

MARTA ORDÁS, A.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, 2018, 575 pp.

J. Miguel Lobato Gómez

Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de León. Correo electrónico: miguel.lobato@unileon.es

No cabe duda de que uno de los principales “caballos de batalla” de las rupturas de las parejas con hijos, bien sean matrimoniales o ligadas por un mero vínculo afectivo, es el destino que ha de darse a la vivienda familiar. Al fin y al cabo, la vivienda familiar no sólo suele ser el activo más importante del patrimonio de una pareja, sino también la referencia social de la familia.

El CC trata de resolver esta complicada cuestión en el su artículo 96, que fue introducido en la reforma de 1981. Sin embargo, al haberse mantenido la norma sin modificación alguna a pesar del cambio sustancial que ha experimentado desde entonces el CC en materia de separación y divorcio, las soluciones que ofrece han dejado de ser plenamente satisfactorias. En efecto, cuando falta el acuerdo de las partes sobre la atribución de la vivienda familiar, lo que lamentablemente suele ser muy frecuente, su uso se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, puesto que el principio que guía esta atribución es el del máximo respeto a los intereses y a las necesidades de los hijos.

Es a este complejo asunto al cual la Doctora Marta Ordás, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de León ya acreditada para poder ocupar una cátedra de la disciplina, dedica este amplio, completo y profundo estudio. Y no cabe duda de que, a pesar del carácter práctico que bien puede ofrecer a los operadores jurídicos por la ingente jurisprudencia que incluye sobre todos los asuntos que aborda, la sólida estructura que le da forma, la exhaustividad en el análisis de todos los problemas que se plantean en torno a la atribución de la vivienda familiar, el más que correcto manejo de los conceptos y de la argumentación jurídica y, por que, no decirlo, la decidida toma de postura ante algunas soluciones jurisprudenciales y la riqueza de fuentes documentales que aportan hacen de este libro una referencia inexcusable para todo aquel que quiera profundizar o estudiar concienzudamente este complicado asunto.

Después de dedicar un par de capítulos a precisar el concepto legal de vivienda familiar, con particular referencia a las segundas residencias, y a determinar que ha de entenderse por derecho de uso de la vivienda familiar, se ocupa de analizar

con todo detalle los criterios de atribución de la vivienda familiar en los casos de ruptura matrimonial, en particular, cuando no hay convenio regulador o escritura pública en la que conste la voluntad inequívoca de separarse por falta de mutuo acuerdo de los cónyuges, situación esta, donde mayores dificultades se encuentran al materializar los criterios legales de atribución de la vivienda familiar. Y así, en el caso de que exista acuerdo, analiza detalladamente el posible objeto de la atribución y sus límites, con especial atención a las cláusulas del acuerdo que puedan considerarse lesivas para el interés de los menores. Por su parte, el estudio de los criterios de atribución de la vivienda familiar en defecto de acuerdo, puede considerarse como, por otra parte, es lo más necesario, el núcleo esencial del libro. En este orden de cosas analiza pormenorizadamente toda la casuística que se puede presentar tanto cuando la custodia de los hijos se otorga a uno de los dos progenitores, como cuando se ha establecido la custodia compartida, como cuando del matrimonio al que se ha puesto fin no hay hijos. Y todo ello con continuo apoyo en las decisiones jurisprudenciales, y digo con apoyo en las decisiones judiciales y no siguiendo lo acordado en las mismas, pues en no pocas ocasiones la autora disiente muy razonadamente de ellas.

En este punto es de destacar que la profesora Ordás entiende que el mandato del artículo 96,1 del Código Civil no contiene más que una presunción *iuris tantum* de que el interés de los hijos se satisface únicamente mediante la atribución a estos y al cónyuge en cuya compañía se queden el uso de la vivienda familiar, pudiendo el interés de los hijos ser satisfecho también a través de otras formas diferentes que no impliquen necesariamente la atribución de la vivienda familiar y de ello pone numerosos ejemplos. En efecto, es muy crítica con la interpretación automática que suele darse a esta norma en la práctica forense muy ligada a hacer una aplicación de la misma apegada a la letra del precepto, pues la interpretación taxativa e imperativa que suele hacerse de él impide entender que el interés del menor a disponer de una vivienda digna y adecuada pueda ser protegido y mejor atendido por otras vías distintas de la asignación de la que era vivienda familiar. Por otro lado, se plantea la posibilidad de que en algunos casos puede haber otros intereses que confluyan con el interés del menor y que también deben ser objeto de especial protección, concluyendo que puede haber casos que su valoración conjunta permitan atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio sin que se viole la norma a la que nos estamos refiriendo. Aunque, como es lógico, defiende que para apreciar la existencia de circunstancias que justifiquen la no atribución a los hijos y al cónyuge en cuya compañía se queden del domicilio familiar, ha de exigirse, para enervar la presunción legal, una eficaz y sólida actividad probatoria que establezca de forma inequívoca el otro interés más necesitado de protección. Entre los factores que podrían acogerse para mitigar el rigor el artículo 96,1 del Código civil alude al carácter no familiar de la vivienda y a que los hijos tengan satisfecho de otro modo sus necesidades de habitación, pero

entendiendo, contra la tesis que parece acoger el Tribunal Supremo, que podrían darse otros.

Completa el capítulo estudiando, entre otras cosas, a que hijos se refiere el precepto; quien es el titular del derecho de uso, ¿el cónyuge, los hijos o ambos; y, diversos problemas relativos a la duración temporal del uso. En cuanto a la primera de las cuestiones, detiene su atención en los supuestos concretos de los hijos incapacitados y de los que están en situación de acogimiento preadoptivo. Respecto a la segunda, hace un repaso de todas las posibles soluciones que han sido defendidas por la doctrina, inclinándose por afirmar que la atribución es a los hijos y, *per relationem*, al cónyuge custodio. En la tercera, critica la limitación temporal del uso habiendo hijos menores y afirma la imposibilidad de establecer un término final superior al representado por la mayoría de edad de los hijos menores.

Aunque no es este lugar para repasar todo el contenido del libro, lo que sería inviable dada su extensión y la cantidad de problemas concretos que en él se abordan, también hace un estudio pormenorizado de otra serie de situaciones concretas y particulares en las que la ruptura de una pareja que hace necesaria la atribución de la vivienda familiar se aparta del caso general. Por un lado, de aquellas situaciones en las cuales la pareja que se rompe es una pareja no casada o, lo que es lo mismo, una pareja de hecho. Por otro, de las situaciones en las que la atribución de la vivienda familiar se realiza a través de una división material o física del inmueble en el que la vivienda se asentaba; de aquellas en las que la vivienda familiar no era propia de la pareja sino que había sido dada en arrendamiento a uno o a ambos miembros de la misma antes o después de celebrado el matrimonio o de haber constituido la pareja de hecho; y, por último, de aquellos casos en los que la vivienda familiar ha sido cedida gratuitamente a uno de los cónyuges por un familiar cercano, en particular cuando la atribución de la vivienda se hace en favor del otro cónyuge.

Por último, se analiza de forma exhaustiva cuando y como se puede modificar o extinguir la atribución de la vivienda familiar. Es decir, el procedimiento de modificación por variación de las circunstancias y todo un elenco de supuestos concretos que va desde la destrucción del inmueble al uso indebido, pasando por los cambios en el régimen de custodia de los hijos, la muerte de uno de los cónyuges, la existencia de otra vivienda, otros muchos ...

Como no podía ser de otra manera después de este exhaustivo y concienzudo estudio la autora defiende, en sus propias palabras "la necesidad perentoria de una reforma", asunto al que dedica el Capítulo IX del libro. Capítulo este breve y conclusivo, en el que resume su opinión sobre el estado de la cuestión y justifica la necesidad de abordar una reforma.

“En definitiva, -concluye la autora- la atribución del uso de la vivienda familiar debe ser una medida de última *ratio*, a adoptar solo y exclusivamente cuando no sea posible subvenir la necesidad de vivienda de quien presente el interés más necesitado de protección de otro modo. En todo caso, la atribución de la vivienda debe ser necesariamente temporal, pues atribuir el uso de la vivienda indefinidamente supone una virtual privación de los derechos dominicales del cónyuge titular exclusivo o cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar y el mantenimiento de la paz en las relaciones entre ambos progenitores”, en todo lo que yo estoy substancialmente de acuerdo.

Queda ahora en manos del legislador y, en su caso, de los Tribunales de Justicia atender a las razonables sugerencias que en esta obra quedan expuestas.