras a evidenciar que entre los rasgos característicos del Derecho de sucesiones, al igual que sucede con cualquier otro sector del ordenamiento, no se encuentra el de su constancia o inmutabilidad atendiendo también al dato objetivo -como antes indicaba- de que el Código civil fue confeccionado a finales del siglo XIX y que la moderna realidad social apenas admitiría algún cotejo con la de entonces no sorprendiendo, por tanto, que distintas necesidades sociales de hoy atinentes, en especial, a la sucesión testada no hallen la correspondencia debida con las soluciones prevenidas por el citado Código ni siquiera -a criterio del mismo autor- con la plausible Propuesta de Código civil elaborada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho civil. Bajo tal perspectiva se analizan el fenómeno sucesorio y la ley que le resulta de aplicación conforme con lo dispuesto en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 4 julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; también son examinadas las cuatro fases en las cuales se estructura cualquier sucesión *mortis causa*, los postulados básicos en los que aparece fundada y su fundamento mismo verificando, al hilo de ello, una singular crítica a la justificación y heterogénea subsistencia en nuestro país del tributo destinado a las sucesiones y donaciones contemplado aún en la Ley 29/1987, 18 diciembre, que se viene aplicando de manera bien distinta dependiendo de la específica comunidad autónoma en que nos encontremos. Tras distinguir las clases de sucesión *mortis causa* acentúa el autor el reconocimiento de la sucesión voluntaria contractual en las diferentes Compilaciones forales y en la mentada Propuesta de Código civil, al contrario de cuanto acontece en el Derecho común, brindando ciertas notas acerca de la sucesión legal y la extraordinaria o especial (esto es, regulada fuera del Código civil) al objeto de centrar su estudio en la sucesión testamentaria (con

una breve alusión, incluso, a la llamada «sucesión testamentaria digital») y sus restricciones de entre las cuales sobresale (al margen de las prohibiciones legales, la reserva troncal, el derecho de retorno y la reserva vidual) el sistema de legítimas o legitimario susceptible de contradecir aquél célebre aforismo referido a que la voluntad del testador constituye ley de la sucesión (o, en otros términos, *dicat testator et erit lex voluntas eius*).

Sobre la inflexibilidad de la legítima, contemplada en el Código civil como primordial limitación o freno a la libertad de disposición del causante, versa el capítulo segundo donde se estudian, entre otros extremos, su propio concepto, los beneficiados por ella, su *quantum,* la que parece ser la sempiterna cuestión referida a cuál sea su auténtica naturaleza jurídica y, desde luego, la sólida protección que le dispensan otras instituciones como la preterición o la desheredación concluyendo el autor que, a tenor de la configuración legal y el tratamiento jurisprudencial dispensado a esta última, tal vez pudiera mantenerse la existencia de un principio no positivado que respondería a la fórmula: *in dubio pro desheredado*. Después de estudiar la doble vertiente, cuantitativa y cualitativa, de la denominada intangibilidad de la legítima el autor analiza, con relación a la primera, las acciones de protección y la salvaguarda patrimonial que el art. 822 del Código civil (sobre donación o legado del derecho de habitación en conjunción con la legítima) concede a las personas con discapacidad vislumbrando, en cuanto a la segunda vertiente señalada, la regla del pago de la legítima *in natura,* sus excepciones y la interdicción general establecida al testador por el art. 813, párrafo segundo, del Código Civil a fin de que se abstenga voluntariamente de gravar la legítima. Es en este propio capítulo segundo donde también contrapone el autor las dos principales tendencias doctrinales que, respectivamente, se decantan por incrementar el *ius disponendi* del testador en el ámbito del Derecho común reduciendo el importe de las legítimas o, incluso, suprimiéndolas destacando los factores caracterizadores de la realidad social contemporánea y ofreciendo, *de lege ferenda*, su particular concepción con mención a los cuerpos legales más modernos (entre otros, la Ley Orgánica 3/2021, 24 marzo, de regulación de la eutanasia).

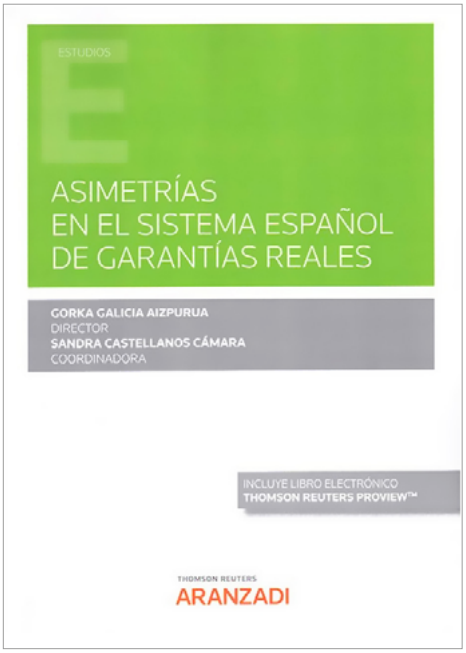
Finaliza esta obra con un tercer capítulo dedicado a la cautela Socini inclinándose el autor por iniciarlo ofreciendo la noción misma de cautela, en general, y el ulterior aparecimiento de las llamadas, en palabras de VALLET DE GOYTISOLO, «cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima» que constituyen la categoría donde, en la inmensa generalidad de ocasiones, se viene incluyendo aquélla de manera que esta específica especie o clase señalada por VALLET se ha emparejado ahora con el género de cautelas al que se adscribe y del cual procede. Después de examinar las dos primordiales significaciones de la cautela sociniana, la extensa y la reducida, advierte el autor que hoy predomina su concepción amplia en la mayoría de la doctrina científica, en los pronunciamientos jurisprudenciales

más recientes emitidos al efecto e, incluso, en cierta legislación foral, abordando seguidamente la concreta génesis de la cautela Socini, sus antecedentes y la posterior proyección que ha tenido en los sistemas francés (art. 917 del *Code civil*), italiano (art. 810.1 del *Codice civile* de 1865 y art. 550 del vigente) y español (art. 820.3º del Código civil), así como los tipos o variantes que podría llegar a revestir (es decir, cautela expresa, cautela tácita y cautela legal) tratando el autor de determinar el alcance de cada una diferenciando, en particular, la variante expresa de la opción legal recogida en el art. 820.3º del Código civil. Una vez reconocida y confirmada la validez de la cautela Socini son examinados sus presupuestos (que aparecen ordenados en personales, reales y formales), su persistente utilización en el marco del Derecho sucesorio y el régimen propio que le ha sido establecido en la esfera de algunos derechos especiales o forales (en concreto, en el balear, catalán y aragonés) recogiendo finalmente el autor un breve compendio de las conclusiones alcanzadas más relevantes entre las cuales merece acentuar su recomendación final referida al empleo de la cautela Socini en aras a sortear la abusiva y acorazada intangibilidad de la legítima en su aspecto cualitativo.

En definitiva, nos encontramos ante un análisis que aborda una materia de considerable relevancia en el ámbito sucesorio y que ha sido objeto de numerosas modificaciones normativas constituyendo, sin lugar a duda, un estudio monográfico de referencia que no viene sino a arrojar luz dentro del actual debate relativo a la conveniencia o no de mantener el longevo sistema legitimario y, sobre todo, de la cautela examinada recomendando, precisamente por ello, su lectura que resultará de incuestionable interés tanto para los estudiosos como para los prácticos dedicados a esta parcela del Derecho privado.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Galicia Aizpurúa, G. (dir.) y Castellanos Cámara, S. (coord.): *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 683 pp.



1. «*Asimetrías en el sistema español de garantías reales*»: este es el sugerente título de la obra colectiva dirigida por el Dr. Gorka Galicia y coordinada por la Dra. Sandra Castellanos, y que a lo largo de una decena de capítulos nos presenta, con cuidadosa confección y maestría técnica, un detenido y meditado estudio sobre ciertos institutos caucionales que, bien por la lectura que hace de ellos la jurisprudencia, bien por la aquiescencia del legislador, someten a los principios jurídicos clásicos del modelo español de garantía real –los consagrados en el Código Civil y la Ley Hipotecaria– a un intenso desgaste y exceptuación, a tal punto que dicho sistema deba ser tachado en el panorama actual, necesariamente, de *asimétrico*. Y es que la irreflexiva admisión en su seno de las figuras de garantía que en este estudio se analizan (o de ciertas interpretaciones respecto a su naturaleza) ha resultado, según denuncia el Dr. Galicia desde la misma presentación de la obra, en un conjunto «heterogéneo, amorfo y contradictorio», por erigirse tales clases de cauciones sobre bases jurídicas que lo alejan de su tradicional inspiración *formalista* para desviarlo hacia un modelo de corte *funcionalista*, claramente antitético al anterior y que quebranta sus pilares fundamentales.

Así pues, que no le pille de sorpresa al lector –el propio director de la obra ya se lo advierte desde un inicio–: no es esta una lectura cómoda, pues, lejos de

redundar en la *communis opinio* y de ceñirse a transitar por descansados lugares comunes, sitúa al lector contra las cuerdas y lo pone de frente –acompañándolo en el camino con un análisis técnico impecable– a una cruda realidad: el sistema actual de garantías reales español adolece de graves inconsistencias e incoherencias normativas, así como de numerosos dilemas cerrados en falso por la jurisprudencia, que hacen tambalearse los cimientos mismos de este primordial sector jurídico. En estas circunstancias, en las que se hace absolutamente necesario que el legislador español decida –como le conmina el director de la obra– «de una vez por todas qué dirección toma en la encrucijada entre "formalismo" y "funcionalidad" de las garantías reales», los autores de los trabajos que componen este estudio aportan elementos de juicio y bases jurídicas sólidas sobre las que aquel pueda tomar una decisión fundada.

2. En efecto, de todo lo previamente expuesto tratan de dar cuenta los ocho coautores de la obra, quienes, a lo largo de más de medio millar de páginas, se dedican al examen y valoración crítica de diversas e intrincadas cauciones que bordean e incluso trascienden los límites del modelo tradicional español de garantía real –singularmente, de la venta en garantía, el *leasing* mobiliario, la reserva de dominio, las garantías financieras, la prenda de créditos dinerarios y de créditos futuros, el derecho de retención, la hipoteca recargable y la hipoteca flotante, así como de otras cuestiones relacionadas que completan el debate (como los precedentes ius-históricos de la Ley Hipotecaria o la naturaleza de la realización notarial de bienes hipotecados)–, acometiendo para ello un cuidadoso análisis de su régimen jurídico en el que se ha puesto la mira en todo momento en cuál sea su genuina esencia.

Ahora, que no piense el lector que va a encontrar aquí una mera adición de estudios individuales e inconexos, pues se trata esta de una verdadera obra *colectiva*, en todo su significado: cada uno de los capítulos que la integra se halla ligado por una línea argumental y metodológica perfectamente estructurada y definida, que dota de unidad al estudio y lo convierte en una obra *plena*, derivada de un verdadero esfuerzo colectivo, cuyos resultados globales no pueden asimilarse cabalmente sin la necesaria suma de cada una de sus partes.

3. Se trata, además, de una obra *completa*, pues no se conforma con abordar el problema detectado desde una restringida perspectiva mobiliaria o inmobiliaria, sino que atiende por igual a ambos sectores, a los que dedica cada una de las dos partes en que se divide el estudio; constatando así que el cambio de paradigma advertido es tal, precisamente, por acechar al sistema de garantías reales español en su totalidad, con independencia de la clase de objeto gravado.

4. Y es, por encima de todo, una obra inmensamente *técnica y bien pensada*, en la que los autores abordan con maestría y precisión cada una de las espinosas

cuestiones tratadas. Dominio técnico sobre este complejísimo sector al que, por otro lado, nos tienen acostumbrados tanto director como coordinadora, y que se ha visto justamente reflejado en el buen hacer de la obra –como botón de muestra y sin ánimo de exhaustividad, *vid*., entre los trabajos del Dr. Galicia, «Venta en garantía, simulación relativa y falta de causa (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 9 de junio de 2020)» (*Revista de Derecho Mercantil*, núm. 319, 2021, pp. 311 y ss.), «Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso» (*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2016, pp. 135 y ss.), *Fiducia, leasing y reserva de dominio* (Reus, Madrid, 2014), «La reserva de dominio y la resolución contractual» (en Carrasco Perera [dir.], *Tratado de la compraventa: Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 641 y ss.) y *Causa y garantía fiduciaria* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012); y de la Dra. Castellanos, «La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen» (*Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 4, 2022, pp. 7 y ss.), *Recargas y novaciones hipotecarias* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020), «Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil español» (*Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 168 y ss.) y *«La flexibilización del principio de especialidad en la hipoteca flotante»* (*Revista de Derecho Inmobiliario*, *núm.* 1, 2018, pp. 179 y ss.), todos ellos de obligada consulta en la materia–.

5. Como se ha adelantado, la obra se compone de diez capítulos distribuidos en dos partes, cuya sistematización atiende al tipo de garantía –mobiliaria (parte 1.ª) o inmobiliaria (parte 2.ª)– tratada.

La parte primera, dedicada a las garantías mobiliarias, se abre con un primer capítulo consagrado al estudio de la venta en garantía («La venta en garantía en la jurisprudencia: simulación y anomalías causales»), cuya autoría corresponde al propio director de la obra, el Dr. Galicia Aizpurua. La apertura no ya de la primera parte, sino de la obra en su conjunto, con el examen de la venta en garantía es absolutamente coherente con el objetivo perseguido por aquella, pues los sistemas de garantía funcionalistas –y la mayor autonomía de la voluntad y libertad de movimientos en que aquellos se asientan– encuentran su máxima expresión, precisamente, en una amplia aceptación de la transmisión de la propiedad con finalidad de garantía, frente a las tradicionales reservas que contra dichos negocios suelen existir en los sistemas de carácter formalista. En este sentido, se torna esencial comenzar por determinar en qué medida resulta admisible (de serlo) dicho mecanismo caucional en el sistema clásico español de garantías reales. A tal fin, el Dr. Galicia toma como punto de partida la actual tendencia jurisprudencial a extender el tratamiento propio de los negocios relativamente simulados a la venta en garantía, y a partir de un examen de los pronunciamientos recaídos al respecto, denuncia cómo la jurisprudencia queda «atrapada entre dos mantras»: el de que la venta en garantía es, de un lado, un negocio simulado, pues en ella no es posible

hallar verdadera voluntad transmisiva, y el de que el negocio disimulado (el de garantía) es, de otro, válido en atención al principio de libertad de contratación, mas inapto para propiciar una plena y definitiva transmisión del dominio. A partir de ahí, el Dr. Galicia nos acompaña por las diversas aproximaciones teóricas que han experimentado los negocios fiduciarios *cum creditore* en el Derecho español, para detenerse en las enseñanzas del Prof. De Castro y terminar por denunciar la ínsita debilidad de la teoría de la titularidad fiduciaria y de las conclusiones a las que arriba la jurisprudencia mayoritaria: ni es cierto –apunta el autor– que las partes no quieran verdaderamente el negocio exterior de compraventa (si bien que desempeñando una función más limitada que la que típicamente le corresponde), ni se justifica en ningún momento por qué la finalidad de garantía carece de virtualidad transmisiva del dominio en nuestro ordenamiento. La explicación técnica a este último interrogante nos la da, de hecho, el propio Galicia, cuando en las páginas siguientes nos conduce por el intrincado concepto de «causa» contenido en los artículos 1261.3.º y 1274 CC, en cuya aplicación llega a concluir, con muy buenos y variados argumentos, que la obligación asumida por el fiduciante –y, por derivación, el propio negocio fiduciario– es *nula* por no satisfacer el requisito causal impuesto por el artículo 1274 CC –leído este, no como la exigencia de un porqué de la contratación de la obligación, sino como un límite del ordenamiento a la autonomía privada de los contratantes en la creación de obligaciones convencionales atributivas que comporten un empobrecimiento para el deudor y un correlativo enriquecimiento para el acreedor–. Mas, no conforme solo con eso, el Dr. Galicia adelanta otra posible razón –nos remite, para ello, a la explicación que él mismo desarrolla en el cuarto capítulo de la obra– para la nulidad de la fiducia en garantía en el ordenamiento español: la vulneración de la prohibición de pacto comisorio contenida en los artículos 1859 y 1884 CC, cuando la *ratio* de esta se sitúa, como el autor propone, en la salvaguarda de la capacidad de financiación del deudor con cargo al bien empleado como garantía.

6. Con tan enérgico comienzo, la obra pasa a continuación a detenerse en el examen de otras dos modalidades de propiedad en garantía que han ganado especial protagonismo entre las cauciones mobiliarias españolas: me refiero, por supuesto, al leasing financiero y a la reserva de dominio. Al estudio del primero se dedica el segundo capítulo de la obra (titulado «Leasing mobiliario y garantía»), cuya autoría corre a cargo de la Dra. Clara Asua González. En dicho capítulo, la Dra. Asua parte de una constatación respecto a la naturaleza de dicho contrato y la perplejidad que, en vista de ello, causa la opinión más generalizada en la doctrina y la jurisprudencia: el leasing es un contrato de financiación, mas, a pesar de ello, la *communis opinio* sostiene que la entidad financiera es la efectiva propietaria del bien; planteamiento que, como señala la autora, llama la atención que «no haya suscitado más debate en un sistema en el que se asume, con pocas voces discordantes, que, a salvo designio específico del legislador, el dominio no puede transmitirse en

función de garantía, y en el que precisamente por ello se ha recurrido a la idea de una titularidad fiduciaria». A partir de ahí, la autora pasa a ocuparse del asunto, acompañando al lector en un recorrido por las claves del criterio mayoritario, en el que presta especial atención a los condicionantes normativos –relativos a la causa de la obligación contractual atributiva y, en su caso, a la prohibición de pacto comisorio– que obstaculizarían detentar el dominio como garantía, para concluir que la «razón por la que es difícilmente discutible que en el leasing la propiedad le corresponda a quien financia es que el legislador ha dado sobradas muestras de que asume esa *concepción*. Si no, en buena lógica habrían de proyectarse sobre la operación las limitaciones que impiden la transmisión del dominio como garantía» –limitaciones que, según advierte, sí se habrían de aplicar al *lease-back*–. Desde esta perspectiva, la Dra. Asua denuncia la «fácil y temprana construcción de una suerte de *muro*, como si se trataran de dos cosas distintas, entre el leasing y la transmisión del dominio con finalidad de garantía», cuando, a decir de la autora, «una cierta *conciencia de la jurisprudencia sobre sí misma* hubiera requerido siquiera traer a colación la patente cercanía, y realizar un apunte de que, en ese caso, no se seguía el principio general. Aunque es cierto que semejante apunte hubiera demandado una justificación o razón (más allá del respeto a la autonomía de la voluntad) que resultaba francamente comprometida».

7. Algo similar acontece con la reserva de dominio –al menos, cuando esta es leída, como hace la jurisprudencia mayoritaria, a modo de condición suspensiva de la traslación del dominio–, a cuyo examen se dedica la Dra. Laura Sancho Martínez en el tercer capítulo de la obra, titulado «La reserva de dominio típica en el ordenamiento español: inconsistencias normativas y consideraciones sobre su configuración». En dicho estudio, la autora parte de la caracterización del contrato de venta a plazos como negocio de financiación, para pasar a ahondar en la controvertida naturaleza del mecanismo de garantía por excelencia empleado en dicha clase de operación: el pacto de reserva de dominio. A tal fin, la autora delimita las principales teorías que enmarcan el debate científico sobre el pacto estudiado, para a continuación examinar, con carácter sistemático y en consideración de cada uno de los de los diversos planos jurídicos –sustantivo, procesal y concursal– en que dicha figura se manifiesta, los datos normativos que la rodean, con el objetivo de tratar de obtener una imagen holística de lo que la cláusula de reserva ha venido a representar para el legislador en nuestro ordenamiento interno. Abriéndose paso por las múltiples lagunas, antinomias e inconsistencias que afectan a dicha figura, la Dra. Sancho concluye, a partir de un análisis detenido de los preceptos implicados, no solo que el bien objeto de reserva forma parte del patrimonio del comprador reservatario, sino que la eficacia de dicha cláusula en las hipótesis de impago consiste en un *ius distrahendi* provisto de privilegio prendario y reipersecutoriedad; es decir, que el ordenamiento español configura la reserva de dominio tipificada legalmente como una figura de contenido equivalente a un

derecho real de garantía en cosa ajena. No obstante, aunque la autora destaca que, observada en perspectiva de sistema, el legislador ha acertado a dotar a la cláusula de reserva de una configuración que evita una inicua despatrimonialización del deudor, también advierte de la existencia de ciertos datos positivos –en especial, el poder de recuperación del artículo 150.2.º TRLC– que, resultado del influjo de la que viene siendo posición jurisprudencial mayoritaria, aproximan dicha figura hacia una concepción dominical; configuración esta última de la reserva de dominio que, conforme argumenta ampliamente la autora, debería ser rechazada, por no representar, en puridad, más que un negocio fiduciario *cum creditore*, difícilmente incardinable bajo los principios que rigen el modelo español tradicional de garantía real. En este sentido, la Dra. Sancho concluye que «una interpretación integrada de la reserva de dominio típica, respetuosa con los principios que inspiran nuestro sistema jurídico, debería pasar por que el reservista fuese tratado, sin más, de manera equivalente al acreedor dotado de una garantía real en cosa ajena con el contenido propio de un derecho de realización del valor (*ex* arts. 16 LVPBM y 270.4.º TRLC), y que tanto el legislador como el intérprete tomasen plena conciencia de esta naturaleza, de forma que otros efectos legales (como la posibilidad de recuperar el bien reservado previa resolución del contrato dentro del concurso –art. 150.2.º TRLC–) e interpretaciones (que exista espacio para una reserva atípica configurada como una plena retención de la propiedad) fuesen rechazados, por alejar a la reserva de dominio típica de su configuración como un derecho real de garantía en cosa ajena y aproximarla a una propiedad en garantía de fundamentos y contornos seriamente discutibles».

8. A continuación, en el capítulo cuarto, el Dr. Gorka Galicia alude nuevamente a la problemática de la transmisión de la propiedad en garantía con motivo de la inspección del régimen creado *ad hoc* para las garantías financieras en el RDL 5/2005; mas la cuestión esencial que ocupa su específico interés es, en esta ocasión, la prenda de créditos dinerarios y, más concretamente, el examen relativo a si su "natural" ejecución por apropiación vulnera o no el principio de interdicción de pacto comisorio, como da cuenta la propia rúbrica del capítulo («Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano [o por qué el Código Civil no reguló la prenda de créditos]»). A tal fin, el Dr. Galicia realiza un recorrido por la evolución normativa –desde su preterición en el Código Civil hasta su consagración en el RDL 5/2005– y jurisprudencial de la prenda de créditos, para pasar a delimitar los aspectos esenciales de la disciplina que le es aplicable, y llamar la atención sobre el brutal contraste entre su régimen ordinario y el establecido por el RDL 5/2005 para las garantías financieras –normativa esta última que sienta una serie de cruciales excepciones a los principios sobre los que tradicionalmente se ha erigido el sistema español de garantías reales–. En el examen realizado, el Dr. Galicia pone de manifiesto cómo doctrina, jurisprudencia y legislador –este último, en relación con las garantías

financieras– consideran con carácter generalizado que la ejecución de la prenda de créditos dinerarios mediante su ejercicio y cobro por el acreedor pignoraticio no conculca la prohibición de pacto comisorio, en la medida en que se respeta la proporcionalidad entre la sujeción del valor del bien objeto de la garantía y el importe de la deuda. Sin embargo, el autor, tras poner en evidencia las importantes paradojas sistemáticas de las que adolece tal fundamento de la interdicción –el consistente en la proporcionalidad ejecutiva de la garantía–, detecta una posible explicación adicional a su existencia, que se alinea con las preocupaciones que guiaron al legislador decimonónico en la ordenación de las garantías reales: la salvaguarda de la capacidad de endeudamiento del sujeto gravado en relación al bien dado en garantía. Localizada esta *ratio* adicional de la interdicción, el Dr. Galicia extrae una serie de derivadas de extraordinario alcance: toda transmisión fiduciaria en garantía vulnera la referida proscripción desde su misma constitución, la razón identificada en orden a la prohibición del pacto comisorio no desaparece en su versión «marcianizada», y «el modo de realización de la prenda de créditos generalmente aceptado por doctrina y jurisprudencia, amén de hacer ilusoria la constitución de prendas sucesivas, supone conculcación de la prohibición de pacto comisorio *ex* artículo 1859 CC (…) no porque genere un desequilibrio patrimonial *inter partes* (entre pignorante y acreedor pignoraticio), sino porque impide destinar la parte de crédito superflua o no necesaria para el aseguramiento de este último a la obtención de más financiación. De ahí que el legislador, consciente del problema y del sinsentido de reconducir la ejecución de esta clase de prenda al procedimiento previsto en el artículo 1872 CC, decidiera no regularla, lo que, de paso, le liberó de la obligación de reconocerle privilegio alguno y le permitió preservar la entera riqueza crediticia del deudor bajo el paraguas de la *par conditio».* Todo lo cual conduce al autor a proponer, a fin de superar el alto grado de incoherencia alcanzado en esta materia, retornar al modelo del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, en el que se aceptaba la apropiación comisoria en sede de prenda (con posible salvedad, en cualquier caso, de las prendas derivadas de contratos con consumidores), además de admitir expresamente los derechos de crédito como objeto de esta.

9. La obra continúa, en el capítulo quinto, con el estudio titulado «La extensión de la prenda a los créditos futuros en la ingeniería financiera», en el que el Dr. Mikel Karrera Egialde pone en evidencia *cómo* la capacidad funcional del mercado financiero discurre por las pretensiones de neutralizar cualquier eventualidad que ponga en riesgo la recuperación del crédito concedido. Para ello, la ingeniería financiera se aleja de los tipos de garantía regularizados y crea mecanismos de garantía moldeables para ser formalizados en masa y resistir frente a otros operadores (acreedores) económicos; fenómeno en el que, a decir del Dr. Karrera, se insertan las prendas irregulares y globales que llegan a alcanzar a los derechos de crédito futuros. No obstante, esta vigorización del aseguramiento mobiliario

sobre el derecho de crédito debe confrontarse con los límites normativos anclados al principio de seguridad jurídica y a los principios estructurales de los derechos reales de garantía. Así, si bien el juego de la autonomía de la voluntad viabiliza las configuraciones atípicas, estas quedan siempre sometidas a los criterios y fundamentos de orden público que marcan los límites de la extensión del objeto pignorado. Especiales dificultades afloran –continúa el Dr. Karrera– cuando la práctica aglutina mecanismos de sobreaseguramiento y la realización del valor del derecho de crédito cedido se topa con la prohibición del pacto comisorio. Conflictos que ponen en cuestión los soportes estructurales en que la ingeniería financiera asienta la garantía prendaria (ómnibus) de las obligaciones futuras (global) por la ausencia de limitaciones legales expresas a la libre configuración de la prenda, a la divisibilidad de la prenda cuando se pignoren diversos créditos y a la pluralidad de bienes gravados en prenda. La licitud admitida sobre la obligación futura determinada o determinable por criterios objetivos es muy insegura, añade el autor, cuando recae sobre un conjunto de obligaciones o créditos futuros que pretenden asegurar un crédito más allá de la originaria relación jurídica que provoca la garantía, sobre todo por las incertidumbres e implicaciones que se derivan en dirección a la posición de los terceros.

La extensión de la prenda a los créditos futuros en la ingeniería financiera constituye, según explica el Dr. Karrera, un síntoma cierto de la desmaterialización dinámica y continuada del objeto del derecho real de prenda que, actualmente, se ubica sobre bienes intangibles y por determinar. Ello obedecería, en su génesis, a la evolución económica de la financiación de los sectores productivos que transita de un modelo basado en la propiedad inmobiliaria (hipotecaria) a otro apoyado preferentemente en el crédito (confianza o expectativa) de que se dispone y sobre la que pivotará la financiación y su consiguiente garantía. El viraje de la economía tradicional de lo productivo hacia lo meramente financiero traslada el acento a la generación de beneficios mediante ingenierías diversas, no solo económicas, sino también jurídicas en el campo de las garantías, para reducir el riesgo de insolvencia del deudor que afronta el cumplimiento de las obligaciones garantizadas. En esta era de las finanzas que aprovecha los movimientos del capital como apuestas de futuro –afirma el autor– se busca seguridad (económica y jurídica) sobre ese futuro, y se agranda la importancia y trascendencia de la información crediticia del deudor y del derecho de crédito, e incluso de su expectativa, como garantía real de las operaciones de financiación. Sin embargo, los principios de configuración voluntaria de los derechos reales de garantía mobiliarios se enmarcan en una ordenación estructural que opera a modo de última frontera que las garantías mobiliarias no pueden superar. Con todo, el Dr. Karrera apunta que las disposiciones normativas tienden a regular mecanismos específicos atendiendo a los bienes que los operadores pretenden hacer valer por su fácil liquidación, sin fijar linderos universales y estables de la prenda mobiliaria

que delimiten su verdadero alcance *erga omnes* en defensa de los intereses del propio deudor y de los terceros. Efectivamente, el sistema diseñado a retales y aplicado a voluntad del financiador evidencia una falta de concordancia con los fundamentos de los contratos de constitución de garantías reales y con la esencia misma de la prohibición del pacto comisorio articulado para preservar la capacidad crediticia del deudor en lo que no le haga falta al titular de la prenda. De ahí la necesidad de plantear, en opinión del Dr. Karrera, las disposiciones concordantes en la priorización de las garantías mobiliarias presentes y acaso futuras, no solo en las situaciones concursales, sino también en la realización del valor de la prenda en el marco ordinario de relaciones crediticias.

10. El análisis de las garantías mobiliarias a que se dedica la primera parte de la obra concluye con el examen del derecho de retención en el capítulo sexto, titulado «El derecho de retención en el Código Civil: análisis de su regulación y reconstrucción jurídica», cuya autoría corresponde a la Dra. Irantzu Beriain Flores.

Partiendo de que Código Civil no recoge una regulación sistemática del derecho de retención en la que se definan su finalidad, naturaleza y características más esenciales, y que tampoco parece haber sintonía a la hora de concretar los supuestos en que opera, el estudio busca conectar la finalidad de dicho derecho con las medidas existentes en el ordenamiento español para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, en general, y con su sistema de garantías reales, en particular, a fin de determinar su naturaleza jurídica y eficacia. A tal objeto, la autora emprende un detenido estudio de dicha figura, en el que trata de delimitar sus rasgos conceptuales y presupuestos estructurales característicos, deteniéndose en el análisis detallado de cada uno de los distintos supuestos regulados en el Código Civil. La Dra. Beriain destaca que, como elemento común a todos ellos, «en el momento en que confluyen los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención, su titular ya es poseedor del bien que, obligado a restituirlo, puede retener a su favor hasta el pago de una determinada obligación. *Posesión* y *restitución* son, pues, los dos elementos que, junto con la *obligación* que se pretende garantizar, concurren en todos los supuestos legales. En lo demás, cada cual reúne una serie de características propias, y sólo algunas veces parcialmente comunes». La finalidad del derecho de retención reside, según destaca la Dra. Beriain, en garantizar el crédito de su titular, aprovechando para ello la posesión del bien a favor del acreedor, y excepcionando, a su vez, su obligación de restituir. En este sentido, el mecanismo con el que cuenta el acreedor para proteger su crédito es la legitimidad para oponerse al cumplimiento de la obligación de restituir por medio de la retención del bien: «la ventaja que ofrece a su titular es la de facilitar la preservación del patrimonio del deudor, añadiendo al derecho de crédito una facultad (la posesoria) que de por sí no tiene». A ello debe añadirse, como destaca la autora, el carácter privilegiado de los créditos que este

derecho garantiza, de suerte que «cuando ambos mecanismos se yuxtaponen, la garantía de cobro es aún mayor, como consecuencia de la posesión que el acreedor mantiene por efecto del derecho de retención». No obstante, la Dra. Beriain concluye que en ningún caso puede afirmarse que el retenedor es titular del *ius distrahendi*; y su eficacia frente a terceros habrá de definirse, caso por caso, atendiendo a las circunstancias. En cualquier caso, la autora subraya que todo lo que se afirme sobre el derecho de retención depende, en gran medida, del trabajo elaborado por la doctrina en torno a su contenido, pues el Código Civil establece los supuestos en los que se reconoce al acreedor este derecho, pero poco aporta sobre su naturaleza, contenido y eficacia. Ello le lleva a concluir que la viabilidad del derecho de retención como mecanismo de protección del crédito precisa de una obligada reforma.

11. Si la tensión advertida entre *formalismo* y *funcionalidad* es notoria, según ponen de manifiesto los capítulos recién descritos, en sede de garantías reales mobiliarias, otro tanto sucede en relación con la hipoteca inmobiliaria, como se argumenta en la segunda y última parte de la obra.

Esta se abre en el capítulo séptimo, con el estudio titulado «160 años de la Ley Hipotecaria, ¿una ley de consenso, radical y progresista?», de la Dra. Itziar Alkorta Idiakez. La Ley Hipotecaria de 1861 es, en palabras de la Dra. Alkorta, «la norma decana del ordenamiento jurídico español. Su indudable calidad técnica y el celo con el que ha sido implementada por parte de los registradores de la propiedad son notas que explican su longevidad». Además –añade la autora– «pese a las numerosas reformas de las que ha sido objeto, la doctrina sigue reivindicando la vigencia y actualidad de los principios hipotecarios que derivan de la norma fundacional». Pues bien, tomando como motivo su 160 aniversario, la Dra. Alkorta revisita algunos tópicos vigentes en su caracterización ius-histórica y propone la revisión de algunos de ellos. A tal efecto, la autora aborda, en primer lugar, el contexto socio-económico y político en el que se inscribe la reforma isabelina de la regulación hipotecaria, para pasar a examinar, a continuación, la cuestión de las causas que impulsaron la aprobación de la ley. En particular, la autora se plantea hasta qué punto se trató de una ley hipotecaria antes que una norma reguladora del registro de la propiedad; discute, también, la afirmación de que aquella fue una ley de consenso; y, asimismo, al respecto del debate sobre la inspiración germánica de la norma, revisa las aportaciones doctrinales más recientes, destacando en sus conclusiones la originalidad de aquella.

La Dra. Alkorta informa que la Ley Hipotecaria de 1861 respondió a la necesidad de establecer un nuevo sistema hipotecario que contribuyera a la movilización del crédito territorial y al asentamiento de la propiedad fundiaria, teniendo en cuenta la situación en la que se hallaba el crédito hipotecario y la publicidad registral en la

segunda mitad del siglo XIX. Una ley cuya longevidad ha puesto de manifiesto, según destaca la autora, que las opciones que se tomaron, aunque tardaron en poder ser aplicadas, fueron acertadas. La Comisión de codificación, que estaba convencida de la necesidad de implantar un sistema registral racionalizado y avanzado, era consciente del rechazo que habría de producir un ordenamiento registral apartado de la tradición castellana y que era percibido como un sistema copiado del Derecho extranjero. Es por ello que, separándose de la tradición germánica que concede carácter constitutivo a la inscripción, la Comisión de 1846 suprime los plazos y otorga a la inscripción el carácter de voluntaria, según concluye la autora. En opinión de la Dra. Alkorta, la originalidad de la ley hipotecaria española reside en el hecho de que, aplicando los principios de especialidad y publicidad no solo al derecho real de hipoteca sino también al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se confía en que, por su inscripción voluntaria en el registro público, y solo por ella, quedarían asegurados y consolidados los derechos frente a tercero. «Para justificar tal decisión, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria señalaba que, el Registro, como institución de terceros, "en nada debe interferir las obligaciones y derechos inter partes"». Según concluye la Dra. Alkorta, «desde esta base pudo el legislador de 1861 formular una regulación original en la que, sin inscripción (…) constitutiva y desde la idea de asegurar al adquirente de buena fe que confía en el Registro, fundamentar la protección registral».

12. A continuación, en el capítulo octavo, la Dra. Sandra Castellanos Cámara, coordinadora de la obra, pasa a ocuparse de una cuestión intrincada donde las haya, como es «La hipoteca inmobiliaria y su *recargabilidad*». Como informa la autora, la reforma introducida en el artículo 4 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha suscitado el debate en torno a la incorporación y admisibilidad en nuestro ordenamiento de lo que se ha dado en denominar como «hipoteca recargable»; es decir, la posibilidad de que el gravamen hipotecario «constituido en garantía de un préstamo, en el que el deudor ha restituido parte de lo prestado, pueda cubrir una entrega adicional de capital resultado de un nuevo convenio entre acreedor y deudor, hasta el límite cuantitativo inicialmente pactado, de tal forma que la ampliación quede asegurada por el gravamen inicial con el rango correspondiente al momento de su constitución, y ello, aunque existan acreedores intermedios (entre su inscripción y la posterior ampliación)». En un detallado análisis crítico de la figura, la Dra. Castellanos acompaña al lector, en primer lugar, en el recorrido evolutivo experimentado por aquella, desde su radical rechazo por las primeras resoluciones de la DGRN (hoy, DGSJFP), hasta el giro doctrinal absoluto acometido por las Resoluciones de 14 de mayo de 2015 y de 19 de septiembre de 2017, pasando por la deficiente reforma del artículo 4 previamente referido, cuya oscura letra se presta a las más variadas interpretaciones. Así, la autora exhibe cómo la Dirección General pasa en menos de una década de sostener que, en la reforma experimentada por el artículo 4, el

legislador se había limitado a reconocer la doctrina preconizada por ella –a saber, «que sin perjuicio de que *inter partes* pudiera operar la novación modificativa, frente a terceros debía entenderse que existían dos obligaciones distintas y, en definitiva, dos hipotecas, puesto que en ningún caso podía perjudicar a aquellos la pretendida extensión de la deuda»–, a aseverar que el citado precepto ha introducido en nuestro ordenamiento «"un nuevo modelo de hipoteca", consistente en "la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal –de un préstamo preexistente– con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única"». Con semejantes antecedentes, la Dra. Castellanos somete a examen profundo tal intelección de la norma propugnada por la Dirección General, desde una doble perspectiva, real y jurídico-obligacional: de un lado, la autora confronta la recarga tanto con los principios estructurales típicos del derecho de hipoteca –accesoriedad y determinación–, como con aquellos que informan el ordenamiento inmobiliario registral –singularmente, el principio de prioridad–, a fin de averiguar si aquella respeta o, por el contrario, contraviene tales pilares básicos. A tal objeto, la autora desciende a la esencia y fundamento mismo de tales principios, con la finalidad de delimitar su razón de ser en nuestro ordenamiento y, así, poder someter la recarga a firme valoración crítica. Pero, no conforme solo con ello, la autora se plantea, además, a nivel obligacional, si la premisa sobre la que descansa la propia construcción de la hipoteca recargable –a saber, que la ampliación de capital representa una "novación modificativa" del contrato de préstamo– resulta conforme con el régimen previsto para la novación en los artículos 1203 a 1213 del Código Civil; de suerte que la autora nos ofrece, asimismo, un hondo análisis sistemático de esta institución, con la mirada puesta en revelar su naturaleza.

Pertrechada de múltiples y solventes argumentos recabados en ambas vertientes jurídicas, la Dra. Castellanos alcanza en su estudio conclusiones de extraordinaria magnitud, que se sintetizan en la idea de que «el planteamiento que subyace tras la recarga constituye en realidad una falacia: ni cabe hablar de "novación modificativa" como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia, ni la "ampliación de capital" comporta una modificación del contrato de préstamo en que pretende enmarcarse, ni, en fin, cabe trasladar sin mayores consideraciones al plano del derecho real de hipoteca el acuerdo alcanzado *inter partes* respecto de la obligación garantizada, pues la hipoteca no puede medirse a través del metro que ofrece la "cifra de responsabilidad hipotecaria" como si se tratase de la mera reserva de un derecho de realización del valor por un importe igual a esa cifra». No obstante, advierte que el artículo 4 de la Ley de subrogación hipotecaria admite, en todo caso, una lectura alternativa, que no fuerza ni las características

estructurales típicas de la hipoteca ni los principios que consagra nuestro sistema registral, y que pasa por entender que «de entre las "modificaciones" que relaciona el art. 4.2, podrán quedar cubiertas por la hipoteca ya constituida aquellas que no produzcan un aumento de la cifra de responsabilidad (la "ampliación de capital" por regla general lo hará) o la ampliación en el plazo de la hipoteca. Aquellas que excedan de dichos márgenes serán inoponibles a terceros, salvo que presten su consentimiento y solo podrán quedar garantizadas mediante una carga postergada en rango en razón de dicho "incremento o ampliación". Pues, en fin, la remisión que el propio legislador realiza a la normativa hipotecaria vigente en materia de rango –y de su negociabilidad– (…) no hace sino reafirmar la idea de que, lejos de exceptuar el régimen vigente, verdaderamente lo confirma».

13. Al análisis de la hipoteca recargable le sigue el de otra modalidad hipotecaria que, como la anterior, propicia que las entidades financieras adquieran un monopolio o exclusiva sobre el deudor y sus bienes inmuebles, en una clara flexibilización de principios que se sitúa en la senda de los sistemas funcionalistas. Se trata de la hipoteca global o flotante, a cuyo estudio se consagra, nuevamente, la Dra. Sandra Castellanos en el noveno y penúltimo capítulo de la obra, que lleva por título «La hipoteca flotante y su *particular* régimen jurídico». La Dra. Castellanos retoma la reforma acometida mediante la Ley 41/2007 para centrar su interés, en esta ocasión, en la hipoteca flotante introducida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria; y a dicha figura y sus notas características dedica su examen, a fin de «contrastar hasta qué punto su especial naturaleza y régimen jurídico se cohonesta con los fundamentos de nuestro Derecho hipotecario». A tal objeto, la autora nos acompaña, primero, en un recorrido por las distintas hipotecas de seguridad o de máximo, en el que analiza al detalle la doctrina registral recaída al respecto de las mismas y su incidencia sobre los principios de accesoriedad y especialidad, y en el que pone en evidencia cómo la Dirección General se vio obligada a rechazar reiteradamente la inscripción de hipotecas que alteraban los principios que tradicionalmente habían inspirado la regulación de esta institución. Una vez extractadas las líneas maestras de la doctrina registral analizada, la Dra. Castellanos emprende un minucioso examen de la hipoteca flotante introducida en el artículo 153 bis LH y, junto a ella, de la flexibilización del mercado hipotecario impelida por el legislador.

Los resultados que la Dra. Castellanos alcanza en su estudio son, nuevamente, de formidable valor; y así, entre otras conclusiones, patentiza que la hipoteca flotante entraña una auténtica «subversión del orden jurídico establecido», que se acerca peligrosamente a la denominada «hipoteca de propietario», y de la que difícilmente puede sostenerse que cumpla con los principios básicos del sistema hipotecario español: en ella, «el derecho real solo es "accesorio" si el acreedor decide acudir a la fase ejecutiva ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones

que el deudor tenga contraídas, decidiendo en aquel instante "de qué" responde la garantía. En el ínterin, la hipoteca es una cesta con cabida potencial para muchos créditos pero que ninguno guarda por el momento; de ahí que la cesión de las obligaciones "cubiertas" (que no "aseguradas", *como si alguna diferencia hubiera*) se produzca independientemente de la hipoteca (en contra: arts. 1528 CC y 149 ss.) y que su pago (sean cuales fueren las circunstancias en las que se lleve a cabo) excluya en todo caso el efecto subrogatorio –es decir, la transmisión de la garantía para salvaguarda del crédito adquirido por el tercero que coopera con el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones–, restando toda virtualidad práctica a la institución (en contra: arts. 1210 ss. y Ley 2/1994). Y de ahí, también, que el pago de la deuda o deudas "eventualmente" garantizadas ninguna repercusión tenga en el derecho de hipoteca del acreedor, que se mantiene intacto e incólume, listo para ser utilizado "de nuevo"». En vista de ello, la Dra. Castellanos concluye que la hipoteca flotante «solo podría admitirse si previamente se reestructurase toda la dogmática de la hipoteca, aunque de dicha reestructuración sería, a buen seguro, corolario la admisión de la hipoteca de propietario. Téngase presente, por ello, antes de decantarse por alguna solución, el riesgo que entraña para el tráfico jurídico inmobiliario, no solo respecto de terceros adquirentes o titulares de otros derechos reales sino también desde el punto de vista del propio hipotecante; un riesgo cierto de hacernos retornar al que fuera punto de partida en la elaboración de nuestra primera Ley Hipotecaria, a saber: la incertidumbre e inseguridad jurídica, el aprovechamiento monopolístico de los recursos del deudor y, en fin, la inmovilización del crédito territorial».

14. La segunda parte de la obra –y, con ello, esta en su plenitud– se cierra con un décimo capítulo dedicado a la realización notarial de la hipoteca inmobiliaria, y que lleva por título «La realización notarial del bien hipotecado: análisis crítico del alcance constitucional de su naturaleza jurídica». El estudio, cuya autoría corresponde a la Dra. Leire Imaz Zubiaur, aborda la controversia relativa a la (in)constitucionalidad de la realización notarial del bien hipotecado. A tal fin, la autora acompaña al lector, en primer lugar, en un recorrido histórico en el que pone de manifiesto que la realización extrajudicial del bien hipotecado es un recurso milenario que comienza su andadura, en la República de Roma, como mecanismo protector de la posición jurídica deudora. Sin embargo, la autora informa que, llegado el siglo XX, y concretamente en la década de los noventa, un sector importante de la doctrina española y parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionan su constitucionalidad: vetan su calificación como *procedimiento extrajudicial de ejecución*, aduciendo la exclusiva competencia del poder judicial para "ejecutar", la vulneración del derecho fundamental de las personas deudoras a la tutela judicial efectiva y la transgresión de la obligada reserva legal por hallarse regulado en sede reglamentaria. La recalificación –explica la autora– de la realización notarial del bien hipotecado como *venta extrajudicial* tras

la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 parece aplacar los desacuerdos doctrinales y jurisprudenciales, ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. En opinión de la Dra. Imaz, pese a que en la vigente legislación sean numerosos los aspectos que deban ser mejorados en la regulación concerniente a la realización notarial del bien hipotecado, la vía extrajudicial es una herramienta jurídica «tan adecuada como la judicial, siempre y cuando la legislación vigente la dote de la calidad y seguridad necesaria para que la posición deudora no quede resentida más de lo que ya lo está». Así, no es tanto una cuestión de quién guía o supervisa la ejecución de un bien hipotecado –juez o notario– para que pueda operarse el cobro del crédito por parte del acreedor, sino de cuánto se protege el equilibrio de las partes, con independencia de qué órgano o entidad se encargue de preservarlo. Tal vez sea –concluye la Dra. Imaz– el «criterio de la cooperación entre los diversos agentes especializados y no la dialéctica de poder y de conflicto la que consiga dar con un nuevo sistema de ejecución hipotecaria que sea garantista, respecto de (todos) los derechos de la parte más vulnerable, a la vez que rápida y segura, en la satisfacción del crédito del acreedor».

15. En fin, la enorme trascendencia de las cuestiones tratadas, así como la magnitud y novedad de las conclusiones obtenidas y que acaban de ser expuestas, hacen innecesario insistir en lo evidente: que nos hallamos, sin atisbo de duda, ante una obra del todo recomendable. Una obra, en definitiva, técnicamente impecable, completa y de aguda crítica, que sin duda está llamada a convertirse en un imprescindible entre nuestros estudios de garantías reales; sector tan necesitado de una cuidadosa indagación doctrinal como la que esta es muestra.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

García Mayo, M.: *Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial*, Bosch (La Ley), 2023, 288 pp.

Es innegable que los pactos prematrimoniales son una realidad en nuestros días. De un tiempo a esta parte, el número de protocolos notariales referidos a este tipo de pactos son más abundantes, y así lo demuestra también la conflictividad cada vez más frecuente que se presenta en torno a los mismos, lo cual viene traducido en una jurisprudencia en la que se viene observando un crecimiento, pausado pero incesante, del número de sentencias que traen causa del incumplimiento de uno de estos acuerdos.

Entre el diverso contenido que puede formar parte de esos pactos, son de especial relevancia aquellos acuerdos con los que se pretenden prever las consecuencias de una futura e hipotética ruptura. Frente una conciencia social tradicional que venía considerando los pactos prematrimoniales como una muestra de desconfianza entre los miembros de la pareja, ahora parece venir imperando una actitud proclive de los novios –o los ya cónyuges- a acordar, en un momento de serenidad y confianza, las consecuencias de una posible nulidad, separación o divorcio, e iniciar, así, la relación, con la seguridad de qué pasará si sobreviene una crisis familiar.

Pese a que es una realidad este cambio de tendencia en nuestra sociedad, también lo es que el legislador aún permanece indemne ante esta situación. En derecho civil común no existe regulación alguna de los pactos prematrimoniales,

como sí ocurre, en cambio, en algunos derechos forales. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya venido admitiendo estos pactos. Sin embargo, pese a su admisibilidad, la falta de regulación de este instrumento se convierte en una fuente de dudas, problemas y conflictos alrededor de estos acuerdos.

Es por ello que se reputa imprescindible la labor de la doctrina, de los académicos, a fin de que, con los instrumentos con los que ya contamos en nuestro ordenamiento, se intente dar respuesta a los múltiples problemas que se suscitan, prestando especial atención al derecho de contratos y al derecho de familia. En ese "estado de necesidad" –de doctrina sobre la materia- surge esta monografía "Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial", obra del civilista Manuel García Mayo, Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Sevilla, y publicada por la prestigiosa editorial Bosch (La Ley).

Es, esta, una obra necesaria, en tanto que se trata de un tema, que, quizás, no había sido tratado hasta el momento con la profundidad que merece. En la mayoría de las ocasiones se ha venido tratando de una forma superficial, con ocasión de comentar alguna sentencia particular o a fin de comparar nuestra realidad con la existente en otros países o en determinados derechos forales. Sin embargo, la obra a la que nos venimos refiriendo es una apuesta atrevida por tratar el tema en profundidad a través de una minuciosa investigación jurídica.

Este cometido se lleva a efecto realizando un tratamiento de los pactos en previsión de crisis matrimonial desde el ámbito del derecho de los contratos y con la vista puesta en el derecho de familia. De esta forma, se divide la obra en cuatro partes.

En la primera parte, se aborda el concepto de pactos prematrimoniales, se hace un recorrido por los antecedentes de los mismos, su admisibilidad por parte de la jurisprudencia española, y se llega a una cuestión que –considero- esencial en esta investigación –como en cualquier otra- como es la naturaleza jurídica de estos pactos. Cuestión compleja, pero cuyo tratamiento se antoja imprescindible para un buen fin de cualquier investigación con rigor que se preste. Desde la concepción como negocio jurídico familiar, se aborda su posible aproximación a otros instrumentos con los que guarda ciertas similitudes como son los convenios reguladores y las capitulaciones matrimoniales, aunque el autor termina llegando a la conclusión de que se trata de un negocio atípico.

La segunda parte de la monografía está dedicada al tratamiento de los requisitos para el otorgamiento de un pacto prematrimonial. Y se hace –como adelantaba- desde la estructura y el ámbito del derecho de los contratos. Así, comienza el autor planteando si pueden ser partes del pacto solo los cónyuges o también los miembros de la pareja de hecho, para continuar abordando la capacidad y el

consentimiento de las partes, donde, incluso, realiza algunas propuestas *de lege ferenda* en relación con medidas adicionales para alcanzar un consentimiento informado. Seguidamente, en este mismo apartado, aborda el objeto y la causa del pacto –contrato- prestando especial atención a la posibilidad –o no- de pactar sobre derechos futuros, así como a cuál es la eficacia del pacto firmado a la vista de la falta de regulación sobre la materia. Por último, concluye este apartado con una cuestión que el autor considera esencial en el ámbito de los pactos prematrimoniales, como es el requisito atinente a la forma. Si bien es cierto que, ante la falta de regulación, por la jurisprudencia se vienen admitiendo incluso los pactos en documento privado, el autor de la obra hace una defensa importante de la necesidad de la intervención del fedatario público en el otorgamiento de un pacto en previsión de crisis familiar.

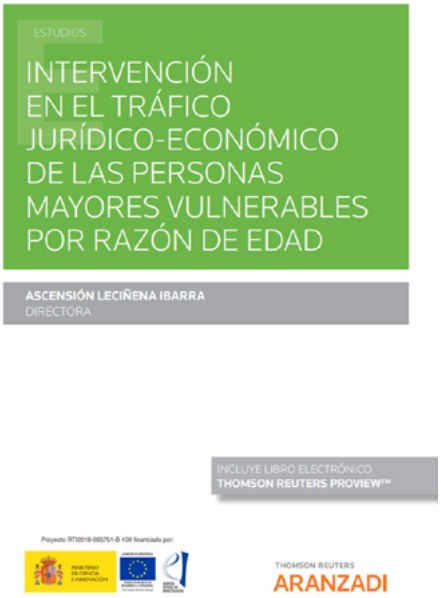
En la tercera parte del libro, García Mayo trata una cuestión que considera uno de los grandes caballos de batalla en el ámbito de los pactos: los límites a la autonomía de la voluntad. Considera el autor que, admitidos estos acuerdos por la jurisprudencia, son los referidos límites una de las cuestiones que más discusión generan. En este sentido, y a fin de determinar cuáles han de ser esos límites, comienza haciendo referencia al consabido art. 1255 CC y a los límites referentes a la ley, la moral y el orden público, a colación de lo cual realiza algunas consideraciones concretas sobre los pactos que podrían alcanzarse –o no- en relación con materias tan importantes como el régimen económico del matrimonio, la patria potestad, la custodia de los hijos, el derecho de alimentos, el uso de la vivienda familiar o la pensión compensatoria. Seguidamente, y tras el tratamiento de esos límites propios de cualquier contrato que se preste, el autor dedica dos apartados a dos de los límites que –considera- más influencia pueden tener en el ámbito de los acuerdos entre los miembros del matrimonio: la libertad de los cónyuges y la igualdad entre los mismos. Con ocasión del primero –la libertad- se plantea cuestiones tan esenciales como la posibilidad o no de admitir un pacto de indisolubilidad o la inclusión de cláusulas penales para el caso de ruptura o de incumplimiento de los deberes conyugales. En relación con el otro de los límites –la igualdad- y tras hacer una aproximación a qué ha de entenderse la misma, el autor defiende la necesidad de velar por esa igualdad, no solo en el ámbito personal, sino también –con matices- en el ámbito patrimonial, haciendo hincapié, asimismo, en la necesidad de proteger al más débil –ya sean hijos o cónyuges- porque así lo viene estableciendo nuestro Código Civil, frente a la postura que viene adoptando gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia proclive –de una manera, en ocasiones, desmedida- a la autonomía de la voluntad y, con ella, a la libertad de los cónyuges, frente al talante protector que mantiene nuestro ordenamiento.

Para finalizar la obra, en la cuarta –y última parte- de la obra, el autor aborda la posible ineficacia sobrevenida del pacto. Y es, aquí, donde el autor realiza una de las aportaciones más originales de la monografía, en tanto que apuesta por la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, muy conocida en derecho de contratos, a los pactos prematrimoniales. Y en ese ánimo de aplicarla, el autor realiza una adaptación al derecho de familia de los requisitos propios de esta cláusula.

En definitiva, la monografía "Pactos prematrimoniales. En previsión de crisis matrimonial", resulta de interés tanto para universitarios como para cualquier operador jurídico, pues prácticamente todos estando llamados a verse involucrados en los mismos, especialmente los abogados y los notarios. El libro, así, viene llamado a convertirse en una obra de referencia en la materia, no solo por encontrarse perfectamente actualizo conforme a los últimos pronunciamientos, sino por abordar una investigación jurídica seria y rigurosa sobre un instrumento respecto al que nada hay regulado, dando respuesta a tantas cuestiones como se plantean y contribuyendo, así, a dotar de seguridad jurídica a este instrumento.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Leciñena Ibarra, Ascensión (Dir.): *Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad,* Editorial Aranzadi, Pamplona, noviembre, 2022, 352 pp.



"Intervención en el tráfico jurídico-económico de las personas mayores vulnerables por razón de edad" (Pamplona, Editorial Aranzadi, noviembre 2022) es una obra colectiva con un esquema moderno y metodológicamente bien diseñada, dirigida con autoridad por la profesora de Derecho Civil Ascensión Leciñena Ibarra de la Universidad de Murcia, que cimienta sus inicios en el proyecto EDEA - Ejercicio de los derechos en el marco del envejecimiento activo, financiado por el Ministerio de ciencia innovación de España.

El centro de estudio de esta obra colectiva son las personas mayores vulnerables y el problema que aborda sus relaciones patrimoniales, dos temas que se unen en una misma finalidad, promover y proteger la vida económica y de relación, independientemente de las condiciones etarias de los sujetos.

Todos envejecemos, es un proceso biológico natural. La vida no es imperecedera, perenne, eterna. Es limitada. El tiempo pasa, no se detiene, generando múltiples efectos, entre los cuales destacan los biológicos y jurídicos. La edad, decurso del tiempo en la vida del hombre, marca las etapas o ciclos de la vida, siendo las últimas la senectud, vejez y ancianidad, *status senectutis.* Etapas estas de la vida,

importantes y largas, en la que se requiere de un cuidado especial a todo nivel justamente por el estado de vulnerabilidad del sujeto.

Antes de 1820 la edad media era de 25 años. La esperanza de vida, pronto se triplicará, dentro de pocas décadas, por no decir años, la vida promedio de una persona podrá ser de 90, gracias a los avances de la medicina y las políticas públicas de cuidado. Tendremos más personas de edad avanzada con otros requerimientos y necesidades. El envejecimiento poblacional, que avanza de forma acelerada, plantea múltiples desafíos: sanitarios, legales, económicos, laborales, por mencionar algunos, todos dirigidos a obtener una longevidad saludable y una adecuada calidad de vida. La vejez no es sinónimo de pasividad, *contario sensu* lo es de actividad, de realización; la vejez debe ir de la mano con políticas de vivencialidad. En esa línea ha surgido el término envejecimiento activo, acuñado por la OMS en los 90, con la finalidad de ampliar la visión del envejecimiento saludable que se limitaba a factores sociosanitarios y de salud, reducido al aspecto existencial y médico. En lugar de conceder una posición expectante al sujeto de edad avanzada, lo reducía a mera satisfacción de sus necesidades biológicas, no por ello menos importantes, pero que no eran ni son las únicas. Existe un derecho al envejecimiento satisfactorio, envejecer bien, de forma adecuada, contando con un bienestar y una calidad de vida. Un derecho del sujeto que lo habilita a seguir desarrollándose, como ser social, autónomo y capaz de gobernarse en todas las esferas y medios, haciendo y decidiendo su futuro en igualdad de condiciones y con el fiel respeto de su dignidad.

Los derechos de las personas se han descompuesto por diversas razones. Entre estas tenemos la edad, el aspecto etario, la cronología y tiempo de vida del sujeto ha determinado el surgimiento de los denominados derechos del niño, del adolescente, del anciano, etc. La edad avanzada no es una causa de discapacidad, es un estado natural, ingénito de toda persona que deviene por razón de la propia naturaleza. Puedo tener 101 o 110 años y ser capaz, discernir y ser consciente de mis actos. La discapacidad no es por razón de la edad sino por el debilitamiento del estado síquico que expone al sujeto. Las personas mayores son sujetos *sui generis*, singulares, particulares. Tiempo atrás fueron llamados débiles jurídicos, siendo en realidad personas en situación de vulnerabilidad, un colectivo cada vez más grande y, como, tal sensible ante la ley que requiere de estudios sesudos (multidisciplinarios, interdisciplinarios y transdisciplinarios) para entender las complejas relaciones interpersonales de las personas mayores vulnerables.

La temática de esta obra colectiva que reseñamos aborda, con profundidad y al detalle, los más variados problemas que afrontan las personas mayores vulnerables tales como dificultades personales (salud) y del entorno (social) con efectos que --difícilmente-- pueden manejar, siendo la mayoría, ante su

imprevisibilidad, perjudiciales. Admitiendo la aplicación de los principios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2008) a las personas de edad avanzada, y de la legislación especial que se ha ido dictando en el Derecho comparado (leyes sobre discapacidad y adecuación de Códigos civiles), esta obra reconoce, con decisión y claridad, la promoción, protección y garantía del pleno disfrute de los derechos humanos de las personas mayores vulnerables a fin de garantizar que los gocen en igualdad de condiciones en todos los aspectos de su vida (art.12 de la Convención).

Las materias son diversas; se desarrolla en tres secciones: (i) Autoregulación y heterorregulación en la ordenación de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas mayores vulnerables por razón de edad, (ii) Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento, (iii) Autonomía decisoria *versus* autosuficiencia en las personas mayores vulnerables por razón de edad. Normación y regulación de los apoyos, la voluntad como fuente del contrato y autogobierno, autosuficiencia e interdependencia, temas en los que esta obra trata y discurre con variados estudios concienzudos. El grupo de profesores, bajo la dirección de Leciñena Ibarra, lleva a cabo su labor de estudio bajo dos componentes: (i) Negocios, actos jurídicos, contratos y mercado y (ii) Libertad, autodeterminación, voluntad y capacidad de decisión. Componentes que no son ajenos a las personas mayores vulnerables, son parte de su quehacer cotidiano. En definitiva, se centra en el estudio de la capacidad negocial, analizando los diversos mecanismos de protección de los ancianos, sea de su persona, de su patrimonio.

En total, y divididos dentro de las secciones, hay quince temas, uno más interesante que otro, todos importantes y, sobre todo, de actualidad y previsión de futuro, desarrollados con profesionalidad, en la que los autores vuelcan toda su experiencia científica. Estos son: Aportaciones desde la sicología para el apoyo a las personas para el apoyo a las personas mayores en el ejercicio de su capacidad jurídica (Inmaculada Méndez Mateo), Participación de las personas vulnerables por razón de edad por razón de edad en el tráfico jurídico mediante la designación o acuerdo de apoyo en escritura pública (Antonio González Valverde), Mandatos y poderes preventivos en el contexto del envejecimiento activo y de la ley 8/2021 (Juan Antonio Fernández Campos), Nuevas perspectivas para el defensor judicial: relevancia para las personas mayores vulnerables por razón de edad (José Fulgencio Angosto Sáez), Ancianidad, vulnerabilidad y curatela más allá de la voluntad, deseos y preferencias de la persona (Susana Morales Saura), Validez o invalidez de los contratos celebrados por personas de edad avanzada con deficiencias cognitivas, a la luz de la ley 8/2021 (Joaquín Ataz López), Ángulos muertos y espacios con sombra en el ejercicio de la acción de anulabilidad de los contratos celebrados por personas mayores con discapacidad, vulnerables por razón de edad (Ángeles

López Cánovas), La protección de las personas mayores consumidores vulnerables, por razón de la edad, en los contratos celebrados con empresas de suministros básicos o de prestación y de ciertos servicios (Ángel Sánchez Hernández), Tráfico negociar de las personas mayores vulnerables con poderes sin cláusula de subsistencia en el caso de precisar apoyos en el futuro (Ascensión Leciñena Ibarra), Acceso a la justicia de las personas mayores con discapacidad (María José Barceló Moreno), Reflexiones sobre la indignidad y la desheredación en relación a las personas mayores: una problemática por resolver (Carmen Hernández Ibáñez), El derecho a la vida independiente y a la inclusión en la Comunidad de las personas mayores: elección, servicios de apoyo e institucionalización (Leyre Elizari Urtasun), Internamiento involuntario de las personas mayores (Carmen L. García Pérez), El futuro de las residencias de las personas mayores tras la pandemia del COVID-19 y la reforma legislativa introducida por la Ley 8/2021 (Vital Garaulet Aza) y Perspectiva desde el prisma de la Fundación tutelar (Mariano Olmo García).

La obra que reseñamos es integral en la materia que analiza: la edad, su avance, la calidad de sujeto de derecho, los negocios y mercado. Un buen libro que da respuestas, que aporta, que no solo vale la pena invertir tiempo en leerlo, sino citarlo y aplicarlo en la *praxis*, así como recomendar su lectura. Es imprescindible como fuente de consulta por una sencilla razón, todos llegaremos a una edad en la que la problemática tratada en esta obra no será afín, *i.e.* es un libro que nutre al lector como *persona* y como *profesional*, un doble efecto que muestra su trascendencia temática.

En el medio editorial, esta obra marca una novedad; si bien hay muchos trabajos sobre ancianidad, adulto mayor y relaciones de abuelidad, el criterio de dirección de Leciñena Ibarra es selectivo, de actualidad y proyección, haciendo de la obra una pieza bibliográfica única, por la diversidad y profundidad de los temas abordados que van más allá del mero tratamiento descriptivo.

Es una obra completa, pero obviamente no agota todos los temas de las relaciones interpersonales de las personas mayores vulnerables, ello es imposible por la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la vida de relación. Consideramos que si bien la obra aporta, esta no debe quedar en el aspecto teórico, valdría la pena que no solo sea difundida comercialmente sino que sea expuesta en congresos y seminarios, que sea el punto de partida para nuevas obras sobre la materia. Este es un trabajo de largo aliento, pero necesario. La obra y su temática no ha terminado, consideramos que recién empieza, que la labor de dirección y de los autores debe continuar en la academia y en los foros.

Es un libro que ha sido pensado bien, que tiene aplicación internacional, no es local, no tiene nacionalidad; si bien hay un análisis de la legislación de España, en

materia de ancianidad y discapacidad, sus estudios trascienden fronteras, siendo de aplicación en otros países y localidades.

Ofrece en la parte final una *Bibliografía general de la obra* (pp. 327 a 34) con más de 180 autores que cada uno de los colaboradores han utilizado en sus artículos, a esto se acompaña una relación de Informes (24 en total) acerca de los temas tratados. Poner a disposición esta sección es un aporte, un plus para los lectores, pues les permite profundizar los temas de su interés, consultando las fuentes directas citadas, lo cual no solo común sino necesario para los investigadores jurídicos que no se limitan al análisis de las citas, sino que precisan conocer la obra y la línea de pensamiento de los autores citados.

En nuestras manos tenemos un gran aporte, y estamos seguros que logrará "una valoración positiva por parte de los lectores", como es el fiel y merecido deseo de Leciñena Ibarra y Cobacho Gómez, como presentadores de esta magnífica obra colectiva.

Enrique Varsi Rospigliosi
Doctor en Derecho
Profesor principal e investigador
Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Investigador RENACYT (P0010485) del CONCYTEC
Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima
Código ORCID: 0000-0002-7206-6522
Correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com

MECO TÉBAR, F. (coord..): *Comentarios a la Ley Valenciana de Infancia y Adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 1642 pp.

La presente obra se dedica a analizar la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y adolescencia de la Comunitat Valenciana. Su interés es indiscutible, toda vez que se trata de un estudio analítico de amplio calado que se efectúa sobre una ley pionera en el panorama jurídico español, pues constituye un nítido exponente, particularmente en el ámbito de su eficacia territorial, del nuevo paradigma que considera a niños, niñas y adolescentes como sujeto de derechos, en vez de como objeto de protección y asistencialismo. Un revolucionario enfoque que propulsó la Convención de Derechos del Niño de 1989 y que, posteriormente, tradujo y amplificó la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor en nuestro universo jurídico. La virtud de esta obra es evidenciar en qué medida el legislador valenciano ha recogido ese legado, lo ha protegido y, lo que es más importante, lo ha hecho crecer en el articulado que es objeto de interpretación y valoración, cuyo propósito es contribuir a enfocar las acciones y las políticas desde la promoción, protección y garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia en cualquier ámbito.

Otro aspecto de singularidad en la obra, que conviene destacar, es el perfil de los comentaristas que han participado en la misma, que amplifica el interés que ésta representa por la riqueza de enfoques y planteamientos que supone. Se trata de profesionales acreditados y especializados en las materias que abordan, que

están adscritos a diferentes universidades y a distintas áreas de conocimiento del derecho (civil, mercantil, administrativo, internacional, laboral, o penal). Se cuenta también con expertos que tienen o han tenido responsabilidades en organismos internacionales como el Comité de Derechos del Niño (Jorge Cardona Llorens) u órganos nacionales concernientes como el Alto Comisionado para la lucha contra la Pobreza Infantil (Pau Marí Klose). También participan representantes de organizaciones sin ánimo de lucro encargadas de promover y defender los derechos infanto-juveniles como UNICEF (Marlene Perkins), o técnicos adscritos a instituciones de autogobierno valenciano en el ámbito autonómico, como la Dirección General de Infancia de la Generalitat Valenciana (Manuel García o Gemma Plaza), o de entidades locales (Mª Fe Blanes), que están familiarizados con políticas con enfoque de los derechos e intereses de este grupo de personas.

La obra sigue la estructura de la Ley 26/2018, por lo que consta de un título preliminar, siete títulos, cuatro disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y nueve disposiciones finales, que van precedidas de un prólogo a la obra que efectúa el catedrático de Derecho Civil, Rafael Verdera Server.

En el cuidado texto que se ha elaborado, se da cuenta, en diferentes capítulos, de la relevancia y trascendencia que implica reconocer a la infancia y la adolescencia como ciudadanía activa y de pleno derecho en la Comunitat Valenciana, especialmente en el Título II. En el análisis de dicho Título se profundiza en la especificación de los derechos, que atiende las características propias de este grupo de población en aras a hacer viable el disfrute de dichos derechos y a dotarlos de garantías, a cuyo efecto se analiza con detalle el régimen sancionador ante su incumplimiento, especialmente el de ser oído. En el amplio catálogo de derechos que se reconoce y dimensiona, y que es objeto de valoración por estos especialistas, se destina particular atención a los que son de nuevo cuño como el derecho a la identidad y a la expresión de género, el derecho a una alimentación saludable, el derecho de información, o el de disponer de un sistema integral de prevención y protección frente a la violencia en la que de manera coordinada se dé prioridad a sus necesidades como víctima, entre cuyas garantías está la acción popular por parte de la Generalitat en los procedimientos penales que se sigan por estos niños o adolescentes.

Las funciones parentales son también abordadas en estos Comentarios por el alcance que el buen desempeño de éstas tiene sobre el adecuado desarrollo del niño. Las necesidades de los progenitores son atendidas y, por ello, se recala en el necesario apoyo que la Administración está llamada a prestar al respecto con la finalidad de prevenir que el sistema de protección tenga que desplegarse. A tal efecto, se estudian las medidas arbitradas en situaciones de especial vulnerabilidad

en la que la infancia puede encontrarse, como el empobrecimiento, la emergencia habitacional, las necesidades propias de la educación (inclusiva, emocional y social), las adicciones (especialmente al juego), la salud mental, o los casos de conflictividad entre progenitores, donde con ánimo de garantizar las relaciones familiares se ofrece una nueva regulación de los puntos de encuentro familiar que se analiza.

El sistema de protección de la infancia y adolescencia en la Comunitat Valenciana (Título III) es desarrollado a la luz de las dos reformas legales de ámbito estatal 8/2015 y 26/2015, reparando en el riesgo, el desamparo y la guarda y en las diferencias y disposiciones comunes entre las dos últimas figuras jurídicas. Es objeto de detenido estudio en la obra por profesionales que tienen buen conocimiento de este por haber trabajado en él, por lo que ayudan a visualizar todas las potencialidades que ofrece y también las claves de mejora. El plan de protección ocupa un lugar central por ser la herramienta arbitrada para individualizar la actuación de la Administración respecto de la persona protegida y establecer el objetivo que, en la medida de lo posible, será la reintegración con la familia de origen, con la que deberá asegurarse su relación. La transición entre entornos o la guarda para estancias, salidas y vacaciones preocupa sobremanera al legislador valenciano y es abordada en estos Comentarios con enfoque de derechos. El acogimiento familiar asume un papel destacado en esta normativa, frente al residencial, pues se constituye en la forma preferente para el ejercicio de la guarda, especialmente en el caso de los niños y las niñas menores de seis años, cuyo acogimiento residencial se limita a supuestos excepcionales debidamente acreditados. Los derechos de las personas acogidas y acogedoras, así como su aptitud e idoneidad para serlo y los criterios de selección de estas, son también objeto de tratamiento, así como los derechos de las personas adoptantes y las necesidades de apoyo que pasan a poder exigir de la Administración. Se recala en las novedades que la Ley incorpora como la relación entre personas acogedoras y acogidas una vez concluido el acogimiento, la adopción abierta o el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes biológicos. Por último, los programas de emancipación para la vida independiente tienen un lugar también en estos Comentarios, pues la protección de los derechos va más allá del momento en que se alcanza la mayoría de edad en aras a garantizar su emancipación personal y social.

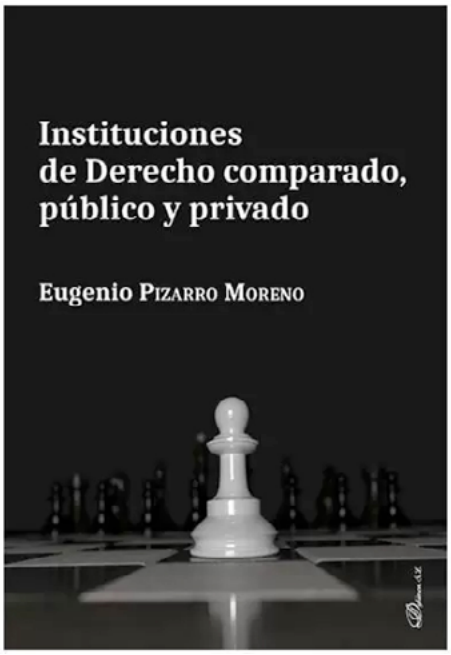
La infancia y adolescencia en conflicto con la ley cuenta en esta obra con un tratamiento específico; se define como atención socioeducativa con ánimo de destacar el carácter educativo y social de dichas medidas judiciales impuestas en aplicación de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Son abordadas con detalle las medidas preventivas y las actuaciones destinadas a la ejecución de las medidas judiciales, que son una novedad.

Sin lugar a duda, uno de los puntos neurálgicos de la obra es examinar cómo se garantiza el derecho de la infancia y adolescencia a ser oída y escuchada, mediante la creación de cauces de participación en todos los ámbitos de las esferas pública y privada para que su opinión sea escuchada y tomada en consideración en todos los asuntos que les afectan, individual o colectivamente. Se analiza con detalle el alcance de las normas que crean órganos específicos a través de los que los niños, niñas y adolescentes puedan hacer oír su voz (Título VI) en sus respectivos municipios y en el ámbito autonómico (Observatorio Valenciano de la Infancia y la Adolescencia, el Consejo de Infancia y Adolescencia de la Comunitat Valenciana, la Comisión de Protección de la Infancia y la Adolescencia y la Comisión de Adopción y Alternativas Familiares). Se recala en los casos en que se les da voz para la configuración de los espacios públicos donde su interés está en juego, como el propio sistema de protección infanto-juvenil (Título III), el entorno urbano amigable y adecuado a sus necesidades (capítulo VIII), el diseño de políticas públicas de promoción de los derechos a la cultura, ocio, tiempo libre, juego y deporte (capítulo XI), el ámbito de la atención sanitaria (capítulo VI) o el educativo (capítulo VII).

Atendido el detallado análisis de la Ley 26/2018 que esta obra ofrece, se considera que puede constituir una referencia de interés para quienes desempeñan su labor en ámbitos donde el interés superior de niños, niñas y adolescentes está en juego, principalmente para los operadores jurídicos, y no jurídicos, a nivel judicial y/o académico, para profesionales adscritos al sistema de protección de infancia y para todas aquellas personas que trabajan en espacios públicos o privados desde los que se diseñan o implementan acciones o políticas destinadas directamente o indirectamente a este grupo de población. Es una contribución decisiva y de imprescindible consulta para quienes buscan generar una cultura de los derechos de la infancia y adolescencia en la sociedad.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Pizarro Moreno, E.: *El Derecho comparado como valor en alza; a propósito de las Instituciones de Derecho Comparado, público y privado*, Dykinson, Madrid, 2020.



La trayectoria académica del del Profesor Pizarro demuestra una gran solidez y compromiso con el Derecho a lo largo de los años. Sin embargo, hasta fechas recientes, el autor no había acometido la labor de recopilar el acervo de conocimiento adquirido en el extenso estudio de la materia de Derecho Comparado que ha realizado en este tiempo. Afortunadamente, hoy puedo reseñar un tratado sobre esta materia, que ha supuesto una agradable sorpresa en el panorama actual del Derecho Comparado.

La obra de referencia está dividida en tres bloques, que responden a las rúbricas de cuestiones generales, instituciones de derecho público e instituciones de derecho privado, respectivamente. En lo que respecta a la sistemática de la obra, se echa de menos una denominación específica del primer bloque. Sin embargo, esta falta de formulación de rúbrica queda solucionada con la redacción de las materias que integra, tal y como se expone a continuación.

Así pues, el primer bloque de la obra reseñada comienza por distinguir los conceptos de sistema y familia jurídicos, para después presentar los sistemas jurídicos que operan en los cinco continentes. La referida taxonomía introducida por el autor incluye tanto los sistemas basados en el derecho religioso como aquellos del Lejano Oriente, haciendo además referencia a los sistemas híbridos

y derivados. Este punto de partida supone una gran diferencia cualitativa con respecto a otras obras que se limitan a analizar los sistemas jurídicos *common law* y *civil law* como única fuente del Derecho Comparado. La obra parte, por tanto, de un estado del arte actual y alentador sobre las nuevas realidades jurídicas globales.

Si bien el autor es consciente de que la dicotomía *common law versus civil law* representa hoy en día una visión parcial del Derecho Comparado, se considera obligado en toda obra que versa sobre esta disciplina una alusión al inglés jurídico. En este sentido, el trabajo reseñado trae a colación interesantes reflexiones sobre el valor del discurso jurídico en inglés, ya no solo desde la perspectiva de los países anglosajones, sino desde un punto de vista global. Se pone así en valor de dicho lenguaje especializado, de modo que este queda al servicio del Derecho en tres interesantes niveles que suponen una novedosa taxonomía en este ámbito. El Profesor Pizarro no elude temas espinosos, como la traducción jurídica, y realiza un ejercicio exegético de normas de diversos orígenes en clave comparada. Merece también ser destacado el tratamiento de la microcomparación y la macrocomparación de las instituciones jurídicas, que el autor enuncia y aborda con rigor.

Y bien, aunque es conocido que la referida contraposición de las grandes familias del derecho no conforma una visión global del Derecho Comparado, sí que representa una relevante parte de esta disciplina. Es por ello que el Profesor Pizarro aborda la dicotomía *common law versus civil law* desde los ojos de un abogado perteneciente a la familia jurídica del *civil law*. Más allá de las ineludibles consideraciones sobre la historia de las grandes familias del Derecho, el Profesor Pizarro presenta un novedoso término que amplía esta visión: la arquitectura jurisdiccional. Bajo esta denominación, el autor formula audaces comparaciones apoyándose en fallos de órganos jurisdiccionales como la Cámara de los Lores inglesa o el Tribunal Supremo español. Sin perder de vista este enfoque, el autor presenta su particular percepción sobre instituciones rectoras del *common law* que resultan muy complejas para los ojos del abogado de *civil law*: tal es el caso de conceptos como *equity*, *undue influence* y *trust*. Estas figuras jurídicas son abordadas tanto desde la práctica británica como desde la estadounidense, lo cual representa un valor añadido.

Este primer bloque de la obra reseñada concluye con el análisis de un derecho especial: el Derecho de la Unión Europea. Efectivamente, el proyecto europeo merece una consideración especial en un manual de Derecho Comparado, puesto que aúna ordenamientos jurídicos dispares (estados regidos por tradiciones de *common law*, *civil law* y sistemas híbridos) y presenta una vinculatoriedad y eficacia que la doctrina (por todos, Martín Arribas, J.J.; (2020). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Aranzadi, Pamplona, España), reseña como

característicos y poco frecuentes en la escena internacional. Este extenso estudio del Derecho de la Unión escrito en español en clave de Derecho Comparado resulta una herramienta imprescindible para los juristas latinoamericanos, que con toda seguridad apreciarán un trabajo tan respetuoso con la historia y el derecho positivo comunitarios. Y más allá, el Profesor Pizarro no obvia realidades similares e interacciones del Derecho de la Unión con otras entidades. Fruto de esta intrépida visión, el autor aborda exitosamente la comparación de la Unión Europea como ente creador de derecho con realidades positivizadas como el Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos.

En conclusión, el primer bloque de esta obra ofrece una visión del Derecho Comparado más allá de una mera función introductoria. En efecto, ya en los primeros envites del trabajo reseñado, el Profesor Pizarro entra en materia con novedosas taxonomías, términos e instituciones de Derecho Comparado que disponen al lector para adquirir los conocimientos específicos sobre las instituciones públicas y privadas que se abordan en los siguientes bloques.

El segundo bloque de la obra reseñada sí que está efectivamente rubricado, bajo la denominación "Instituciones de Derecho Público". Se adentra por tanto en este momento el Profesor Pizarro en la materia de Derecho Comparado especial, dejando atrás la parte general examinada en el primer bloque. El segundo bloque aúna cinco temas que integran las categorías clásicas en las que se divide el derecho positivo.

La primera disciplina analizada comparativamente es el Derecho Constitucional. A buen seguro, los académicos y profesionales de la familia jurídica del *civil law* apreciarán las consideraciones realizadas por el Profesor Pizarro sobre la concepción constitucionalista de que rige en los estados de la familia *common law*. El autor aborda esta cuestión en profundidad, sabedor de que se trata de uno de los escollos más difíciles de superar por parte de los juristas formados en universidades de *civil law*. Consciente de que la material constitucional y federalista ocupa un lugar privilegiado en la disciplina del Derecho Comparado, el Profesor Pizarro llega incluso a rubricar epígrafes como "constitucionalismo comparado", sin perder de vista la realidad federal como generadora de derechos de diferentes generaciones. Una visión verdaderamente pedagógica de una realidad presente desde la misma formulación de la materia de estudio del Derecho Comparado.

El estudio comparado del Derecho Penal sigue la división clásica del *civil law*, la cual distingue entre la Parte General y la Parte especial de dicha materia. En este tema, sería recomendable reconsiderar algunos términos utilizados por el autor, por lo que se refiere a su traducción, Así, cuando se hace referencia a la necesidad de positivizar un proceso penal más "adversarial", es conveniente recordar que autores citados en la obra (vid. ALCARAZ VARÓ, E.; HUGHES, B.; CAMPOS,

M.A. (2012). *Diccionario de términos jurídicos: a dictionary of legal terms*, Editorial Ariel, Madrid, España) recomiendan traducir el término por "contradictorio". Ello obedece a que el autor se refiere a que en el proceso penal se impone la necesidad de que las partes adquieran un mayor protagonismo, lo cual conecta con el principio de contradicción clásico procesal del *civil law*. No obstante, el autor prosigue con el análisis de instituciones jurídicas en las que reside la concepción del Derecho Penal tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos.

En la parte especial del Derecho Penal en clave de Derecho Comparado actual, no puede faltar una mención a la regulación de la ciberdelincuencia. El Profesor Pizarro es consciente de ello y aborda la cuestión, de nuevo exitosamente, con una gran variedad de recursos paratextuales como gráficos y figuras que categorizan de una manera pedagógica sus afirmaciones y que se reproducen a lo largo de todo el trabajo reseñado.

En este sentido, el autor dedica un epígrafe a la particular complejidad del caso de México. En efecto, el Profesor Pizarro analiza la naturaleza del Derecho Penal de este país, adalid de la disciplina conocida como Derecho Comparado. Y efectivamente, el autor subraya la formulación de diversos tipos delictuales relacionados con la trata de personas y el turismo sexual, comparándolo con la formulación de estos mismos delitos en España. Como resultado de esta labor exegética de las normas penales de uno y otro país, el autor concluye necesaria una reelaboración sistemática y de refundición de las normas penales sobre estos tipos delictuales en México.

Por lo que respecta al Derecho Procesal Civil, el autor revisa instituciones clásicas que siempre es necesario recordar y actualizar para avanzar en el estado de la ciencia jurídica. Cuestiones como la prueba, la verdad material o la planta y demarcación judicial, sin olvidar a la figura del notario, son expuestas y analizadas con acierto en este tercer capítulo del segundo bloque del trabajo reseñado.

El cuarto tema del segundo bloque hace referencia al proceso penal en Derecho Comparado y señala la tendencia actual hacia la homogeneidad procedimental, a través de los procedimientos de investigación y acusación públicos y la figura del *prosecutor* la cual fue concebida en los países anglosajones. El autor no elude la cuestión del jurado y, con ello, completa una avezada visión del proceso penal como un fin en sí mismo.

El Profesor Pizarro también confronta una cuestión muy compleja en la disciplina del Derecho Comparado: el Derecho Administrativo. Es necesario remontarse a cuestiones históricas para entroncar los regímenes administrativos continental y anglosajón, labor que acomete el autor tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, con reflejo en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Este tema concluye con analizando los rasgos básicos de la distinción entre el Derecho Administrativo anglosajón y el continental, lo cual es apreciado a los ojos de los académicos y profesionales del entorno transnacional.

En conclusión, el segundo bloque del trabajo reseñado adopta la categorización clásica en la que se dividen las disciplinas de la ciencia del Derecho. Partiendo de ello, analiza instituciones claves desde la óptica comparada, poniendo especial énfasis en los casos en que es necesario que opere una modificación legislativa y mostrando taxonomías específicas sobre las diversas instituciones de las familias jurídicas correspondientes.

El último bloque del trabajo reseñado es el más amplio en cuanto a epígrafes, puesto que bajo su rúbrica, "Instituciones de Derecho Privado", se integran seis temas. La relevante presencia de la autonomía de la voluntad de las partes en las materias a las que hace referencia el Derecho Privado, traslada el foco de investigación del autor hacia materias muy cercanas a la práctica jurídica profesional. En efecto, esta última parte de la obra supera las consideraciones conceptuales obligadas en el estudio de las instituciones públicas y pone los pies en la tierra para reflejar la práctica de diversas instituciones tan frecuentes en la vida cotidiana.

Así, el Profesor Pizarro realiza un análisis de los elementos del negocio jurídico y actualiza el estado de las cuestiones en referencia a temáticas como oferta y aceptación, la doctrina *estoppel* aplicada a la configuración de los elementos contractuales y otras variadas e interesantes cuestiones. Mención especial merece la profundidad de la comparación de las instituciones reseñadas. El autor acomete un análisis profundo de los sistemas que se enuncian en el bloque primero, describiendo, entre otras cuestiones, la concepción de la idea de contrato en países como Portugal, Grecia o China.

En esta misma línea incide el Profesor Pizarro, mediante el estudio de una institución que reside en el corazón del viejo continente: la configuración del efecto traslativo del dominio. A buen seguro, las formulaciones sobre los sistemas transmisivos de la propiedad serán bien recibidas por los juristas latinoamericanos, que pueden encontrar en el trabajo del Profesor Pizarro las concepciones más antiguas sobre este pilar de los ordenamientos jurídicos de gran parte de Europa: el caso alemán, el caso francés y el caso español, con la teoría del título y el modo.

La institución del matrimonio es también abordada desde el Derecho Comparado en dos temas de este último bloque. A este respecto, el autor parte de la doctrina clásica sobre la comunidad de bienes para introducir la cuestión de la situación post-conyugal, en la que el juez anglosajón goza de gran discrecionalidad. Asimismo, el matrimonio como institución también se localiza sistemáticamente en el concepto de familia, al cual el autor dedica otro tema de las instituciones

privadas. Fruto del análisis de la familia como institución jurídica, el Profesor Pizarro retrata realidades como el Derecho Sucesorio y compara fenómenos jurídicos como la legítima, sin perder de vista la problemática que presentan las situaciones de crisis familiar que presentan varios puntos de conexión transnacional.

Por último, el Profesor Pizarro no deja pasar la oportunidad de mostrar las diferencias y sistematizar la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo en relación con el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual. Cuestiones como la culpa, la negligencia, el dolo y el valor que se da a ellos en sede judicial son analizadas en este bloque como estandartes del Derecho Privado.

En conclusión, el tercer bloque de esta obra retoma el estado de la ciencia y elabora nuevas investigaciones en materia de instituciones jurídicas privadas, muy prácticas y frecuentes en la vida cotidiana de las personas.

Como conclusión final, es necesario poner de manifiesto que la lectura y aprehensión del contenido de esta obra resultan óptimos para los académicos y profesionales del Derecho de ambos lados del Atlántico. Y no solo de los estados ribereños, dado que el autor llega hasta el corazón de las concepciones de los diversos continentes y su más arraigada tradición jurídica. Por lo que se refiere a los países latinoamericanos en general y a México en particular, no puedo dejar de recomendar este tratado del Profesor Pizarro, el cual integra el mayor estudio de Derecho Comparado escrito hasta la fecha en español.

Irene Nuviala Lapieza
Doctor en Derecho y Profesora de la Universidad de Zaragoza

Ramón Fernández, F.: *Medidas en el ámbito jurídico para el acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 216 pp.

La obra que se presenta *Medidas en el ámbito jurídico para el acceso a la vivienda de las personas en situación de vulnerabilidad social y económica* fue realizada gracias a la concesión de una Ayuda PAIV (Propuestas de Actividades de Innovación en Vivienda), convocatoria 2022 de la Cátedra de Innovació en Habitatge de la UPV, marco de colaboración entre la Generalitat Valenciana, a través de la Vicepresidencia Segona i Conselleria d´Habitatge i Arquitectura Bioclimàtica y la Universitat Politècnica de València, y que ha sido publicada por la Editorial Tirant lo Blanch, editorial de gran prestigio y que es referente dentro del ámbito jurídico por la alta calidad en investigación, posicionada en el primer lugar del ranking SPI (Scholarly Publishers Indicators) del año 2022.

Ha sido prologada por el Profesor Dr. D. Javier Pérez Igualada, Director del Departamento de Urbanismo de la Universitat Politècnica de València.

La autora, Francisca Ramón Fernández, es en la actualidad Profesora titular de Derecho civil, Catedrática de Universidad Acreditada, en la Universitat Politècnica de València, y dentro de su investigación relacionada con diversos proyectos competitivos como el Proyecto I+D+i «Retos de investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia,

Innovación y Universidades «Contratos, transparencia y protección de datos en el mercado digital» RTI2018-097354-b-100 (2019-2022), y del Proyecto de I+D+i Retos MICINN «Derechos y garantías frente a las decisiones automatizadas en entornos de inteligencia artificial, IoT, big data y robótica» PID2019-108710RB-100 (2020-2022), Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana "Algorithmical Law (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024), y Proyecto "Promoting capacity building and knowledge for the extensión of urban gardens in European cities (PCI2022-132963) (02/06/22-01/06/25), Investigación competitiva proyectos. Ministerio de Ciencia e Innovación, del que es investigadora principal.

Se trata de un estudio que aborda y se enfoca en el acceso a la vivienda desde las diversas perspectivas, pero centrado en los colectivos más vulnerables, como son las personas que se encuentra en una situación de vulnerabilidad social y económica.

El trabajo es de una oportunidad e interés relevante, dado los últimos cambios legislativos operados en la materia. Teniendo en cuenta lo indicado en la Agenda Urbana Española, así como en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el objetivo es lograr, siendo una de las metas, que haya viviendas dignas, adecuadas, al alcance económico y en número suficiente para la satisfacción de la población. El precio asequible y garantizar el acceso a la vivienda de las personas menos favorecidas es el caballo de batalla.

En este trabajo, de máxima actualidad, y en el que se analiza, con gran minuciosidad y detalle, el derecho a la vivienda, de forma comparada para obtener resultados de interés, se centra en las diversas medidas legislativas multinivel, y que resulta de especial interés para diversos colectivos, además de los juristas y profesionales del Derecho.

Dotado de una estructura adecuada para el abordaje de los distintos contenidos objeto de estudio, la obra se desglosa en tres grandes bloques. El primero, atiende al acceso a la vivienda y el derecho a la vivienda, con un amplio análisis del artículo 47 de la Constitución española, así como la función social desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial. Se detiene en el acceso por parte de los colectivos vulnerables entre los que se encuentran las personas jóvenes, las personas con discapacidad, situaciones de rupturas familiares, personas de avanzada edad, personas víctimas de violencia de género, entre otros. También se contempla la vivienda protegida y el alquiler social, y el acceso a la vivienda en relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en especial, el ODS 11 referente a "Ciudades y Comunidades Sostenibles".

El segundo bloque se dedica al análisis de las medidas contempladas en la legislación para el acceso a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad

social y económica, en el que se realiza un exhaustivo análisis de la legislación a nivel estatal, foral y autonómico, con una valoración crítica de la misma.

El último bloque se destina al Proyecto de Ley por el Derecho a la vivienda, que, durante el periodo de publicación de la obra, es ya la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, donde se indica las medidas contempladas para el acceso a la vivienda.

Termina la obra con unas conclusiones sobre los distintos aspectos estudiados, y con el apartado de bibliografía en el que se refleja una consulta amplia de la principal doctrina que se ha ocupado del tema objeto de estudio, y para facilitar la labor de consulta un apartado de referencias legislativas, jurisprudencia y resoluciones.

El enfoque que se realiza en el trabajo, tras el estudio, es aportar soluciones de interés y dar respuesta a las distintas cuestiones que plantea el tema del acceso a la vivienda para las personas en situación de vulnerabilidad. Se realizan propuestas arriesgadas y una interpretación adecuada del cuerpo legislativo aplicable actualizado con la finalidad de contribuir a esclarecer la casuística que afecta a la materia.

Estamos ante una obra de referencia, tratada con gran rigurosidad y acierto, y que resultará de interés y utilidad para la comunidad científica, al tratarse de un tema muy actual, que ha suscitado gran preocupación y que aporta una perspectiva multidisciplinar.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia