

El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana*

Allotting the Family Home after Separation or Divorce: Spanish Law and Italian Law in Comparative Perspective

por

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Privado de la Universidad LUMSA de Palermo

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio comparado entre el derecho español e italiano sobre las principales cuestiones que plantea la asignación del derecho de uso tras las crisis familiares, analizando semejanzas y diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos y proponiendo soluciones a problemas no resueltos.

* Este estudio se enmarca en los trabajos del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2013-47577-R: «Impacto Social de las Crisis Familiares». Es fruto de una reflexión común, desarrollada por los autores en el curso de varias estancias científicas en las Universidades de Valencia, Salerno y LUMSA de Palermo. Sin embargo, deben atribuirse al Prof. José Ramón de Verda y Beamonte los §§ II.1, III.1, IV.1, V.1, VI.1, VII.1, VIII.1, IX.1 y X.1; y al Prof. Gabriele Carapezza Figlia los §§ II.2, III.2, IV.2, V.2, VI.2, VII.2, VIII.2, IX.2 y X.2.

ABSTRACT: Comparative study of the Spanish and Italian Law with respect to the main problems posed by the family usage assignment of the family residence after a divorce, analyzing similarities and differences between the two Laws and providing solutions to unresolved problems.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Atribución del uso. Menores de edad. Régimen de custodia. Divorcio. Uniones de hecho.

KEY WORDS: *Family residence. Usage assignment. Children. Child custody. Divorce. Common-law relationship.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—III. RAZÓN DE SER DE LA REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NECESIDAD HABITACIONAL O TUTELA DE LA PERSONALIDAD DE LOS HIJOS (INTERESES EN CONFLICTO). 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO: EL CÓNYUGE SIN HIJOS. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO (SIGUE): LOS HIJOS MAYORES DE EDAD. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—VI. DURACIÓN Y CESACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—VII. OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL DERECHO DE USO Y POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—VIII. CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y DESTINO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—IX. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CONCEPTO DE COMODATO: SOLIDARIDAD FAMILIAR Y TUTELA DE LA PROPIEDAD. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—X. ASIGNACIÓN DE DERECHO DE USO Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.—XI. CONCLUSIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA. 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. DERECHO ITALIANO.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo pretende realizar un estudio comparado entre las experiencias jurídicas española e italiana para clarificar algunas cuestiones particularmente controvertidas en la interpretación de la regulación de la asignación del

uso de la vivienda familiar en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Se trata de una materia que, en ambos ordenamientos jurídicos, está sujeta a una atenta labor de revisión legislativa y, sobre todo, a una vivaz reflexión jurisprudencial y doctrinal.

A pesar de las diferencias normativas existentes, que tendremos ocasión de exponer a lo largo de este estudio, la común inspiración de ambos sistemas jurídicos en análogos principios constitucionales en el ámbito de las relaciones familiares hace especialmente interesante una aproximación de carácter comparado, en orden a favorecer la búsqueda de soluciones razonables y adecuadas a los problemas todavía no resueltos¹.

La regulación española sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra contenida en una pluralidad de normas, tanto de carácter estatal, como autonómico.

La norma estatal española de referencia es el artículo 96 del Código Civil:

«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 necesario 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»².

La lectura de este precepto evidencia de manera inmediata algunas diferencias con la disciplina italiana, actualmente, ubicada en el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, del *Codice* (en adelante, CCI) introducido por el artículo 55 del Decreto legislativo de 28 de diciembre de 2013, núm. 154 (denominado de «reforma de la filiación»)³.

Ante todo, mientras en el Derecho español, si nos atenemos al tenor literal del artículo 96 del Código Civil, la asignación del uso de la casa depende del régimen de custodia de los hijos, en Italia, a partir de la Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 54, «el disfrute de la casa familiar se atribuye, teniendo en cuenta, de manera prioritaria, el interés de los hijos»⁴. Además el Código Civil español regula de modo específico y autónomo la posición del cónyuge sin hijos, figura que, sin embargo, no es mencionada en el italiano, en el que el interés de los hijos es el criterio preferencial (aunque no exclusivo) de la asignación, precisando que el juez, al efectuarla, debe tener en cuenta «la regulación de

las relaciones económicas entre los cónyuges, considerado el eventual título de propiedad».

El artículo 337 *sexies*, párrafo 1.^º, CCI disciplina, además, expresamente, algunas causas de cesación y revocación de la asignación, como la falta de utilización de la vivienda, la convivencia *more uxorio* o el nuevo matrimonio del progenitor asignatario; así mismo, reglamenta el régimen de oponibilidad a terceros del derecho de uso y la inscripción de la resolución judicial que lo establezca en los registros inmobiliarios.

II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La asignación del uso de la vivienda familiar presenta indudables conexiones entre el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio.

1. DERECHO ESPAÑOL

La idea expuesta, como ya se ha apuntado, es evidente en el Derecho español, donde el artículo 96.I del Código Civil parte de la tesis de que, en los casos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y, por consiguiente, el uso de la vivienda familiar se asignará a uno de los progenitores (a quien se atribuya la custodia de los mismos y en tanto la misma persista), procurando no separar a los hermanos⁵.

Sin embargo, lo cierto es que este presupuesto ha ido quebrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español.

Ante todo, como consecuencia de la Ley de 8 de julio de 2005, la cual dio nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar «la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»). Así mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos)⁶, pero solo «Excepcionalmente», oído el Ministerio Fiscal⁷, y «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor»⁸.

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a

falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (arts. 233-10 y 11 del Código Civil de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera «abstractamente» como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurran circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón, artículo 5 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, de 1 de abril, y art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio).

En particular, el artículo 81.1 CDF de Aragón establece que «En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares». Por su parte, el artículo 6.1 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana dispone que «A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda».

Mas recientemente, el artículo 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco dispone que «Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por períodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior».

Es claro que en los casos de custodia compartida, han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el artículo 96.I del Código Civil⁹, que, como he dicho, presupone que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y, además, que los hijos, durante su minoría de edad (sobre esto insistiré más adelante), continúan viviendo en la misma casa: para que ello fuera posible sería necesario que cada uno de los padres tuviera a su disposición una vivienda distinta en la que residir en los períodos de tiempo en que no le correspondiera vivir con los menores, esto es, se requerirían tres casas, exigencia que difícilmente podría cumplirse en familias de economía media (y, más, en la actual situación de crisis económica)¹⁰.

La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común¹¹ se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de «corrección» del artículo 92.8 del Código Civil, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más

conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano)¹².

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida «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 la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; se afirma, así, «que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque 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»¹³.

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección «exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel»¹⁴. Se afirma que ello es «el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación»¹⁵. «Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos»¹⁶.

Obviamente esta nueva orientación jurisprudencial está produciendo un aumento del número de custodias compartidas no solicitadas por ambos progenitores, en las que esta falta de acuerdo también se proyecta sobre el uso de la vivienda familiar, planteando la necesidad de que, al igual que sucede en las legislaciones civiles autonómicas, se formule un criterio que permita decidir la cuestión, que, a nuestro parecer, respetando siempre el interés superior de los

hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda (tal y como hemos visto acontece en la legislación aragonesa y valenciana), pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el artículo 96.III del Código Civil) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el periodo en que convivan con el progenitor asignatario.

De donde se deduce que, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda o esta no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁷.

Recientemente, se ha decidido que «dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al artículo 1404 del Código Civil, para evitar más litigios»¹⁸.

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionando la consolidada regla (a la que en su momento me referiré con detenimiento), según la cual no es posible establecer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda asignada al progenitor custodio, mientras persista la minoría de edad de los hijos. Por el contrario, en los supuestos de custodia compartida, a través de una aplicación analógica del artículo 96.III del Código Civil, se ha inclinado por establecer una limitación temporal del derecho de uso concedido al progenitor que se encuentra en mayores dificultades de acceder a otra vivienda, que valore también el régimen de propiedad de la misma, solución que creo razonable, si tenemos en cuenta que dicha limitación será siempre revisable, pudiendo prologarse el uso en favor del progenitor que inicialmente lo tuviera atribuido, si persiste esa imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda.

Ha dicho así: «Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma

que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver ‘lo procedente’. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Concretamente, se atribuyó a la madre el uso de la vivienda privativa del marido, pero solo por dos años, estimándose que «Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad [33 años], y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas»¹⁹.

2. DERECHO ITALIANO

El artículo 337 *sexies*, párrafo 1.^º, del Código Civil regula la asignación del uso de la casa familiar de modo unitario para las situaciones de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y cesación de la convivencia entre progenitores no casados. La introducción de un único *status* de hijo ha permitido superar definitivamente cualquier resquicio de subordinación de las relaciones entre padres e hijos a la resolución de la crisis de la pareja, la cual ya fue ampliamente atenuada por la Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 24, sobre custodia compartida, y que hoy es prácticamente inexistente. No obstante, el Decreto

Legislativo núm. 154 de 2013 no ha derogado el artículo 6, párrafo primero, de la Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898, que regula la atribución de la casa familiar en el divorcio, por lo que es precisa una labor de coordinación interpretativa²⁰.

La opción del legislador italiano en 2006 en favor de la custodia compartida incide sobre la regulación de la disciplina del uso de la casa familiar²¹, aunque, como voy a exponer, de una manera menos radical de lo que acontece en la legislación autonómica y en la jurisprudencia españolas, en la que la custodia compartida implica un reparto igualitario de los períodos de convivencia de cada uno de los padres con hijos (por ejemplo, por semanas o meses alternos).

Según una parte de la doctrina italiana, la inspiración de la nueva normativa en el principio de igualdad de posiciones de los progenitores habría hecho «cesar la tradicional conexión entre custodia de los hijos atribuida a uno de los padres y asignación a este último —precisamente, como consecuencia de la atribución de la custodia— de la casa familiar»²².

Sin embargo, la superación de la regla de la custodia individual no significa que deba existir una identidad de los «tiempos de permanencia a cargo de cada uno de los padres» (cfr. art. 155, párr. 4.^º, CCI), como confirma la necesidad de fijar la residencia del menor en la del padre o de la madre²³. La prevalencia de la ubicación («collocazione») del hijo en el lugar en que habita uno de los progenitores ha permitido a la jurisprudencia salvaguardar la conexión de la decisión judicial sobre la asignación con el interés del menor a permanecer en la casa junto al progenitor con el que habita habitualmente²⁴. En verdad, la atribución del disfrute la casa familiar a uno de los progenitores resulta de la prevalencia de la «localización» del hijo, la cual permite la determinación del «grupo familiar residual» merecedor de mayor protección desde el punto de vista habitacional²⁵.

III. RAZÓN DE SER DE LA REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NECESIDAD HABITACIONAL O TUTELA DE LA PERSONALIDAD DE LOS HIJOS (INTERESES EN CONFLICTO)

1. DERECHO ESPAÑOL

La atribución del uso de la vivienda familiar, tras una crisis conyugal, plantea situaciones complejas: la vivienda suele ser el bien más valioso del que disponen los cónyuges, exigiendo, por lo general, su compra una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si

no se vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso, oponible a terceros.

Lo cierto es que el artículo 96 del Código Civil presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar, ya que su finalidad primordial es asegurar, como no podía ser menos, el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección. Pero, con frecuencia, se ha acentuado la protección del interés de los hijos menores establecida en el precepto, llegándose a soluciones, a veces, desproporcionadas, contra las que ha comenzado a reaccionarse, buscándose una armonización más justa de todos los intereses en juego, que tenga también en cuenta la situación del cónyuge en cuya compañía no quedan los hijos menores de edad²⁶. Una de estas soluciones, en las que, mi juicio, debe profundizarse es la de poder realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación, la cual está comprendida dentro de los alimentos que deben prestarles sus progenitores²⁷.

Ciertamente, la idea que parece presidir la redacción del artículo 96.I del Código Civil es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable²⁸. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. De hecho, lo previsto en el precepto, solo se aplica «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez»; y, si los cónyuges pueden pactar, de común acuerdo, que los hijos y el padre que quede con ellos, pasen a habitar otra vivienda, no se comprende por qué el juez no ha de poder adoptar esta medida a petición de uno de ellos, cuando la oposición del otro, por carecer de justificación objetiva y razonable, sea abusiva²⁹. Por otro lado, la normalización de la custodia compartida con la fijación de tiempos de convivencia tendencialmente idénticos de los hijos con ambos progenitores supone un cuestionamiento de la idea de que los menores deben permanecer siempre en la misma casa y acentúa una interpretación del artículo 96 del Código Civil en clave alimenticia.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación del artículo 96.I del Código Civil considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional.

Ha dicho, así, 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 este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrarse un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil»³⁰.

Es, por ello, que, con argumentación semejante, no ha atribuido el uso de vivienda familiar al progenitor custodio en otros casos (en los que este tenía a su disposición otra casa apta para satisfacer la necesidad de habitación de los hijos de forma digna y adecuada). Así, cuando el padre custodio, con un alto nivel económico, ha alquilado una vivienda por lo que paga 1.800 euros mensuales, de modo que «el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del artículo 96 del Código Civil»³¹; cuando la madre custodia ha «adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos» pues, «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»³², o cuando existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece pro indiviso a ambos progenitores, pues, «si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre»³³.

Las recientes leyes autonómicas sobre la materia refuerzan la lectura en clave de alimentos del derecho de uso³⁴.

Así, el artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña, en su número 4, afirma que «Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos»; y, en su número 6, que «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de

la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

A tenor del artículo 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, este cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

Según el artículo 12. 6 de Ley 7/2015 del País Vasco, «El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado».

Pero existen otras medidas (además del posible realojo de los menores en otra vivienda distinta), que razonablemente, ha ido adoptando la jurisprudencia para llegar a soluciones que tengan en mayor consideración) el interés del progenitor, que, aun siendo copropietario o, incluso, propietario exclusivo de vivienda, pierde la posibilidad de usarla: una, muy clara, avalada por la legislación autonómica, es la de considerar que dicha privación de uso supone una contribución de la obligación de alimentos de los hijos³⁵, por lo que ha de ser tenida en cuenta³⁶ en orden a fijar la cuantía de la prestación que, en su caso, deba satisfacer el progenitor no custodio³⁷, así como, también (creo yo) la cuantía de la eventual pensión compensatoria.

Además, la jurisprudencia actual³⁸, con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad³⁹. Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habersele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos⁴⁰. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el artículo 393 del Código Civil, de modo que se hará en proporción a sus

respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales⁴¹. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda⁴² y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera⁴³.

Se ha admitido también (al igual, que, como veremos en su momento, hace la jurisprudencia italiana) la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las necesarias condiciones de habitabilidad: p. ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta baja y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas⁴⁴.

Además, se impone en la práctica jurisprudencial⁴⁵ la idea de que el cónyuge usuario de la casa familiar común, salvo pacto en contrario, debe pagar los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad⁴⁶; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean⁴⁷.

Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, «en aras al equilibrio económico entre las partes», distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de estos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que «el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación», lo que no obsta «para que de acuerdo con el artículo 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad»⁴⁸.

Por último, en el ámbito del Derecho autonómico cabe destacar la interesante solución prevista en el artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril⁴⁹, que establece lo siguiente: «En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o

en virtud de decisión judicial»⁵⁰. Esta misma solución ha sido recientemente adoptada por el artículo 12. 7 de Ley 7/2015 del País Vasco.

2. DERECHO ITALIANO

En Italia, la nueva redacción del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI., obliga al juez a atribuir el uso de la casa familiar, «teniendo en cuenta de manera prioritaria el interés de los hijos». Como se ha dicho, aunque, en la actualidad se ha abandonado toda idea de automatismo en relación con la custodia⁵¹, no obstante, la exigencia de protección de los hijos menores (o de los mayores de edad con derecho a alimentos) marca una clara tendencia preferencial hacia la asignación del inmueble al padre con el cual aquello convivan⁵².

Pero, más en general, en la experiencia jurídica italiana prevalece una lectura personalista del derecho de uso, al cual se le asigna una finalidad de naturaleza extrapatrimonial⁵³.

Se observa, pues, una primera e importante diferencia con el ordenamiento jurídico español, en el que las recientes orientaciones jurisprudenciales y las legislaciones autonómicas, destacan y valoran la connotación patrimonialista del derecho, hasta el punto de configurar su atribución como un cumplimiento *in natura* de la obligación de alimentos.

Por el contrario, en Italia, la Corte de Casación, por un lado, excluye que la decisión sobre la atribución pueda «estar condicionada por la ponderación entre los intereses de naturaleza exclusivamente patrimonial de los cónyuges y de los hijos»⁵⁴; por otro lado, requiere que la medida se dirija, únicamente, a la tutela de la personalidad de la prole⁵⁵. En otros términos, aunque la atribución tenga efectos reflejos de carácter económico, los intereses patrimoniales de los protagonistas de la crisis familiar pueden interferir, pero no prevalecer sobre la exigencia prioritaria de la naturaleza existencial de los hijos⁵⁶.

El concepto de casa familiar resulta claramente configurado de la referida *ratio personalista* de la disciplina de la asignación del derecho de uso. Si el interés que se protege es el de la continuidad habitacional de la prole, la «casa familiar» no será cualquier inmueble abstractamente idóneo para satisfacer las exigencias genéricas de los hijos, sino la residencia en la que se haya desenvuelto la vida de la familia durante la convivencia de los padres. Desde un punto de vista teleológico, según la jurisprudencia, dado que el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI pretende garantizar «la exigencia de conservación del *habitat* doméstico, entendido como centro de los afectos, de los intereses y de los hábitos en los cuales se expresa y se articula la vida familiar»⁵⁷, el objeto de la asignación puede ser solamente la casa «que haya constituido el centro de agregación de la familia durante la convivencia, con exclusión de cualquier otro inmueble del que los cónyuges tuvieran disponibilidad»⁵⁸.

Por lo tanto, mientras el ordenamiento español, en su evolución más reciente, se abre hacia una visión de la asignación del derecho de uso como un instrumento de tutela del abstracto y genérico interés habitacional de los hijos, el Derecho italiano conserva una noción objetiva de casa familiar, tendencialmente basada sobre los caracteres de estabilidad, habitualidad y continuidad del ambiente doméstico⁵⁹.

Dicho concepto de casa familiar, no solo tiene una valoración descriptiva, sino que en la elaboración jurisprudencial posee un preciso significado preceptivo. Por una parte, se excluye, la asignación cuando la unidad inmobiliaria no haya constituido, de hecho, el lugar de desenvolvimiento de la vida familiar, como, por ejemplo, en los casos de un consolidado desraizamiento del mismo de los hijos y del progenitor conviviente⁶⁰; o cuando falte una convivencia estable con el progenitor por parte de los hijos, que se alejan por motivos de estudio o de trabajo⁶¹; por otra parte, se rechazan de manera constante, las demandas de asignación de inmuebles usados durante la convivencia de los progenitores de modo ocasional o intermitente, como las casas de campo⁶².

Sin embargo, teniendo en cuenta la *ratio* del artículo 337 *sexies*, párrafo 1, CCI, dirigida a la promoción de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 de la Constitución italiana), el juez puede atribuir una casa diversa a la familiar, cuando ello suponga una decisión que, en el caso concreto, satisfaga mejor las exigencias existenciales de la prole⁶³.

Por lo demás, la normativa más reciente respeta ampliamente el acuerdo entre los cónyuges en las crisis familiares, como lo demuestran, sea el artículo 337 *ter*, párrafo segundo, CCI, según el cual, el juez «respeta, si no son contrarios al interés de los hijos. Los acuerdos adoptados por los padres», sea el 6, del Decreto-ley de 12 de septiembre de 2014 núm. 132 (convalidado, con modificaciones por la Ley de 10 de noviembre de 2014, núm. 162), que regula la negociación asistida por abogados para la solución consensuada de la separación y divorcio⁶⁴. Se abre, así, una visión subjetiva del lugar habitativo resultante de la determinación convencional de los cónyuges, aunque siempre sujeta al control judicial de correspondencia de la misma al interés de la prole⁶⁵. Pero, si el acuerdo de los padres (autorizado u homologado por el juez) puede prever la asignación de una vivienda distinta de la originaria, no puede excluirse la posibilidad de que el juez adopte esta medida, también a petición de uno solo de los padres, cuando se trate de una decisión que armonice de manera equilibrada todos los intereses implicados en la controversia a la luz del interés superior del menor.

En otras palabras, debería admitirse que el juez pudiera establecer la atribución del uso de una casa, que, si bien no ha representado el centro de agregación de la comunidad familiar, en atención a las circunstancias concretas, resulte ser el lugar más favorable para el desarrollo armonioso de la personalidad de los hijos. Desde este punto de vista, la atribución, lejos de transformarse en una

forma de contribución económica a los alimentos, perseguiría la función de tutelar más eficazmente los intereses no patrimoniales de la prole, la cual podría plasmarse en diversas posibilidades en la realidad práctica.

IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO: EL CÓNYUGE SIN HIJOS

El estudio de los intereses jurídicamente relevantes en la disciplina de la vivienda familiar requiere el examen de los criterios de atribución previstos en las leyes, en particular, en relación a las posiciones del cónyuge sin hijos y de los hijos mayores de edad.

1. DERECHO ESPAÑOL

Como ya se ha dicho, el artículo 96.I del Código Civil (en defecto de solución pactada) prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, protegiendo el interés de estos últimos a ver satisfecha su necesidad de habitación. Pero, además, el artículo 96.III del Código Civil contempla también la posibilidad de que, en el caso de que no haya hijos, el juez atribuya al cónyuge no titular, el uso de la casa, «por el tiempo que prudencialmente se fije», «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Por lo tanto el derecho de uso presenta una diversidad funcional, ya que con su atribución, no solo protege el interés de los hijos menores de edad (atribuyéndose al progenitor custodio), sino también, en ciertos supuestos, el del cónyuge sin descendencia.

Ahora bien, hay que hacer dos precisiones: en primer lugar, a pesar de que el artículo 96.III del Código Civil se refiere al supuesto de que no haya hijos, la jurisprudencia entiende que el precepto también se aplica cuando existen hijos mayores de edad⁶⁶ (porque, si no los son, la atribución corresponderá al progenitor custodio mientras persista su estado de minoría de edad); en segundo lugar, aunque el artículo 96.III del Código Civil habla del «cónyuge no titular», la jurisprudencia considera que la norma se aplica igualmente cuando el cónyuge beneficiario de la atribución es parcialmente propietario de la vivienda, por ser esta común o tener carácter ganancial, en cuyo caso, parece prudente que el límite temporal del derecho de uso (garantizando, quizás, un mínimo periodo de ocupación) coincida con el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial⁶⁷ o con el de la venta del inmueble, si esta tiene lugar antes⁶⁸.

Hechas estas precisiones, conviene resaltar que la atribución del uso de la vivienda a quien no es titular exclusivo de la misma es excepcional. El artículo

96.III del Código Civil la prevé, exclusivamente, cuando «su interés sea el más necesitado de protección»⁶⁹. Pero no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que, como recientemente ha declarado la jurisprudencia, será necesario probar que, «realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte»⁷⁰.

Se ha atribuido, así, el uso de la vivienda de carácter ganancial a los dos cónyuges por períodos alternativos de un año, porque en «ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del exmarido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar»⁷¹; e igualmente, se ha desestimado la pretensión de la mujer (no existiendo hijos menores) de que se le asignara el uso de la vivienda familiar, porque la circunstancia de que era «la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace»⁷².

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no solo es excepcional, sino también temporal, por el plazo que «prudencialmente se fije» por el juez (art. 96.III del Código Civil)⁷³.

En el mismo sentido se orienta el artículo 233-1 del Código Civil de Cataluña, que, en su núm. 1 f), prevé que «Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla». Por su parte, el artículo 81.3 del Código de Familia de Aragón, establece que «La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, que, a falta de acuerdo, fijará el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia».

2. DERECHO ITALIANO

El diverso modo de aproximarse del legislador italiano a la materia de la vivienda familiar se evidencia cuando se estudian los criterios de atribución, de los que se deduce la función misma del derecho de uso.

Una de las principales diferencias entre el Derecho español e italiano emerge en el distinto tratamiento de la posición del cónyuge sin hijos.

En el ordenamiento jurídico italiano el tenor literal de la disposición normativa de referencia no ha sido nunca, ni claro, ni unívoco.

El texto originario del artículo 155, párrafo cuarto, del Código Civil (tal y como fue redactado por la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151 y vigente

hasta el 2006), ubicado en separación matrimonial disponía que «La habitación en la casa familiar corresponde *preferentemente*, y *en cuando sea posible*, al cónyuge al que se atribuye la custodia de los hijos». En cambio, en los casos de divorcio, el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970 prevé que el «juez deberá valorar las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la decisión y favorecer al cónyuge más débil». Por último, según el nuevo artículo 337 *sexies* CCI, aplicable a todos los supuestos de crisis familiar, en la atribución habrá que tener en cuenta, no «exclusivamente», sino «prioritariamente», los intereses de los hijos⁷⁴.

La ambigüedad de los referidos preceptos ha permitido a una parte de la doctrina y a un sector minoritario de la jurisprudencia asignar también al derecho de uso una función de tutela del cónyuge no custodio, pero, sobre todo, del cónyuge sin hijos⁷⁵. De esta manera la atribución del uso se convierte en una modalidad de cumplimiento de la obligación de alimentos⁷⁶, que permite satisfacer el interés personal del cónyuge más débil a permanecer en la que fue residencia familiar⁷⁷.

Por el contrario, una consolidada jurisprudencia —con algunos importantes fallos de las *Sezioni unite*⁷⁸ y de la Corte Constitucional⁷⁹— apoyada por una parte de la doctrina⁸⁰, asigna a la atribución del uso de la vivienda familiar una función «exclusiva» de tutela de los hijos menores o mayores no autosuficientes, y no, del cónyuge económicamente más débil. Por lo tanto, el Juez, al resolver sobre la cuestión, debe tener en cuenta la protección del interés de la continuidad de vida los hijos⁸¹ y, en ausencia de los mismos, no podrá acordar la atribución con la finalidad de reequilibrar las condiciones patrimoniales de los cónyuges⁸².

En efecto, la tesis, según la cual el artículo 337 *sexies* del Código Civil exigiría tener igualmente en cuenta el interés del cónyuge más débil, contrasta con la circunstancia de que el precepto esté ubicado entre las disposiciones que regulan, no las relaciones «horizontales» de los (*ex*) cónyuges entre sí, sino las «verticales» entre padres e hijos, también de los nacidos fuera del matrimonio⁸³.

Por lo tanto, no parece que persuada esta solución tendente a establecer una suerte de continuidad entre la fase fisiológica y patológica de la vida conyugal⁸⁴. De hecho, algunos autores, argumentan sobre la posibilidad de que el cónyuge no titular sea el beneficiario del derecho de uso con apoyo en el artículo 144 del Código Civil, según el cual los cónyuges acuerdan entre ellos la fijación de su residencia⁸⁵. Sin embargo, la circunstancia de que, *constante* el matrimonio, el cónyuge titular no pueda sustraer unilateralmente la destinación del inmueble a la finalidad de residencia familiar, sin infringir los deberes de colaboración y acuerdo sobre la dirección de la vida familiar (arts. 143 y 144 CCI)⁸⁶, no autoriza a concluir que sea admisible la atribución del uso de la vivienda en beneficio del cónyuge *después* de la separación o el divorcio. En realidad, mientras en la fisiología de matrimonio el concurso del cónyuge no titular en la determinación de la residencia es una plasmación concreta de la regla general de la necesidad

de acuerdo y no da lugar (sino de manera limitada) a una compresión de las facultades del derecho de propiedad, en cambio, con la medida de la atribución judicial la modificación del régimen de disfrute resultaría subordinada a ciertos presupuestos específicos (art. 337 *sexies* CCI) extraños a la esfera de influencia del titular; el cónyuge titular resultaría, así, privado de la facultad de uso de la vivienda; el destino del inmueble no resultaría de un acuerdo en el que también participaría el propietario, sino de una resolución judicial.

No obstante, debe precisarse que la imposibilidad de asignación judicial al cónyuge sin hijos no resulta de una pretendida naturaleza excepcional del artículo 337 *sexies* CCI, que impediría el recurso a la analogía⁸⁷. Una norma es excepcional cuando se desvía de los principios del ordenamiento jurídico, lo que se justifica por la peculiaridad de su supuesto de hecho⁸⁸. Sin embargo, el artículo 337 *sexies* CCI no se encuentra en una «singular relación» con la axiología del ordenamiento, sino que supone una modalidad de actuación del principio constitucional de tutela de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 de la Constitución). La excepcionalidad de la disciplina tampoco puede deducirse de su potencialidad para limitar las facultades del derecho de propiedad, según una tesis, que ha sido totalmente superada tras la entrada en vigor de la Constitución⁸⁹.

Más bien, el fundamento de la posición contraria a la extensión analógica del artículo 337 *sexies* CCI al cónyuge sin hijos se halla en la circunstancia de que su *ratio* justificativa (tutela del interés de los hijos) no es común con el supuesto de hecho no regulado (cónyuge más débil), de modo que resulta excluida la aplicación directa del principio contenido en los artículos 2 y 30 de la Constitución⁹⁰. Dicho de otro modo, la admisión de una perspectiva funcional, que valora la aptitud del derecho de uso para promover los intereses existenciales de los hijos implicados en una crisis familiar impide recurrir a la analogía, lo que transformaría su atribución en una contribución económica a los alimentos, haciéndola desempeñar una finalidad patrimonial extraña a la *ratio legis* de la norma interpretada⁹¹.

Además, la admisión de la asignación del uso en favor del cónyuge no custodio no es una operación «neutral», que se limite a introducir una ulterior modalidad de cumplimiento de la obligación de alimentos. Por el contrario, reduce la protección de los intereses concurrentes representados, no solo por el derecho de propiedad del cónyuge titular o cotitular del inmueble⁹², sino también por los no patrimoniales de los hijos.

Sin embargo, la exigencia de tutela del interés de los hijos no debe precluir soluciones interpretativas que traten de armonizar, de modo equilibrado, todos los intereses implicados en cada caso concreto, incluidos los del progenitor no conviviente.

En primer lugar, la conciencia de que la atribución del uso tiene una efectiva incidencia sobre las condiciones económicas de los cónyuges, beneficiando al

asignatario del mismo, ha inspirado la redacción del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, en la parte en que dispone que el juez debe tener en cuenta la atribución al regular las relaciones económicas entre los cónyuges, «considerado el eventual título de propiedad». La fijación del valor económico del uso de la casa familiar permitirá, por ejemplo, moderar la cuantía de la pensión compensatoria eventualmente percibida por el cónyuge beneficiario.

En segundo lugar, existe una original modalidad de armonización de los intereses de los hijos con los del progenitor no asignatario del derecho de uso, que es representada por la figura, de creación jurisprudencial, de la «asignación parcial»⁹³.

Numerosas sentencias limitan la atribución del uso «a aquella parte de la casa familiar realmente necesaria para cubrir las necesidades de la persona que conviven en la familia, teniendo en cuenta, al establecer las concretas modalidades de asignación, las exigencias vitales del otro cónyuge y las posibilidades de disfrutar del inmueble de manera separada y autónoma»⁹⁴.

Pero, en un planteamiento más general, se suscitan importantes dudas en la hipótesis en la que el progenitor no custodio tenga un interés existencial a permanecer en el que fue domicilio conyugal, que merezca mayor protección que el de los hijos⁹⁵. Es el caso del padre inválido o gravemente enfermo, que sufriría por su desalojo un perjuicio desproporcionado respecto a la ventaja que la permanencia en la casa reporta a los hijos. No faltan en estos supuestos decisiones de la Corte de Casación y de Tribunales de Instancia, que consideran prevalente el interés a continuar en la vivienda del progenitor no custodio, afectado por un *handicap* o una grave enfermedad⁹⁶. Ahora bien, un análisis atento de estos fallos pone de manifiesto que en todos ellos el progenitor no custodio era el propietario del inmueble. Por lo tanto, la jurisprudencia no crea ningún derecho de disfrute nuevo sobre la vivienda, sino que se limita a no disponer la atribución al cónyuge no titular, considerando recesiva la posición de los hijos.

En mi opinión, se trata de una solución equilibrada que, en orden a la atribución o no del uso, admite ponderar, junto con el interés de los hijos, no solamente el puramente patrimonial del cónyuge titular —como ha sostenido la interpretación tradicional— sino también sus exigencias existenciales. De este modo, el Juez realiza siempre una ponderación entre la posición de los hijos y la del cónyuge titular, en la que intervienen una amplia gama de intereses, no solo patrimoniales, sino, sobre todo, existenciales. Esta interpretación —sin conferir a la atribución una función de tutela del cónyuge económicamente más débil— también pone en valor el tenor literal de los artículos 337 *sexies*, párrafo primero, CCI y 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970, ya que sustrae la decisión judicial a toda clase de automatismo y enriquece el conjunto de los intereses entre los cuales ha de realizar una labor de ponderación para determinar cuál es el prevalente.

V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO (SIGUE): LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Otra de las diferencias entre las dos legislaciones se manifiesta en la posición de los mayores de edad.

1. DERECHO ESPAÑOL

Es evidente que, aunque el artículo 96.I del Código Civil habla de «hijos», ha de aplicarse, exclusivamente, a los hijos menores de edad. Si la razón por la cual el precepto atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor con quien convive el hijo radica en el hecho de que tiene encomendada su custodia, es evidente que esta circunstancia no concurre allí donde, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, ha tenido lugar la extinción de la patria potestad.

El precepto es una expresión concreta del principio constitucional, según el cual «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda», por ejemplo, cuando han sido incapacitados⁹⁷.

Este entronque del artículo 96.I del Código Civil con el artículo 39.3 CE impide, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia, limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial⁹⁸. Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda)⁹⁹. El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea este (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.

Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual¹⁰⁰ (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual «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», porque el artículo 96.I del Código Civil «no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la

pareja»; de modo que «una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos 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»¹⁰¹.

Es evidente que el genérico mandato constitucional de protección de los hijos no se proyecta sobre los mayores de edad, respecto de los cuales no juega el artículo 96.I del Código Civil, sino que la protección de su necesidad de habitación debe discurrir por un cauce distinto, esto es, el de la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de donde se deducen una serie de consecuencias.

En primer lugar, el progenitor con el que sigan conviviendo los hijos durante la minoría de edad, no tiene un derecho automático a que se prorrogue el derecho al uso de la vivienda familiar, sino que tendrá que demostrar la existencia de una situación objetiva de necesidad de ambos (arts. 148.I y 152.3.^º del Código Civil) y, solo, entonces, si su interés es el más merecedor de protección que el del otro progenitor (a falta de existencia de otras alternativas razonables), podrá pedir continuar en el uso de la casa con el hijo mayor de edad, por el tiempo que el juez estime prudencial, al amparo del artículo 96.III del Código Civil, subordinada siempre a la persistencia de la necesidad de habitación, pues, en el caso de que desapareciese, podría instarse un procedimiento de modificación de medidas.

En segundo lugar, el hijo mayor de edad tampoco tiene derecho *per se* a continuar en el uso de la vivienda conyugal, incluso aunque probara el estado de necesidad, porque como ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo, la prestación alimenticia a favor de los mayores (dentro de la cual se subsume la habitación) «admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos»; por lo tanto, «Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella»; y concluye: «En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 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»¹⁰².

2. DERECHO ITALIANO

Como ya se ha apuntado, en el punto que nos ocupa existen diferencias significativas entre el Derecho español y el italiano, el cual, por cuan-

to concierne a la obligación de alimentos de los progenitores, parte de la equivalencia entre la posición jurídica de los hijos menores y la de los mayores de edad que no hayan alcanzado una independencia económica por causas ajenas a su voluntad (art. 147 CCI)¹⁰³, lo que aparece confirmado por el artículo 155 *quinquies* CCI (introducido por la Ley núm. 54 de 2006), en la actualidad sustituido por el artículo 337 *septies* CCI, según el cual, en los casos de separación, el juez «puede disponer en favor de los hijos mayores no independientes económicamente el pago de un pensión periódica»¹⁰⁴.

Partiendo de esta premisa, la doctrina y la jurisprudencia excluyen que la disciplina de la atribución del uso de vivienda familiar permita establecer diferencias entre los hijos menores de edad y los hijos mayores con derecho a alimentos¹⁰⁵. Aunque el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI hable genéricamente de «intereses de los hijos» —allí donde el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970 se refiere expresamente a los hijos convivientes «más allá de la mayoría de edad»— una lectura sistemática del precepto permite confirmar su interpretación extensiva, desde el momento en que, entre las causas de extinción del derecho de habitación, no se incluye la adquisición de la mayoría de edad por parte de los hijos¹⁰⁶.

Sin embargo, es necesario precisar que, en sede de asignación de la casa familiar, extender *tout court* a los hijos mayores de edad el tratamiento normativo reservado a los menores puede conducir a soluciones no razonables, que sacrifiquen íntegramente y sin límites temporales la posición jurídica del progenitor propietario que no convive con los hijos. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han realizado algunas correcciones para ponderar de manera más adecuada todos los intereses en conflicto.

Ante todo, la intensidad de la tutela del derecho a habitación se valora de manera inversamente proporcional al aumento de la edad¹⁰⁷; además, el derecho de uso de la casa familiar, presupone, en la misma medida que el derecho de alimentos, que el hijo mayor de edad no sea culpable de no haber alcanzado su independencia económica¹⁰⁸; por último, oportunamente, se ha sugerido que se tenga en cuenta el valor económico del derecho de uso en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad¹⁰⁹.

VI. DURACIÓN Y CESACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN

Existen algunas diferencias significativas respecto a las causas de cesación de la atribución del derecho uso entre el Derecho español e italiano, en particular, por lo que concierne a los efectos del nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* del progenitor asignatario.

1. DERECHO ESPAÑOL

Tratándose de progenitores que tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, por su condición de custodios exclusivos de los hijos menores de edad, el derecho de uso se extingue al cumplir estos la mayoría de edad; en los demás casos, cuando expira el plazo judicialmente fijado; y ello, sin perjuicio de que, si, en ese momento, persiste una situación de necesidad objetiva, dicho plazo pueda ser prorrogado.

No obstante, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, según la cual es posible satisfacer la necesidad de habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad o de que se cumpla el plazo de duración fijado (si el derecho corresponde a un progenitor sin hijos o con hijos mayores de edad), en el caso de que el asignatario adquiera a título oneroso o gratuito (por ejemplo, por herencia¹¹⁰) en propiedad plena¹¹¹ o compartida (por ejemplo, con un nuevo cónyuge o conviviente¹¹²) una casa apta para satisfacer la necesidad de habitación que se trata de proteger¹¹³ (o, recupere el uso de la que estaba alquilada, por extinción del contrato de arrendamiento¹¹⁴), pues podrá habitar en ella, o, si (como se prevé en el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI) abandona la vivienda familiar de manera permanente para residir en otra¹¹⁵, sea de su propiedad¹¹⁶ o ajena: por ejemplo, retorna a casa de los propios padres¹¹⁷) o reside en la vivienda de otra persona con la que se vuelve a casar o con la que mantiene una convivencia *more uxorio*).

Pero a diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, lo que en el ordenamiento jurídico español no se admite (con la salvedad del reciente artículo 12.11.d. de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio), es que el derecho de uso se extinga por el mero hecho de que el asignatario contraiga un nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otra persona distinta a la del otro progenitor; y, a pesar de las duras críticas de un sector de la doctrina¹¹⁸, no creo que esta solución sea desacertada.

Téngase en cuenta que, si la razón de la atribución (temporal) del uso estriba en la necesidad de habitación de un progenitor sin hijos menores de edad, la misma no desaparece por la circunstancia de casarse o de convivir con un tercero, sino, exclusivamente, cuando su nuevo cónyuge o conviviente *more uxorio* tenga una casa en la que poder vivir con él. Por otro lado, si estamos ante un progenitor a quien se atribuye la vivienda familiar, por razón de ser el custodio exclusivo del hijo menor de edad, no parece que el hecho de que su nuevo cónyuge o conviviente tenga una casa le obligue a residir en ella, con el riesgo de que, si su posterior matrimonio o unión de hecho fracasa, no pueda volver a la vivienda familiar originaria para atender la necesidad de habitación del menor¹¹⁹. Es cierto que, si el nuevo cónyuge o conviviente reside en la vivienda familiar del anterior

matrimonio, es posible que este obtenga un enriquecimiento injusto, por ejemplo, por disfrutar de una vivienda ajena, a pesar de tener otra propia, que no usa y tiene alquilada¹²⁰, caso este, en el que podría pensarse en una compensación a su cargo en favor del progenitor propietario privado del uso de su casa.

2. DERECHO ITALIANO

La formulación del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI no resuelve la cuestión de la duración de la atribución, limitándose a prever que el derecho de disfrute «se extingue cuando el asignatario no habite o cese de habitar establemente en la casa familiar o conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio».

La norma, al no contemplar una duración máxima de la atribución, no enumera, entre las causas de extinción del derecho el transcurso del plazo¹²¹. Sin embargo, el natural carácter temporal de la atribución¹²² permite fijar un término explícito, sea en la resolución judicial de asignación, sea en un procedimiento de revisión de medidas.

La jurisprudencia ha completado el elenco de las causas de extinción previstas por el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI añadiendo las siguientes: la mayoría de edad o la autosuficiencia económica de los hijos; la cesación de la convivencia con ellos; la muerte del asignatario; la atribución al mismo de la propiedad exclusiva del inmueble como consecuencia de la división; la extinción del título de disfrute del bien (por ejemplo, por transcurso del término del usufructo, del arrendamiento, del comodato).

Es interesante subrayar que en los casos de nuevo matrimonio o de convivencia del progenitor la Corte Constitucional ha excluido el automatismo de la revocación, subordinándola a un juicio de conformidad al interés de los hijos¹²³. Así mismo, ha precisado que existe un «principio general» de «posibilidad de modificación en todo momento» de la resolución judicial que atribuye el derecho de uso «por circunstancias sobrevenidas»; no obstante, dicho principio no opera *ipso iure*, sino que siempre se requiere una nueva valoración judicial a la luz del interés del menor¹²⁴. Por lo tanto, todo supuesto de revisión o extinción del derecho —con excepción de la muerte del titular— exige la intervención de la autoridad judicial, que, al modular la duración de la asignación, está llamada a volver a considerar la ponderación de los intereses en conflicto, realizada en el momento de la atribución¹²⁵.

VII. OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL DERECHO DE USO Y POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

En el tema relativo a la oponibilidad a los terceros adquirentes del derecho de uso y al de la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad

existe una aproximación entre ambos ordenamientos jurídicos, si bien en el italiano hay una previsión legal expresa, que no se encuentra en el español, por lo que la cuestión ha debido ser resuelta por la jurisprudencia.

1. DERECHO ESPAÑOL

Más allá de los debates doctrinales¹²⁶ y de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la figura (entre las que hoy predomina claramente la que niega su carácter de derecho real)¹²⁷, lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario¹²⁸, aún no inscrito en el Registro de la Propiedad¹²⁹, es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su consentimiento *ex art. 96.IV del Código Civil*)¹³⁰; y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción de división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores¹³¹.

A mi parecer, en el supuesto (en el que, sin duda, está pensando el art. 96 del Código Civil) de que la propiedad de la vivienda pertenezca a uno o a ambos progenitores, la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso, cuando este es asignado al no titular o al titular parcial de la vivienda (y a los efectos frente a terceros que la jurisprudencia le confiere) es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena¹³².

Es indudable que se da el elemento interno de los derechos reales, esto es, la inmediatez, pues el titular del derecho usa la vivienda directamente, sin necesidad de la intermediación de un tercero¹³³. En mi opinión, pese a lo que algunas recientes sentencias han afirmado¹³⁴, el derecho contemplado en el artículo 96 del Código Civil no se identifica con la facultad (prevista en el párrafo cuarto del precepto) que el asignatario tiene para oponerse a la enajenación del inmueble hecha por el progenitor propietario, sin su consentimiento (o sin autorización judicial) y con la correlativa posibilidad de anulación del contrato que en su caso se hubiera celebrado¹³⁵. Es, más, creo que dicha facultad no forma parte del contenido del derecho, sino que es externa al mismo, presuponiendo su existencia como un hecho previo: se le otorga al titular del derecho de uso como un mecanismo (no exclusivo) para proteger la necesidad de habitación de los hijos encomendados a su cuidado (o, en defectos de hijos, la suya propia)¹³⁶. Digo que no es un mecanismo de protección exclusivo, porque el no ejercicio de la acción de anulación no implica la extinción del derecho de uso, que persistirá frente a terceros adquirentes no amparados por la fe pública registral¹³⁷.

También, según se ha dicho, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, se da el elemento externo de los derechos reales, es decir, la oponibilidad natural a terceros no protegidos por el artículo 34 LH, sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Es cierto que hay derechos personales naturalmente oponibles a terceros (como son los arrendamientos urbanos o rústicos), pero ello solo acontece cuando existe una norma expresa que así lo establece, excepcionando la regla general de que los derechos personales tienen carácter relativo, lo que en el supuesto que nos ocupa no tiene lugar. Por lo tanto, resultaría un tanto contradictorio afirmar que estamos ante un derecho, que no es real, pero que produce efectos reales¹³⁸, los cuales, por cierto, son los que mejor se ajustan a una interpretación finalista del artículo 96.I del Código Civil en clave constitucional: si la razón de ser del precepto es hacer efectivo el mandato constitucional de protección de los hijos menores de edad en la modalidad habitativa, es claro que la mejor manera de garantizarlo es mantener la continuidad del derecho de uso asignado al progenitor con quien convivan en el caso de enajenación de la vivienda a un tercero.

Por otro lado, la conceptuación del derecho de uso como real es lo que coherentemente explica la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 1.I LH y 7 RH, y añadir, así, a su oponibilidad natural la que resulta de la publicidad registral, evitando el riesgo de que el titular del derecho no pueda oponerlo a un tercer adquirente protegido por el artículo 34 LH¹³⁹. Es verdad que hay derechos personales que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, y no por ello se convierten en reales, pero ello solo es posible cuando, como sucede con los arrendamientos (art. 2.5.^º LH) o con el derecho de opción (art. 14 RH), una norma así lo prevé¹⁴⁰.

¿Por qué entonces la resistencia de la actual jurisprudencia a admitir la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar? Sin duda, porque no es posible sostenerla fuera del caso prototípico en el que la vivienda pertenezca en propiedad a uno o ambos progenitores¹⁴¹. Si la vivienda es arrendada o es ocupada por la familia a título de precario o comodato, es evidente que el artículo 96 del Código Civil no permite al juez generar un derecho real sobre la base de una mera situación de hecho (precario)¹⁴² o de un derecho personal (arrendamiento o comodato)¹⁴³: en virtud de la asignación del derecho de uso, no es posible convertir a quien, a lo sumo, era titular de un derecho de crédito (suponiendo que lo fuera él, y no el otro progenitor) y poseía la vivienda de manera mediata (merced a la obligación de no hacer asumida por el arrendador o el comodante) en titular de un derecho real oponible a terceros y, por lo tanto, también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo, eso sí, el derecho de subrogación del inquilino en los términos previstos en el art. 15.2 LAU)¹⁴⁴. Ahora bien, a mi parecer, esto no significa que en el caso prototípico el derecho de uso no tenga carácter real, pues, como he dicho, en él

concurren los elementos que la doctrina clásica asigna a este tipo de derechos: inmediatez y absolutividad¹⁴⁵.

El derecho de uso no se crea abstractamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, la cual determina su naturaleza, que, por lo tanto, no es siempre uniforme¹⁴⁶: en consecuencia, habrá unos casos en los que el derecho sea real y otros en los que no lo sea¹⁴⁷. En particular, no lo será cuando la vivienda esté arrendada, en cuyo caso, conforme al artículo 15 LAU (en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio) el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la misma cuando le haya sido atribuida *ex artículo 96 del Código Civil* y, si la duración del derecho de uso fuese superior a la que reste por cumplir el contrato de arrendamiento (incluidas las prórrogas legales), «pasará a ser titular del contrato», produciéndose, pues, una subrogación, siempre que lo notifique «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».

2. DERECHO ITALIANO

En el ordenamiento jurídico italiano, el artículo 337 *sexies*, párrafo primero 1, CCI dispone: «La resolución judicial de asignación [del derecho de uso] y el de su revocación son susceptibles de inscripción y oponibles a terceros en el sentido del artículo 2643 del Código Civil»¹⁴⁸.

La inscripción («trascrizione») es una forma de publicidad declarativa, prevista para las vicisitudes jurídicas de los bienes inmuebles. Se lleva a cabo mediante la constancia en los registros inmobiliarios de los efectos de los actos enunciados en el artículo 2643 CCI. El cumplimiento de la carga de la inscripción permite hacer oponibles a terceros los efectos del acto, permitiendo, así, dirimir el conflicto entre varios causahabientes del mismo transmitente, sustituyendo el criterio de la prioridad temporal del título de adquisición; y en el Derecho italiano, a diferencia del español, carece de relevancia el estado subjetivo de las partes, es decir, la buena o mala fe de quien inscribe.

Según el artículo 2644 CCI, los actos no inscritos no producen efectos frente a los terceros que hayan adquirido anteriormente derechos incompatibles en base a un acto inscrito (párrafo primero); y, una vez llevada a cabo la inscripción, es inoponible, contra quien la haya llevado a cabo, cualquier sucesiva inscripción de derechos incompatibles, aunque la adquisición tenga una fecha anterior (párrafo segundo).

La inscripción de la resolución judicial de asignación de la casa familiar ha sido prevista, por vez primera, en materia de divorcio, por el artículo 6, párrafo

sexto, de la Ley núm. 898 de 1970, según el cual «La asignación, en tanto que inscrita, es oponible al tercer adquirente en el sentido del artículo 1599 del Código Civil». Esta última norma establece un régimen especial en materia de arrendamiento, salvaguardando la oponibilidad a terceros adquirentes de los arrendamientos no inscritos, siempre que el contrato tenga una fecha cierta anterior a la adquisición de la cosa¹⁴⁹.

Como consecuencia de las intervenciones de la Corte Constitucional, la regla, dictada en sede de divorcio, ha sido extendida a la separación, con la consiguiente oponibilidad a terceros de la resolución judicial de asignación, según el especial régimen de publicidad del artículo 1599 CCI, tanto en el caso de divorcio, como de separación¹⁵⁰.

Por lo tanto, aunque falte la inscripción, la asignación se considera oponible a los terceros dentro del plazo de los nueve años, puesto que la respectiva resolución judicial tiene, por definición, una fecha cierta¹⁵¹.

El nuevo artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI (y el anteriormente vigente art. 155 *quater* CCI), no obstante, al establecer que la resolución judicial de asignación es susceptible de transcripción y oponible a terceros, no hace ninguna referencia al artículo 1599 CCI. Es, por ello, que se ha reabierto la discusión sobre los límites de la eficacia de la asignación¹⁵².

La interpretación literal de la disposición lleva a una parte de la doctrina a considerar que solo la tempestiva ejecución de la publicidad hace oponible a los terceros la asignación, incluso dentro de los nueve años¹⁵³. No obstante, de manera persuasiva se ha sostenido que esta solución hermenéutica suscita dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad, en tanto que frustraría la tutela del interés de los hijos, al que se orienta la figura de la asignación¹⁵⁴.

Por lo tanto, es necesario privilegiar una interpretación adecuada de del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI que, en línea de continuidad con la orientación jurisprudencial consolidada antes de la reforma del Código Civil, confirme la necesidad de la inscripción, exclusivamente, con la finalidad de hacer oponible la asignación, más allá de los nueve años¹⁵⁵. Además, solo esta solución permite evitar una disparidad de tratamiento del asignatario en relación con el título de disfrute del inmueble. Es, de hecho, indudable, que, si la casa familiar es utilizada a título de arrendamiento, la resolución judicial de asignación no inscrita es oponible al arrendador dentro del límite temporal de los nueve años, en el sentido del artículo 1599 CCI¹⁵⁶.

Para terminar, hay que resaltar que el tema de la oponibilidad del derecho de uso tiene en Italia una trascendencia superior que en España, desde el momento en que en el ordenamiento jurídico italiano no existe una norma parangonable al artículo 96.IV del Código Civil español, por lo que el asignatario del uso de la vivienda no puede oponerse a que el propietario de la misma enajene esta.

VIII. CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y DESTINO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las cuestiones que plantea la disciplina de la atribución del uso de la vivienda familiar es la posibilidad de ser aplicada analógicamente en los casos de ruptura de una unión de hecho.

1. DERECHO ESPAÑOL

El artículo 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de «familia», y no de «familia legítima» (o «matrimonial»), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso. Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos¹⁵⁷, según la cual «el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial»¹⁵⁸. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el artículo 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del «grado» de dicha protección. Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quiera discriminar a aquellos o a estas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)¹⁵⁹.

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual. Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional¹⁶⁰, «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2)»; por el contrario, la unión de hecho, «ni es una institución

jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»¹⁶¹.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas estatales (señaladamente, el artículo 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario, y el vigente artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en orden a la percepción de la pensión de viudedad)¹⁶² y autonómicas (las únicas que contienen una regulación sistemáticas de las uniones de hecho)¹⁶³ es una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación (dejando siempre a salvo el principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación), por lo que no nos parece pertinente justificarla en el artículo 14 CE¹⁶⁴.

La inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y no matrimonial impide aplicar analógicamente a las convivientes de hecho las normas civiles dictadas para los cónyuges, entre la cuales, figura, precisamente, el artículo 96.III del Código Civil¹⁶⁵.

En este sentido, hay que referirse a la clara doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo¹⁶⁶, que, con buen criterio, ha excluido la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil en el ámbito de la convivencia *more uxorio*, con el argumento de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Dice, así, que «es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque las dos estén dentro del derecho de familia»; y añade: «Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». «Por ello, debe huirse de la aplicación por ‘analogía iuris’ de normas propias del matrimonio, como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación analógica 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»¹⁶⁷.

Por las mismas razones, la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales¹⁶⁸, se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar¹⁶⁹. Por el contrario, como es lógico, sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el artículo 96.I del Código

Civil, pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad¹⁷⁰.

Sentada la imposibilidad de que los Tribunales apliquen analógicamente el artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, cabría plantarse otra cuestión: ¿sería posible que el legislador extendiera imperativamente la solución que establece el precepto al caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, de tal manera que se pudiera llegar a atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de una vivienda familiar de la que no fuera propietario exclusivo, en perjuicio del otro, que sí lo fuese, en todo o en parte?

Me parece dudoso, a la luz de la doctrina recientemente sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que, con indudable acierto, ha declarado inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables»¹⁷¹, de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un periodo ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

El Tribunal Constitucional, con buen criterio (que es perfectamente aplicable a otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes¹⁷²), afirma que «Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es [...] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal [...] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta [...]. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción».

Prosigue: «La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites [...] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los

integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja».

2. DERECHO ITALIANO

En el vigente ordenamiento jurídico italiano, el disfrute de la vivienda familiar puede ser también asignado en el ámbito de los «procedimientos relativos a los hijos nacidos fuera del matrimonio» (art. 337 bis, introducido por el art. 7, párrafo decimo segundo, del Decreto Legislativo núm. 154 de 2013; y con anterioridad artículo 4, párrafo segundo de la Ley núm. 54 de 2006)¹⁷³. Como se ha dicho, las reformas del Código Civil de 2006 en materia de custodia compartida y de 2013 en tema de filiación han establecido una disciplina unitaria para todas las medidas judiciales relativas a los hijos en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y cesación de la convivencia *more uxorio* entre los padres (arts. 337 bis-337 octies CCI)¹⁷⁴.

Por lo tanto, el juez puede asignar un inmueble destinado a residencia de una familia de hecho, en el supuesto de cesación de la vida familiar, al progenitor no casado que conviva con los hijos menores o no autosuficientes desde un punto de vista económico.

La admisibilidad de la asignación en el conflicto entre progenitores no casados se inspira en el principio de tutela de los hijos, más allá de cual sea su *status* (art. 30 de la Constitución)¹⁷⁵. La parificación de la posición de los hijos no matrimoniales a la de los matrimoniales ha tenido lugar bajo el impulso de numerosos fallos de la Corte Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria.

La primera etapa de tal proceso evolutivo es representada por la sentencia de 7 de abril de 1988, núm. 404, en la que, entre otros aspectos, se declara la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley sobre el divorcio en la parte que no preveía la subrogación en el contrato de arrendamiento urbano, en el caso de cesación de la convivencia, del conviviente, existiendo hijos no matrimoniales»¹⁷⁶.

La exigencia de proponer una interpretación sistemática de la disciplina de la asignación de la casa familiar es advertida de manera clara por una segunda sentencia de la Corte Constitucional, que considera también admisible la adopción de la medida en beneficio del conviviente *more uxorio*, custodio de los hijos¹⁷⁷. A pesar de la inexistencia de una específica disposición reguladora de

las consecuencias de la interrupción de la unión de hecho, la sentencia propone una interpretación normativa en clave constitucional, que hace innecesaria una declaración de inconstitucionalidad¹⁷⁸. De hecho, el principio de responsabilidad parental, recogido en el artículo 30 de la Constitución, permite al intérprete hallar una «norma que le consiente reglamentar *ex latere filii* las consecuencias de la cesación de la convivencia de hecho»¹⁷⁹, poniendo, así, en valor la *ratio* de la figura de asignación, representada por la tutela del interés de los hijos más allá de su *status*.

El carácter necesariamente sistemático de la interpretación ha llevado, en fin, a la Corte a considerar infundada una ulterior cuestión de legitimidad constitucional, relativa a la falta de previsión legal de la inscripción de la medida judicial de atribución del derecho de uso en favor del progenitor no casado. Según la Corte Constitucional, no es necesaria una norma explícita para reconocer al progenitor custodio de los hijos no matrimoniales el derecho a la asignación de la vivienda, por lo que debe considerarse igualmente implícita en el sistema la regla que permite la inscripción de la respectiva medida judicial, «ya que así se garantiza la efectividad de la tutela de los derechos de los hijos, también en el caso de conflictos con terceros»¹⁸⁰. En otras palabras, superar todo tipo de disparidad de tratamiento de los hijos no matrimoniales exige garantizarles «los mismos instrumentos de tutela, también frente a terceros», que les permitan la efectiva conservación del *habitat* familiar.

En conclusión, las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia de los dos países en la crisis de la familia de hecho son coincidentes. Tanto en España, como en Italia, la interpretación sistemática de la disciplina ordinaria, a la luz del principio constitucional de tutela de la filiación, más allá de su *status*, ha permitido a los Tribunales extender la medida de la asignación a los casos de cesación de la convivencia *more uxorio* cuando haya hijos no matrimoniales.

Esta perspectiva hermética confirma que la disciplina de la atribución del uso sobre la casa familiar no tiene naturaleza excepcional, porque constituye expresión del principio de tutela de la personalidad de los hijos. Su aplicación analógica no encuentra, pues, obstáculos en todas la hipótesis en que exista una identidad de la *ratio* justificante, como es el caso de la cesación de la convivencia, concurriendo hijos no matrimoniales.

IX. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CONCEPTO DE COMODATO: SOLIDARIDAD FAMILIAR Y TUTELA DE LA PROPIEDAD

Una de las cuestiones recurrentes en materia de vivienda familiar es la atinente a su destino, tras la crisis familiar, cuando su uso había sido gratuitamente atribuido a los cónyuges por los parientes de uno de ellos. No es, así, infrecuente que los padres de uno de los contrayentes cedan el uso gratuito de

una casa de su propiedad, a fin de que el futuro matrimonio establezca en ella su domicilio conyugal. El problema¹⁸¹ surge, cuando en el juicio de separación o divorcio el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que no es hijo de los propietarios, momento en el que los suegros pretenden, obviamente, la restitución del inmueble¹⁸².

1. DERECHO ESPAÑOL

Según la jurisprudencia española¹⁸³, hay que averiguar la razón por la que, en el caso concreto, los propietarios permitieron a los cónyuges usar la vivienda¹⁸⁴, distinguiéndose dos hipótesis: si lo fue por mera tolerancia, la situación jurídica de los beneficiarios es, desde su inicio, la de mero precaristas, por lo que los propietarios pueden reclamar su posesión en el momento en que lo estimen oportuno¹⁸⁵; por el contrario, si se cedió el uso con la finalidad específica de que el futuro matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal, existió un comodato o préstamo de uso, que, tras la crisis conyugal, queda transformado en un simple precario, al haberse concluido el uso para el que se prestó la vivienda, por lo que los propietarios pueden también pedir la restitución de su posesión (art. 1749 del Código Civil)¹⁸⁶.

Es, así, doctrina jurisprudencial consolidada que «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, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial»¹⁸⁷. Por lo tanto, «la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio»¹⁸⁸, «en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección poseatoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda»¹⁸⁹.

2. DERECHO ITALIANO

No existiendo una disciplina legal respecto a la asignación de los inmuebles disfrutados a título de comodato, la jurisprudencia italiana, con el fin de favo-

recer la continuidad habitativa de los hijos, ha elaborado una solución diversa de la española.

Ante todo, la Corte de Casación ha resuelto de manera positiva la cuestión de la admisibilidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no comodatario (en tanto conviviente con hijos menores o no autosuficientes desde un punto de vista económico)¹⁹⁰; y ello, a pesar de una opinión doctrinal contraria, según la cual el respeto al derecho de propiedad de comodante determinaría, no ya la inoponibilidad de la asignación, sino también su radical imposibilidad jurídica¹⁹¹.

Sin embargo, queda por determinar cuáles son los efectos que la resolución judicial que atribuye el derecho de uso despliega sobre la relación jurídica de comodato. La orientación jurisprudencial prevalente, consagrada en dos sentencias de las Secciones Unidas¹⁹², excluye que el fallo pueda modificar la naturaleza y el contenido del título de disfrute del inmueble, que queda sometido a la regulación del comodato.

Se plantea, en este punto, un problema de calificación del contrato. Ante todo, hay que hacer una precisión terminológica. El Código Civil italiano regula dos formas de «comodato»: el precario (que para la legislación española es una figura distinta), caracterizado por la falta de determinación de un plazo y por la imposibilidad de deducirlo del uso al que la cosa se destina (art. 1810 CCI) y el comodato, propiamente dicho (lo que España se llama como tal), que surge con la entrega de una cosa por un plazo determinado o para un uso convenido (arts. 1803 y 1809 CCI). En el primer caso, el comodatario está obligado a restituir la cosa, «en cuando el comodante se la reclame» (art. 1810 CCI), mientras que en el segundo, el comodante puede exigir la restitución inmediata solamente, si sobreviene una «necesidad urgente e imprevista» (art. 1809, párrafo segundo, CCI).

Según la Corte de Casación, el pacto de destinar el inmueble a casa familiar hace que el contrato surja para un uso determinado y, por lo tanto, puede reconducirse a la figura regulada en los artículos 1803 y 1809 CCI. La jurisprudencia, no obstante, ha tenido la precaución de precisar que el denominado «comodato habitativo» (que se distingue del mero precario) tiene lugar, exclusivamente, cuando la «común intención de las partes» haya destinado el bien a las «exigencias habitativas familiares»¹⁹³ (en esto, hay, pues, coincidencia entre la jurisprudencia española e italiana). Solamente, en este caso, el vínculo de destinación del inmueble, determinado por los contratantes está en grado de impregnar la razón justificadora del comodato y de reflejarse sobre la naturaleza de la relación jurídica.

Si las partes no han establecido expresamente un término de finalización, este será «determinable *per relationem* por la destinación a residencia de la familia del comodatario»¹⁹⁴. El límite temporal del contrato coincide con el agotamiento del uso convenido¹⁹⁵, lo que remite a las exigencias habitativas de la familia del comodatario, «independientemente del surgimiento de una

crisis conyugal»¹⁹⁶. En consecuencia, el comodante —obligado a consentir la continuación del disfrute para el uso previsto en el contrato— no dispone del derecho de desistimiento *ad nutum* (art. 1810 CCI), como, en cambio, reconoce la jurisprudencia española¹⁹⁷.

La solución jurisprudencial italiana, si bien tiene el mérito de tutelar el interés a la conservación del *hábitat* familiar de los hijos, parece sacrificar de manera excesiva la posición del comodante: este, no solo ve que el originario comodatario es sustituido por el asignatario del derecho de uso (no obstante el carácter personal del contrato¹⁹⁸), sino que, además, es obligado a renunciar, sin recibir ninguna contraprestación¹⁹⁹, al disfrute del bien por un tiempo indeterminado, que puede coincidir con el momento en que el hijo del comodatario alcance la independencia económica²⁰⁰.

La Corte de Casación, implícitamente, había limitado a nueve años el plazo de duración del vínculo, mediante la aplicación analógica del término previsto en el artículo 1599 CCI en materia de arrendamiento y recurriendo al artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970²⁰¹. Pero, más allá de los obstáculos que se oponen a la asimilación de la posición del comodante y del inquilino, por la diversidad de los intereses implicados en las respectivas relaciones jurídicas, la nueva disciplina de la atribución del uso de la vivienda familiar, contenida en el artículo 317 *sexies*, párrafo primero, CCI, no contiene ninguna referencia al artículo 1599 CCI, lo que requiere la elaboración de una solución diversa al problema de la duración máxima de la relación.

El recurso al perfil funcional del comodato habitativo precluye la solución, consolidada en la experiencia española, del desistimiento *ad nutum* por parte del comodante, ni siquiera atenuada por el poder judicial de fijar *ex artículo* 1183 CCI un plazo apropiado para el desalojo²⁰².

Dos son las vías que pueden seguirse al objeto de realizar una labor de ponderación de los contrapuestos intereses del comodante y del comodatario, salvaguardando, además, el de la continuidad habitativa de los hijos.

La primera sugiere que, en ausencia de un acuerdo entre las partes, debe confiarse a la autoridad judicial la determinación del plazo de la relación, en la resolución judicial de asignación o en la de modificación de medidas²⁰³. Sin embargo, de este modo se corre el riesgo de configurar la resolución judicial en un nuevo título de disfrute que sustituya al contrato de comodato, al menos, desde la perspectiva de la disciplina del término final de la relación²⁰⁴.

Por lo tanto, la solución preferible —compartida por las Secciones Unidas de la Corte de Casación— es la de incidir en la obligación de restitución al comodante en el caso de supervenencia de una necesidad imprevista y urgente (art. 1809, párrafo segundo CCI), justificándose de esta manera la interrupción del vínculo, cuando concurre la necesidad habitativa del propietario u otras exigencias que en el concreto caso examinado parezcan más dignas de protección que las esgrimidas por el comodatario²⁰⁵.

En otras palabras, la no calificación de la relación jurídica en términos de precario exige acudir a la obligación de restitución del inmueble por necesidad sobrevenida del comandante al objeto de limitar la duración indefinida del vínculo. De esta manera, el juez se halla en condiciones de ponderar los intereses contrapuestos de las partes, ejercitando una labor de control sobre las razones justificadoras de la pretensión de restitución del comodante, verificando la proporcionalidad y adecuación respecto al interés contrario del comodatario.

X. ASIGNACIÓN DE DERECHO DE USO Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Examinaremos, a continuación, la repercusión de la atribución del derecho de uso sobre una vivienda común en la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial, que en España está claramente resuelta por la jurisprudencia.

1. DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español es, así, incuestionable²⁰⁶ que, extinguida la sociedad de gananciales (por la sentencia de separación o divorcio) y atribuida (en el proceso de liquidación de aquella) la propiedad de la vivienda familiar a ambos cónyuges *pro indiviso*, la circunstancia de que el uso de la misma se asigne a uno de ellos, no impide al otro que, a falta de acuerdo, pueda pedir (conforme a la regla general del art. 400.I del Código Civil), la división de la cosa común que, siendo natural o funcionalmente indivisible, habrá de realizar mediante su venta judicial²⁰⁷.

Así mismo la división y la consiguiente venta judicial de vivienda, que (en este caso, por definición) puede llevarse a cabo, sin el consentimiento del titular del derecho de uso, no extingue este derecho de uso, el cual, como ya se ha dicho, es oponible a terceros²⁰⁸ no protegidos por el artículo 34 LH²⁰⁹.

2. DERECHO ITALIANO

En la jurisprudencia italiana, la relación entre asignación del uso de la vivienda familiar y régimen de la comunidad legal u ordinaria ha sido abordado, desde perspectivas diversas, por algunos significativos fallos, tanto de la Corte de Casación, como de los Tribunales de instancia²¹⁰.

Ante todo, como ya se ha dicho, la jurisprudencia de la Corte de Casación —sobre la base de la exclusiva finalización de la figura regulada por el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI a la tutela del interés de los hijos a

permanecer en el ambiente doméstico— es constante al afirmar, que, en ausencia de hijos, han de rechazarse las pretensiones de atribución de uso exclusivo de la vivienda²¹¹. Por lo tanto, la casa familiar perteneciente en copropiedad a cónyuges sin prole, «no existiendo una normativa especial» en materia de separación o divorcio, por aplicación del artículo 1110 CCI, queda sujeta a las normas sobre la comunidad, «a cuyo régimen deberá remitirse a los efectos del uso y de la división²¹².

Remitirse a la normas sobre la comunidad, existiendo cónyuges sin hijos, significa que cada uno de ellos puede servirse de la casa de la que es copropietario, con tal de que no altere su destino y no impida al otro hacer de ella un uso semejante, según su propio derecho (art. 1102 CCI)²¹³. Si las partes no logran llegar a un acuerdo en orden a la composición de los intereses en conflicto, podrán solicitar la disolución de la comunidad y la división del inmueble (art. 1111 CCI)²¹⁴.

La exigencia de coordinar la disciplina de asignación de la casa familiar con la de la comunidad surge desde otro punto de vista: se plantea la posibilidad de disolver la comunidad, cuando, perteneciendo la propiedad de la casa a ambos progenitores, el uso de la misma se asigna al que tiene encomendada la custodia de los hijos.

Una parte de la jurisprudencia de instancia sostiene que el interés de los hijos a conservar el *hábitat* merece una mayor protección que el interés patrimonial del progenitor no asignatario a la venta del inmueble a terceros, de tal manera que no sería posible la disolución de la comunidad²¹⁵. Dicho de otro modo, no sería admisible la acción de división del inmueble en la medida en que sería incompatible con la situación subjetiva del asignatario. Se sostiene, así, que, en el caso de división *in natura*, el derecho de uso se vería afectado por una modificación reductiva y, en el de división mediante enajenación, resultaría claramente perjudicado²¹⁶.

No obstante, se ha propuesto una solución interpretativa más razonable, que armonice adecuadamente el interés al uso de la casa por parte de los hijos y del progenitor conviviente con las prerrogativas dominicales del no asignatario²¹⁷, según la cual la disolución de la comunidad no perjudica la resolución judicial que atribuye el derecho de uso, el cual es oponible a los terceros, según la disciplina aplicable (art. 337 *sexies*, párrafo primero, 2643 y 2644 CCI). Por lo tanto, no hay razones de protección de los hijos que impidan la división de un inmueble sobre el cual exista un derecho de uso conforme al artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI²¹⁸.

De acuerdo con esto, pueden distinguirse dos hipótesis diferentes.

La primera viene representada por el caso de la división *in natura*: el derecho de uso continuará gravando la fracción del inmueble atribuida al copropietario no asignatario, salvo que el juez no la considere adecuada a las exigencias de los hijos²¹⁹.

La segunda es el supuesto de un inmueble indivisible o no divisible fácilmente. A tenor del artículo 720 CCI, si ninguno de los partícipes está dispuesto a adquirir su propiedad exclusiva, se procederá a su venta judicial en pública subasta. Cuando, por el contrario, ambos partícipes hayan pedido la atribución por entero de la propiedad de la vivienda, según una parte de la jurisprudencia, será preferida la pretensión del progenitor custodio, en la mediada en que será más idónea para salvaguardar el destino habitacional del bien²²⁰.

En todo caso, el derecho de uso del asignatario se extingue por confusión, todas las veces que en el juicio de divisorio, aquel consiga la propiedad del entero inmueble, como consecuencia de la adquisición de la cuota del otro cónyuge. El fundamento de la medida judicial de asignación reside, de hecho, en la circunstancia de que el cónyuge beneficiario no sea el titular exclusivo de la vivienda²²¹.

Por último, se ha planteado la cuestión de la incidencia del derecho de uso sobre el valor de mercado del inmueble.

En la venta en pública subasta es indudable que, al ser el derecho de uso oponible a terceros, este será tenido en cuenta para la determinación del precio del inmueble²²². Por el contrario, según la jurisprudencia, no deberá reducirse el valor del derecho de uso cuando la casa sea atribuida por entero al progenitor que fuera titular del mismo, con la debida compensación económica²²³. Sin embargo, en la doctrina científica se objeta que, de este modo, se atribuiría a la división un valor expropiatorio de la situación del asignatario, allí donde la misma es presupuesto de un efecto distinto desde el punto de vista lógico y cronológico²²⁴. Puesto que la división tiene por objeto un inmueble sobre el que todavía pesa el derecho de uso, su valor no podrá incidir sobre el *quantum* de la compensación.

XI. CONCLUSIONES

La disciplina de la asignación del uso de la vivienda familiar plantea en las experiencias jurídicas, española e italiana, análogos problemas, que, en no pocas ocasiones, reciben respuestas semejantes en las respectivas jurisprudencias.

Es significativo que las mayores diferencias se observan en las soluciones estrictamente legales, como sucede en el caso de atribución de la vivienda familiar al cónyuge sin hijos. En cambio, cuando falta una solución legal expresa, la jurisprudencia, con frecuencia, llega a resultados semejantes, como acontece, de manera emblemática, con la extensión de la atribución del derecho de uso en el supuesto de existencia de hijos no matrimoniales. La presencia de principios constitucionales comunes —como el de protección de la personalidad de los hijos— unida a la utilización de las mismas técnicas hermenéuticas, fundadas en la aplicación directa de las normas constitucionales —como la interpretación

sistemática y la ponderación de dichos principios— permiten la elaboración de un entramado de *regulae iuris*, en buena parte, homogéneas.

Sin embargo, la protección de los intereses patrimoniales de los titulares del inmueble es más acusada en la jurisprudencia española, la cual realiza una lectura «asistencial» de la figura del derecho de uso (en clave alimenticia); y, así mismo, excluye que el mismo pueda ser opuesto a los terceros comodantes, que cedieron gratuitamente el inmueble a los progenitores, para que instauraran en él su residencia familiar, lo que marca una diferencia importante entre las soluciones elaboradas en ambos países latinos.

Las orientaciones emanadas de los más recientes fallos jurisprudenciales españoles pueden suscitar un fecundo debate en Italia en orden a solventar algunas cuestiones, todavía no resueltas de manera definitiva. Sin abandonar la inspiración personalista de la disciplina de la asignación del derecho de uso —la cual, desde la perspectiva italiana, no puede llegar convertirse en un medio de protección genérico y abstracto del interés habitacional de los hijos— es necesario ponderar adecuadamente los intereses patrimoniales y existenciales de los propietarios del inmueble, lo que exige abandonar cualquier tipo de automatismo en la aplicación de las normas, debiéndose hallar soluciones razonables y adecuadas a la complejidad de situaciones subjetivas concernidas.

XII. BIBLIOGRAFÍA

1. DERECHO ESPAÑOL

- BARCONES AGUSTÍN, N., Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2085, pp. 1495 y sigs.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 734, 3458 y sigs.
- El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, 1066 y sigs.
- Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, 1347 y sigs.
- El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, 3284 y sigs.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario?, ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, 585 y ysigs.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.

- Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, 45 y sigs.
- CREMADES GARCÍA, P., Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, 12 y sigs.
- CUENA CASAS, M., Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio de 2014, 9 y sigs.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., Atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, 3451 y sigs.
- Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, 2298 y sigs.
- Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distintas a la familiar tras la ruptura matrimonial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, 1880 y sigs.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, 17 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad* artículo 96 del Código Civil.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, 2518.
- La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, 1133 y sigs.
- La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, 1893 y sigs.
- GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013.
- HERRANZ GONZÁLEZ, A., Guardia y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, 592 y sigs.
- JUANES PESES, A., y GALVÁN ARIAS, J. R., La naturaleza de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, en *La Ley*, 1992, tomo 3.^º, pp. 969 y sigs.
- LETE DEL RÍO, J. M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2.^a ed., Madrid, 1994, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 1146 y sigs.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, 2012.
- MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del Código Civil)*, Madrid, 2005.
- MECO TEBAR, F., La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, 420 y sigs.

- La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 584 y sigs.
- MORALEJO IMBERNÓN, N., La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, en *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, 91 y sigs.
- MORENO VELASCO, V., La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.
- La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU., en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.
- La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores, en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012.
- MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis familiares, en *Actualidad Civil*, 1986, pp. 1329 y sigs.
- PÉREZ CONESA, C., División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012.
- PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011.
- RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.
- ROBLEDO VILLAR, A., La *actio communis dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia familiar, en *La Ley*, 1999, 981 y sigs.
- ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 607 y sigs.
- en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et al.*), I, Cizur Menor, 2011, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 521 y sigs.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, S., La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 562 y sigs.
- 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*, Valencia, 2000.
- *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Navarra, 2001.
- SANTOS MORÓN, M.ª J., La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre de 2014, 1 y sigs.
- SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999.
- TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003.
- ¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011.

- El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 264 y sigs.
- ZUMAQUERO GIL, L., El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges de la vivienda familiar. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013.

2. DERECHO ITALIANO.

- AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007.
- AL MUREDEN, E., Casa familiar in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*, en *Fam. dir.*, 2010, pp. 1086 y sigs.
- Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari, en *Fam. dir.*, 2012, pp. 698 y sigs.
- AMAGLIANI, R., Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare, en *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 8 y sigs.
- L'assegnazione della casa familiare, en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006, pp. 418 y sigs.
- AULETTA, T., *sub artículo 155 quater*, en BALESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Artículo 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, pp. 727 y sigs.
- BALESTRA, L., La famiglia di fatto, en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006, pp. 483 y sigs.
- BASINI, G., Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'artículo 155 quater c.c., en *Fam. Pers. Succ.*, 2006, pp. 618 y sigs.
- BELVEDERE, A., Residenza e casa familiare: riflessioni critiche, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 284 y sigs.
- BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014.
- BIANCA, M. (dir.), *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 de dicembre de 2013*, núm. 154, Milano, 2014.
- BIN, M., *I rapporti di famiglia*, en *Riv. trim.*, 1986, pp. 201 y sigs.
- BRECCIA, U., Separazione personale dei coniugi, en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, pp. 403 y sigs.
- CARAPEZZA FIGLIA, G., Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta, en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 1066 y sigs.
- CIPRIANI, N., *Il comodato*, en *Tratt. dir. civ. CNN* (dirigido por PERLINGIERI, P.), Napoli, 2005.
- Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite, en *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1388 y sigs.
- CLARIZIA, O. *Tertium cocomparationis*, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo, in FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, 2006, pp. 175 y sigs.

- CUBEDDU, M. G., *La casa familiare*, Milano, 2005.
- L'assegnazione della casa familiare, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento condiviso*, 2006, pp. 181 y sigs.
 - L'assegnazione della casa familiare, en AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007, pp. 839 y sigs.
- FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006.
- Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine», en PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2008, pp. 47 y sigs.
- FERRANDO, G., L'assegnazione della casa familiare, en ID. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011, pp. 309 y sigs.
- FERRANDO, G. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011.
- FERRI, G. B., *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, en ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 90 y sigs.
- FREZZA, G., Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare, en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 519 y sigs.
- Casa familiare, en FERRANDO, G., FORTINO, M., y RUSCELLO, F. (coords.), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, en *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, pp. 1347 y sigs.
 - *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004.
 - *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008.
 - Appunti e spunti sull'articolo 337 sexies c.c.», en *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2014, 2, pp. 164 y sigs.
- GIACOBBE, G., Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 707 y sigs.
- GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por Sacco, R., Torino), 2011.
- IRTI, C., *sub 155 quater*, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007, pp. 260 y sigs.
- JANNARELLI, A., L'assegnazione della 'casa familiare' nella separazione personale dei coniugi, en *Foro it.*, 1981, I, c. pp. 1382 y sigs.
- LIPARI, N., Morte e trasfigurazione dell'analogia, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, pp. 1 y sigs.
- LUMINOSO, A., Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura, en *Fam. dir.*, 2008, pp. 1059 y sigs.
- MANTOVANI, M., Separazione personale dei coniugi. Aspetti sostanziali, en *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1992, pp. 26 y sigs.
- MARINI, R., *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012.
- PATTI, S., L'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa: a proposito di alcuni temi attuali, en *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 110 y sigs.
- L'affidamento condiviso dei figli, en *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 302 y sigs.
 - Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria, en *Fam. pers. Succ.*, 2007, pp. 247 y sigs.

- Un linguaggio giuridico condiviso per l’Europa: il diritto della famiglia, en *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 103 y sigs.
 - Se l’Aufenthaltsbestimmungsrecht sia equivalente all’affidamento esclusivo, en *Fam. pers. succ.*, 2011, pp. 41 y sigs.
- PATTI, S. y CUBEDDU, M. G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.
- PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L’affidamento condiviso*, 2006.
- *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007.
- PENNASILICO, M., Legalità costituzionale e diritto civile, en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 846 y sigs.
- PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G., *Introduzione*, en ID. (coord.), *L’interpretazione secondo Costituzione, nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Personae – Famiglie – Successioni*, Napoli, 2012, pp. 11 y sigs.
- PERLINGIERI, P., Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare, en *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 455 y sigs.
- *Introduzione alla problematica della ‘proprietà’*, Camerino-Napoli, 1970.
 - *Appunti di teoria dell’interpretazione*, Camerino, 1970.
 - Riflessioni sull’unità della famiglia, en *Dir. giur.*, 1970, pp. 537 y sigs.
 - *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.
 - Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 y sigs.
 - L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’articolo 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi, en *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 990 y sigs.
 - La famiglia senza matrimonio tra l’irrilevanza giuridica e l’equiparazione alla famiglia legittima, en *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 601 y sigs.
 - *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 406 y sigs.
 - Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L’interpretazione cd. adeguatrice, en FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, Colección: Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, pp. 3 y sigs.
 - *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3.^a ed., Napoli, 2006.
- PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2008.
- PROSPERI, F., *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980.
- La famiglia nell’ordinamento giuridico, en *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 790 y sigs.
- QUADRI, E., Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, pp. 339 y sigs.
- *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, pp. 213 y sigs.
 - L’attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio, en *Fam. dir.*, 1995, pp. 274 y sigs.
 - *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997.
 - Comodato e casa familiare: l’intervento delle Sezioni Unite, en *Corr. giur.*, 2004, pp. 1442 y sigs.
 - Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma, en *Familia*, 2006, pp. 395 y sigs.

- Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pp. 1166 y sigs.
 - La crisi familiare e le sue conseguenze, en *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 154 y sigs.
- RIZZO, V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.
- RUBINO, D., Odierne tendenze sui limiti del diritto di proprietà, en *Ann. Univ. Macerata*, XVII, 1948, pp. 75 y sigs.
- RUSCELLO, F., Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, pp. 405 y sigs.
- SALITO, G., Affidamento condiviso, en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Agg., 2012, pp. 66 y sigs.
- SIRENA, P., Le disposizione in favore dei figli maggiorenni, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (coord.), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, pp. 203 y sigs.
- TULLIO, L., Analogia implicita e ‘meritevolezza dell'estensione’ nel giudizio di costituzionalità, en FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, Colección: Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, pp. 129 y sigs.
- TRABUCCHI, A., sub *artículo 147*, en *Comm. dir. it. fam.* (dirigido por CIAN, G., OPPO, G. y TRABUCCHI, A.), II, Padova, 1992, pp. 589 y sigs.
- nota a Cass. 19 de mayo de 1978 núm. 2462, en *Giur. it.*, 1978, I, 1, pp. 2106 y sigs.
- VELLUZZI, V., Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte Costituzionale tra principi inespressi e ideología, en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 895 y sigs.

NOTAS

¹ La exigencia de buscar, ante todo, en el Derecho europeo de las relaciones familiares un lenguaje jurídico compartido es puesta de manifiesto por PATTI, S., «Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della famiglia», en *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 103 y sgs., según el cual la falta de un sistema jurídico común acentúa la dificultad de identificar una base conceptual y terminología de referencia. Sobre el argumento, véase también ID, «L'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa: a proposito di alcuni temi attuali», *ibid.*, 2005, pp. 110 y sgs.; como las aportaciones recogidas en PATTI, S. y CUBEDDU, M. G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.

² En la doctrina española son numerosísimos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al artículo 96 del Código Civil su actual redacción. Son ya clásicos los trabajos de GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad* artículo 96 del Código Civil; LETE DEL RÍO, J. M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2.^a ed., Madrid, 1994, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 1146 y sgs.; ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 607 y sgs. En la doctrina sucesiva, véanse, entre muchos otros, en sede monográfica (bien tratando específicamente el tema de la atribución del derecho de uso en el caso de crisis conyugal, bien el general de la vivienda familiar, pero con aportaciones relevantes sobre materia), CERVILLA GARZÓN, M.^a D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013; LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C., *La atribución del derecho de uso de la*

vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Madrid, 2012; MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, parrs. 1, 2 y 3 del Código Civil)*, Madrid, 2005; MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002; 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*, Valencia, 2000; ID., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Navarra, 2001; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999; TAMAYO CARMONA, J.A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003. Véanse, entre las aportaciones más, recientes BERROCAL LANZAROT, A. I., Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, pp. 1347 y sigs.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, pp. 585 y sigs.; CERVILLA GARZÓN, M.^a D., Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, pp. 45 y sigs.; CUENA CASAS, M., Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), pp. 9 y sigs.; DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., Atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, pp. 3451 y sigs.; ID., «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», *ibid.*, núm. 732, 2012, pp. 2298 y sigs.; ID., «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distintas a la familiar tras la ruptura matrimonial», *ibid.*, núm. 737, 2013, pp. 1880 y sigs.; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, pp. 17 y sigs.; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011; ROCA TRÍAS, E., en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et al.*), I, Cizur Menor, 2011, ad artículo 96 del Código Civil, pp. 521 y sigs.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, pp. 1893 y sigs.; SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), pp. 1 y sigs.; TAMAYO CARMONA, J. A., «¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?», en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID., «El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 264 y sigs.

³ Por cuanto concierne a los límites de la delegación, el Decreto Legislativo núm. 154 de 2013 [respecto del cual véase, por todos, BIANCA, M. (director), *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, núm. 154*, Milano, 2014] no ha podido resolver las principales cuestiones controvertidas en materia de asignación de la casa familiar y se ha limitado a reproducir el texto del anteriormente vigente artículo 155 *quater*, párrafo primero, CCI, a su vez introducido por la Ley núm. 54 de 2006. En cambio, no se ha reproducido el párrafo segundo del artículo 155 *quater* CCI, que regulaba la revisión de las resoluciones judiciales atinentes a la prole, en los casos de cambio de residencia o de domicilio de uno de los progenitores.

⁴ Puede verse un profundo y cuidado análisis de los principales problemas planteados por la reforma en FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008.

Sobre la asignación de la casa familiar, en la doctrina posterior a la promulgación del artículo 155 *quater* CCI, véanse también QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma», en *Famiglia*, 2006, pp. 395 y sigs.; ID., «La crisi familiare e le sue conseguenze», en *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 154 y sigs.; CUBEDDU, M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007, pp. 839 y sigs.; CUBEDDU, M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento condiviso*, 2006, pp. 181 y sigs.; BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, pp. 220 y sigs.; IRTI, C., *sub 155 quater*, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007, pp. 260 y sigs.; GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por Sacco, R., Torino), 2011, pp. 282 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», en ID. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011, pp. 309 y sigs.; MARINI, R., *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012.

⁵ 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. No entran, pues, dentro de este concepto las casas que solo son habitadas durante una parte del año, por ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 5137), 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». DE LA IGLESIA MÓNJE, M.^a I., «Atribución judicial», *cit.*, analiza la referida sentencia y la pone en relación con fallos de la jurisprudencia de instancia (véanse, en particular, pp. 1181-1884).

Sobre el concepto de vivienda familiar, véase *in extenso* BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», *cit.*, pp. 1348-1351, que observa que, aunque la vivienda ha de ser un inmueble, no obstante se admite como tal «los muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las roulettes, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual».

La reciente STS 25 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 98077), confirmó la sentencia recurrida, que, revocando la sentencia de primera instancia, había atribuido el uso de la vivienda familiar al padre. Dice, así, que «En el caso enjuiciado la inferencia del Tribunal de Instancia no aparece como ilógica o arbitraria, ya que el interrogatorio de parte lo interrelaciona con el resto de circunstancias tenidas en consideración como es el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace».

⁶ Así se deduce claramente del artículo 92.8 del Código Civil, que exige que el juez actúe «a instancia de una de las partes», por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. Véase, en este sentido, STS 19 de abril de 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 de abril de 2013 (RAJ 2013, 3269).

⁷ Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el artículo 94.8 del Código Civil, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al artículo 117.3 CE.

⁸ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente artículo 92 del Código Civil), dejaría de ser excepcional, siendo un

régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores).

Así, según la redacción que se propone para un nuevo artículo 92 bis del Código Civil, concretamente, en su número primero, párrafo primero, «El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida», añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que «Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

⁹ Véase sobre este argumento, CERVILLA GARZÓN, M. D., «Custodia compartida», *cit.*, pp. 45 y sigs.; DE LA IGLESIAS MONJE, M. I., «Custodia compartida», *cit.*, pp. 2235 y sigs.; MORENO VELASCO, V., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009; y GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1133 y sigs.

¹⁰ Lo evidencia la STS 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5180).

¹¹ Véase a este respecto GIL MEMBRADO, C., *La vivienda*, *cit.*, pp. 150-157.

¹² Dan cuenta de la situación actual de la cuestión en la jurisprudencia: BERROCAL LANZAROT, A. I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, pp. 3284 y sigs.; HERRANZ GONZÁLEZ, A., «Guardia y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, pp. 592 y sigs.; MECO TEBAR, F., «La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre», *ibi*, 2014, núm. 18, pp. 420 y sigs.; ID, «La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio», *ibi*, 2015, núm. 19, pp. 584 y sigs.; y RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre», *ibi*, 2015, núm. 19, pp. 562 y sigs.

¹³ Tal es la doctrina que establece la STS 29 de abril de 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida por otras muchas posteriores, como la STS 19 de julio de 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 de abril de 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁴ STS 19 de julio de 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁵ STS 25 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que «El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido amoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos».

No obstante, la STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

¹⁶ STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

¹⁷ Según la redacción del artículo 96.2, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por períodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o estos fueran mayores de edad».

¹⁸ STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023).

¹⁹ STS 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5180).

²⁰ Se remite a FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'articolo 337 sexies c.c.», en *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2014, 2, pp. 164 y sigs., según el cual la disposición objeto del reenvío sobrevive a la nueva ley, con la cual debe ser coordinada. La misma tesis ha sido sostenida por GIACOBBE, G., «Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio», *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 707; ID. e VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, cit., pp. 113 y sigs., después de la entrada en vigor de la Ley núm. 54 de 2006, sobre custodia compartida.

²¹ Sobre la custodia compartida véase, por todos, SALITO, G., «Affidamento condiviso», en *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, 2012, pp. 66 y sigs.

²² Así, PATTI, S., «L'affidamento condiviso dei figli», en *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 302 y sigs.

²³ Según QUADRI, E., «Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento», en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1166, precisamente la disciplina de la asignación de la casa familiar desmiente que la custodia compartida «deba tener una especie de carácter pendular respecto de la residencia del hijo por períodos tendencialmente iguales», desde el momento en que la fijación de la residencia habitual a cargo de uno de los progenitores no pone en riesgo el principio de coparentalidad. En el mismo sentido, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», cit., p. 325, la cual subraya que «la norma sobre la asignación de la casa familiar ofrece una clave interpretativa del principio mismo de la custodia compartida».

²⁴ Cass., 30 marzo 2012, núm. 5174, en *Dejure* online; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, en *Dejure* online; Cass., 22 marzo 2007, núm. 6979, en *Giust. civ.*, 2008, I, 466; en doctrina, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», cit., p. 326.

²⁵ Consideran que la *ratio* de la disciplina de la asignación de la casa familiar estriba en la tutela del interés del grupo familiar residual («interesse del gruppo familiare residuo»), Cass., Sez. un., 26 de julio de 2002, núm. 11096, en *Dir. fam. pers.*, 2004, 688; Cass., 29 de agosto de 2003, núm. 12705, *ivi*, 2003, 943. Pero véase ya antes QUADRI, E., «L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio», en *Fam. dir.*, 1995, p. 274; ID., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», cit., pp. 395 y sigs.

²⁶ TAMAYO CARMONA, J. A., «El derecho de uso», cit., p. 270, habla de un «rigorismo» en la aplicación del artículo 96 del Código Civil, fundado en «el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle», que ha llevado a «atribuir si más el derecho de uso al cónyuge custodio».

²⁷ CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», cit., p. 16, se refiere a la excesiva magnificación del impacto negativo que para los menores tiene un cambio de vivienda, afirmando que «Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 del Código Civil creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio».

²⁸ SALAZAR BORT, S., *La tutela especial*, cit., p. 46, afirma que la norma es una manifestación de lo que (con clara influencia de la doctrina científica italiana) denomina «principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual», principio sobre el que autor profundiza en las pp. 49-51.

²⁹ A mi parecer, no estamos ante una cuestión puramente patrimonial, sino también existencial, que tiene que ver con la posibilidad de que un cónyuge divorciado se encuentre en una posición razonable que le permita rehacer su vida (por supuesto, sin eximirse de las responsabilidades derivadas de su anterior matrimonio), que puede fundamentarse en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE.

El derecho a contraer matrimonio es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que, a través de dicha libertad, se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad.

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que, sin duda, han operado una de las más profundas reformas en la regulación del matrimonio tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la «personalización» del matrimonio. Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes. Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del «establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad». La Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio afirma que «se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

Ahora bien, estimo que el principio de libre desarrollo de la personalidad no solo incide en el derecho a contraer matrimonio y en el de las causas de desvinculación, sino que su proyección es más amplia: no se puede reconocer a una persona la posibilidad de divorciarse en términos tan exorbitantes como hace la legislación española y luego someter a uno de los cónyuges a una serie de «cargas» tan rigurosas que, de hecho, le impidan rehacer su vida, a través de la formación de una familia basada, quizás, también en el matrimonio.

En la Ley 15/2005, de 8 de julio, parece traslucirse esta preocupación, si bien, en el ámbito de la pensión compensatoria, al dar una nueva redacción al artículo 97.1 del Código Civil, conforme al cual aquella podrá consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y este es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica, la cual, a su vez, puede ser temporal o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia. Por lo tanto, como observa la STS (Pleno) 19 de enero de 2010 (RAJ 2010, 417), para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma «para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio».

Pero, además, la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación restrictiva del artículo 97 del Código Civil, acorde con la realidad social actual y en la línea del principio

de libre desarrollo de la personalidad de ambos excónyuges (en el sentido en el que aquí hemos apuntado).

Así, en la actualidad considera que el desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio. La STS 23 de enero de 2012 (RAJ 2012, 1900) afirma que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en «la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja». Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que «la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)». Se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio, al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo. Véase, en este sentido, SSTS 14 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 2772), 16 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10435), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666) y 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 377), rechazándola. La STS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666) confirmó, en efecto, la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido «un obstáculo o impedimento para su actividad laboral» de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que «su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo», fuera «una consecuencia directa del matrimonio», y no «de sus propias actitudes y capacidades».

Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes. Véase en este sentido STS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666).

³⁰ STS 29 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 3021).

Es cuestionable la solución a la que llegó la STS 30 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 7387), que, en clara contradicción con esta idea, consideró improcedente la solución adoptada por la resolución recurrida, que creo era perfectamente razonable. En segunda instancia se había dispuesto que la mujer y los hijos menores pasaran a ocupar una vivienda en alquiler (elegida por aquella), durante todo el tiempo en que durara la minoría de edad de los hijos, constituyendo el marido un depósito bancario, con cargo al cual sería pagada la renta mensualmente. Frente a ello, el Tribunal Supremo, afirma que se trata de «una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el artículo 96.1 del Código Civil. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido

en el artículo 91 del Código Civil, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley [...] que obliga a decidir en interés del menor». Desde mi punto de vista, la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores no presupone necesariamente que hayan de residir en una vivienda que pertenezca, en todo o en parte, a sus padres, sino que se puede lograr realojándolos en una vivienda en alquiler, siempre que se garantice el pago de las rentas.

³¹ STS 3 de diciembre de 2013 (RAJ 2013, 7834).

³² STS 5 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10135).

³³ STS 16 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 3073).

En el mismo sentido se había pronunciado, respecto de un caso semejante, la STS 10 de octubre de 2011 (RAJ 6839), la cual consideró procedente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquella en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente). Reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que «La atribución del uso al menor y al progenitor 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 consagrар un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil».

³⁴ J. A. TAMAYO CARMONA, «El derecho de uso», *cit.*, p. 272, refiriéndose a la nueva orientación jurisprudencial, observa que, como consecuencia de ella «el automatismo de la medida a adoptar al tenor del artículo 96.I del Código Civil queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación en natura del derecho de habitación de los menores»; y se pregunta (cara a un futuro): «¿Podrá ser cumplida por equivalente?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?

³⁵ CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, pp. 20-24, insiste en esta idea, mientras que, por el contrario, SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, pp. 20, 26-31, no es partidaria de ella, considerando más procedente el pago al cónyuge propietario de una compensación económica directa por privación del derecho de uso.

³⁶ Según la redacción del artículo 96.4 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge».

³⁷ Cfr. artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril.

³⁸ De la que da cuenta «in extenso» BERROCAL LANZAROT, A.I., «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, pp. 1066 y sigs.; y con la que se muestra conforme SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, pp. 8-11, 20, 24, aunque la considera insuficiente en orden a una correcta armonización de todos los intereses en juego, apelando a una mayor flexibilización de la regla del artículo 96.I del Código Civil, proponiendo superar el automatismo que de dicho precepto resulta en favor de la asignación del uso al progenitor custodio, en particular, cuando la vivienda es privativa del otro, así como compensar el perjuicio patrimonial que sufre el cónyuge titular o cotitular privado del uso imponiendo al beneficiario del mismo la obligación de pagarle una compensación económica.

³⁹ En este sentido se orientó la importante STS 28 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 939), que revocó la sentencia apelada, la cual había establecido que el cónyuge no custodio debía satisfacer el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo distingue dos tipos de gastos en relación con la vivienda familiar: a) De un lado, «los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio». b) De otro lado, «el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad

del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial». «Esto último —añade— está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio [...] En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente».

⁴⁰ Según la redacción del artículo 96.5, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución».

⁴¹ La STS 26 de noviembre de 2012 (RAJ 2013, 186) afirma que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia... la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 de marzo de 2013 (RAJ 2013, 4936), según la cual la hipoteca «no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes».

⁴² Véase en este sentido artículo 233-23.1 del Código Civil de Cataluña.

⁴³ Esta solución es admitida por la STS 17 de febrero de 2014 (RAJ 2014, 918), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de la cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo que la sentencia objeto del recurso «no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma».

⁴⁴ Véase en este sentido STS 30 de abril de 2012 (RAJ 2012, 5235).

⁴⁵ Así como en la redacción del artículo 96.5, I del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según la cual «Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título». No obstante, se matiza que «Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades», el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios».

⁴⁶ Véase en este sentido el artículo 233-23.1 del Código Civil de Cataluña, que también pone a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, los «tributos y las tasas de devengo anual».

⁴⁷ Véase a este respecto, por ejemplo, SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014).

⁴⁸ STS 25 de septiembre de 2014 (RAJ 2014, 4963).

⁴⁹ El precepto sirve a CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, pp. 29-32, como argumento para defender la posibilidad en Derecho común de establecer una compensación económica por privación del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge propietario, cuando la misma no tenga lugar por otros medios, como son la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia o compensatoria, o la atribución de beneficios en la liquidación de la sociedad de gananciales. El precepto es también invocado por SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, pp. 30-31, en orden a defender la conveniencia de establecer una compensación económica independiente de minoración de la pensión alimenticia o compensatoria.

⁵⁰ Entre esas «circunstancias concurrentes» de las que habla el precepto, habrá que tener en cuenta, por ejemplo, como observa la SAP Valencia (Sección 10.^a), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014), la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que satisfacer el progenitor que pierde el uso de la vivienda, pues es posible que se reduzca su importe, precisamente, como consecuencia de no poder usarla. Igualmente, habrá que tener en cuenta la situación económica del adjudicatario del derecho de uso, que, si es muy precaria, puede determinar que no tenga que pagar compensación alguna o que el importe de esta sea muy reducido. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció un compensación de 50 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar propiedad del marido, teniendo en cuenta su «situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos».

La jurisprudencia ha establecido una serie de reglas en torno a este artículo 6.1:

a) El juez no puede conceder de oficio la compensación, sino que ha de ser pedida, bien por vía de acción, bien por vía de excepción: SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), SAP Valencia (Sección 10.^a), núm. 774/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 941/2012), SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013).

b) La petición no puede introducirse, como una nueva cuestión, en el recurso de apelación: SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 416/2012, de 11 de junio (núm. recurso 446/2012), SAP Valencia (Sección 10.^a), núm. 870/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 553/2012), SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 99/2013, de 21 de febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013).

c) La petición debe ir acompañada de la prueba del precio de los alquileres de la zona. La SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), precisa, así, que la compensación por privación del uso de la vivienda familiar no puede ser aplicada de oficio, sino solo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es «el precio de los alquileres de una vivienda de similares características».

d) El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser real y significativo. La SAP Alicante (Sección 4.^a) núm. 499/2012, de 18 de diciembre (núm. recurso 454/2012) denegó la pretensión del marido, porque la privación del uso de la vivienda familiar no le suponía un gran perjuicio económico, dado que contaba con ayuda de la entidad financiera en la que trabajaba para el alquiler de una casa, habiendo adquirido ya la propiedad de otra. La SAP Valencia (Sección 10.^a), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), no consideró procedente la compensación solicitada por el padre, porque el uso de la vivienda familiar había sido asignado a la hija (a la que le faltaban tres meses para alcanzar la mayoría de edad) y a la madre, por un periodo de seis meses, a contar desde que aquella cumpliera los dieciocho años. Afirma, así, que «dicho uso se ha limitado por escasos meses lo que aconseja no estimar la demanda en este punto, revocando la de instancia, sin señalar suma alguna». La SAP Valencia (Sección 10.^a), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), confirmó la sentencia que había supeditado el pago a la mujer de una compensación de 150

euros mensuales por haber sido privada del uso de la vivienda familiar (asignado al padre y a los dos hijos menores) a la circunstancia de que esta comenzara a pagar un alquiler. Afirma que «la decisión del Juzgado es justa, pues no puede pretender la compensación quien por el momento dispone de una vivienda, aunque sea a título de precario, para alojarse, de modo que no debe realizar ningún desembolso, sin perjuicio de que, como dice la sentencia, tan pronto comience a afrontar gastos por este concepto el demandado deba pagarle 150 euros mensuales»; y añade: «Esta cuantía se considera adecuada, aun a falta de más prueba, teniendo en cuenta la condición común de la misma, así como su ubicación en una población pequeña, de modo que no procede fijarla más elevada»

e) El Tribunal no puede decidir sobre la pretensión de manera aislada, sino que debe valorarla en el contexto de todas las medidas económicas ya vigentes o que vayan a acordarse en la resolución que se dicte, pues, de lo contrario, so pretexto de corregir un desequilibrio económico, se estaría creando uno nuevo (p. ej., si a cambio de la asignación del uso de la vivienda familiar, uno de los progenitores ha renunciado a solicitar una pensión compensatoria por divorcio): SAP Valencia (Sección 10.^a) núm. 87/2013, de 11 de febrero (núm. recurso 1290/2012), SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013). La SAP Alicante (Sección 9.^a) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) denegó, así, la pretensión, por parte del marido, de cobrar la compensación, porque en el convenio regulador, que, en su día fue aprobado por la sentencia de divorcio, la mujer, asignataria del uso de la vivienda familiar común, se había obligado a pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario y los gastos ordinarios mientras permaneciera en ella. La Audiencia afirma que dicho pacto suponía ya una compensación, en forma de retribución indirecta del marido, por la pérdida del uso de la vivienda.

f) Los Tribunales suelen rechazar las pretensiones, encauzadas a través de procesos de modificación de medidas, de obtener una compensación por la pérdida del uso de una vivienda asignado antes de la entrada en vigor de la Ley, en particular, si la asignación fue pactada por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que esta aplicación sobrevenida de la Ley puede romper el equilibrio del conjunto de las medidas adoptadas en su día, las cuales forman un todo, cuyas partes se interrelacionan y se justifican, las unas con las otras. La SAP Valencia (Sección 10.^a) 66/2013, de 4 de febrero (núm. recurso 57/2013), observa que «la compensación establecida por la Ley 5/2011 por el uso de la vivienda no plantea problema alguno cuando tal medida es examinada, por primera vez en un procedimiento matrimonial, o cuando se hace en un procedimiento de modificación en el que se examinan conjuntamente el resto de las demás medidas, ya que, en uno u otro caso, se busca el equilibrio a que se ha aludido anteriormente; pero cuando, como en el caso de autos en esta alzada, solo se examina la citada compensación por el uso, sin entrar en el estudio de las demás medidas económicas al no haber sido recurridas, ello inexorablemente, va a dar lugar a que se rompa el conjunto de las demás medidas de carácter económico en su día adoptadas». La Audiencia revoca, así, la sentencia recurrida, que había condenado a la mujer a compensar al marido con el pago de 250 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar (asignada al marido en propiedad exclusiva en la liquidación de sociedad de gananciales), el cual había sido atribuido a aquella hace 12 años. «En efecto —dice la Audiencia, en su día el Juzgador de instancia aprobó el convenio que las propias partes suscribieron, y solo al albur de la Ley Valenciana, pretende el actor, se señale a su favor una compensación económica por el uso de la vivienda, olvidando que cuando ellos mismos —los cónyuges— suscribieron el convenio, ya tuvieron en cuenta no solo las necesidades de los menores y las posibilidades económicas de los progenitores, sino, asimismo, que los menores tendrían cubierta su necesidad de vivienda al atribuirse su uso a los mismos, dando lugar al señalamiento de la citada pensión alimenticia, pues de no haber existido vivienda en propiedad o haberse atribuido la misma al esposo, la pensión alimenticia habría sido distinta; y eso mismo acontece cuando la pensión alimenticia es fijada por el Juez: aquilata la misma en función tanto de las necesidades de los hijos como de las posibilidades de los progenitores y, por supuesto, de la existencia o no de una vivienda, tanto

en propiedad como en alquiler y de a quien se atribuya la misma, pues como parte integrante de los alimentos que es la vivienda, es elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de señalar la suma de una pensión alimenticia».

⁵¹ Según PATTI, S., «L'affidamento condiviso dei figli», *cit.*, pp. 302 y sigs., la inspiración de la reforma del Código Civil en la igualdad de posiciones de los progenitores ha hecho «cesar la conexión entre custodia de los hijos en favor de uno de los padres y asignación a este último —como consecuencia de la atribución de la custodia— de la casa familiar». Una comparación entre custodia individual exclusiva y *Aufenthaltsbestimmungsrecht* alemán en ID., «Se l'Aufenthaltsbestimmungsrecht sia equivalente all'affidamento esclusivo», en *Fam. pers. succ.*, 2011, pp. 41 sigs.

⁵² Véase, *ex multis*, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, *cit.*; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, *cit.*; Cass., 10 de agosto de 2007, núm. 17643, en *Dejure online*. Una peculiar solución es acogida por Trib. Napoli, 21 noviembre 2006, en *Foro it.*, 2007, I, c. 237, según el cual es posible asignar a los dos cónyuges la casa familiar, con tal de que la misma sea fácilmente divisible en dos unidades inmobiliarias distintas, con la finalidad de permitir a los hijos la conservación de relaciones paritarias y significativas con ambos.

⁵³ En la doctrina lo pone de manifiesto FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.*, p. 316.

⁵⁴ En la jurisprudencia, cfr. Cass., 20 de abril de 2011, núm. 9079, en *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 636; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.*; Cass., 26 de mayo de 2004, núm. 10102, en *Vita not.*, 2004, p. 969. Véase, en particular, Cass., 22 de noviembre de 2010, núm. 23591, en *Dir. fam. pers.*, 2011, pp. 697 y sigs., la cual ha casado un fallo, que había excluido la atribución al progenitor custodio, por razones de carácter patrimonial, consistentes en los excesivos costes de mantenimiento y gestión del alojamiento, que hubiera determinado un empobrecimiento constante y previsible del caudal hereditario, contrario a los intereses patrimoniales de los hijos mismos.

⁵⁵ Véase, no obstante, en la jurisprudencia de instancia, Trib. Napoli, 2 de abril de 2002, en *Giur. nap.*, 2002, p. 233, según la cual la atribución de la casa anteriormente conyugal «no solo tiene la función de tutelar el desarrollo de una personalidad en formación, sino que también se preocupa de equilibrar las condiciones económicas de todos los que por cualquier causa sufren perjuicio por la quiebra de la vida familiar».

⁵⁶ El convencimiento de que, en el vigente ordenamiento jurídico, el valor de la persona humana prevalece sobre las situaciones subjetivas inspira las enseñanzas de PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 133 y sigs.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3.^a ed., Napoli, 2006. Sobre el argumento véase PENNASILICO, M., «Legalità costituzionale e diritto civile», en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 846 y sigs.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, Cass., 8 de junio 2012, núm. 9371, en *Dejure online*; Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, en *Mass. Giust. civ.*, 2011, 7-8, p. 1003; Cass., 5 de junio de 1990, núm. 5384, en *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2900.

⁵⁸ Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, *cit.*; Cass., 20 de enero de 2006, núm. 1198, en *Giur. it.*, 2006, p. 1595, la cual añade que «para la asignación a uno de los cónyuges separados o divorciados de la casa familiar [...] se requiere que se trate de la misma vivienda, en cuanto *lugar habitativo*, en la que se desarrollaba la vida de la familia cuando esta permanecía unida» (la cursiva es mía); Cass., 16 de julio de 1992, núm. 8667, *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3002.

⁵⁹ En la doctrina acogen una noción objetiva TRABUCCHI, A., nota a Cass. 19 de mayo de 1978 núm. 2462, en *Giur. it.*, 1978, I, 1, pp. 2106 y sigs.; QUADRI, E., *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, pp. 213 y sigs.; tras la reforma de 2006, FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.*, pp. 144 y sigs. Según GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.*, p. 282 s., sin embargo, el artículo 155, párrafo segundo, CCI puede también dar pie a una visión subjetiva de la casa familiar «resultante del acuerdo de los progenitores, recibido, en sede de separación».

⁶⁰ Cass., 8 de junio de 2012, núm. 9371, *cit.*, considera legítimo el fallo de instancia, que había negado a la madre la asignación de una habitación de la que, juntamente con la hija, se había alejado por un periodo de tiempo aproximado de tres años.

⁶¹ Según Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, en *Foro it.*, 2012, I, c. 1384, al objeto de la asignación de la casa familiar, la noción jurídicamente relevante de convivencia coincide con la de morada estable del hijo en la vivienda de uno de los progenitores, con independencia de que aquel, por motivos de estudio o de trabajo, se aleje de la misma por periodos prolongados de tiempo.

⁶² Así, Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, *cit.*, en relación a un inmueble de naturaleza rústica, que, con posterioridad a su adquisición, fue objeto de trabajos de mejora y complemento, siendo usado por la familia, constante el matrimonio, solo de manera ocasional durante el periodo estival.

⁶³ Sobre este punto, cfr. RUSCELLO, F., «Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 405.

⁶⁴ El convenio de negociación asistida puede ser concluido por los cónyuges para la solución consensual de la separación o divorcio o para la modificación de sus respectivas condiciones. El acuerdo debe estar firmado por los cónyuges y por los abogados, los cuales certificarán, no solo la autenticidad de las firmas, sino también la conformidad de lo pactado a las normas imperativas y al orden público. El acuerdo constituye título ejecutivo y es susceptible de ser inscrito, si la firma del proceso verbal es autenticada.

La Ley de conversión ha extendido también el ámbito de aplicación de la negociación asistida a las parejas con hijos menores, mayores no autosuficientes, incapaces o portadores de *handicaps* y, correlativamente, ha previsto una importante novedad: el control de Ministerio Fiscal sobre el acuerdo alcanzado como consecuencia de la negociación asistida. Mientras que en el Decreto Ley el cambio de *status* derivaba directamente del acuerdo, la nueva formulación del artículo 6, párrafo segundo, obliga a transmitir el acuerdo, dentro del plazo de diez días, al Procurador de la República que desempeñe sus funciones en la jurisdicción del Tribunal competente.

La naturaleza del control del Ministerio Fiscal se diversifica en razón de la presencia o ausencia de hijos, caso, este último, en que el *nulla osta* se subordina a una mera verificación de regularidad; por el contrario, existiendo hijos, el acuerdo solo podrá ser autorizado si se corresponde al interés de los mismos. En caso contrario el Ministerio Fiscal deberá transmitir el acuerdo, «en el plazo de cinco días, al presidente del tribunal, que fijará dentro de los treinta días siguientes, la comparecencia de los la partes y proveerá lo que procesa sin dilaciones». El acuerdo autorizado produce los efectos propios de los «provvedimenti giudiziali», con los que concluyen los procedimientos de separación, divorcio o de modificación de medidas.

⁶⁵ Cfr. Cass., 13 de enero de 2012, núm. 387, in *Fam. dir.*, 2012, p. 772, según la cual «el juez debe tener en cuenta los acuerdos adoptados por los cónyuges sobre el disfrute de la casa familiar».

⁶⁶ Véase así STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677).

⁶⁷ Véase en este sentido STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677).

⁶⁸ Véase en este sentido STS 11 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7262).

⁶⁹ Véanse a este respecto las extensas consideraciones de MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución*, *cit.*, pp. 99-122.

⁷⁰ STS 25 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 98077).

⁷¹ STS 14 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10432).

⁷² STS 25 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 98077).

⁷³ Según la redacción del artículo 96.3 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, cuando se atribuya la custodia a uno de los progenitores por una razón distinta a la de ser custodio de los hijos menores, dicha atribución «lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter

excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas».

⁷⁴ El artículo 337 *sexies* CCI retoma la misma redacción usada por derogado artículo 155 *quater* CCI, que, a su vez, fue introducido por la Ley núm. 54 de 2006.

⁷⁵ En la doctrina, entre otros, JANNARELLI, A., «L’assegnazione della ‘casa familiare’ nella separazione personale dei coniugi», en *Foro it.*, 1981, I, c. 1382; QUADRI, E., «Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole», en *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 339; MANTOVANI, M., «Separazione personale dei coniugi. Aspetti sostanziali», en *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1992, p. 26; CUBEDDU, M.G., *La casa familiare*, Milano, 2005, pp. 299 y sigs. Después de la entrada en vigor de la reforma de 2006, admiten que el derecho de uso sobre la casa familiar pueda también ser asignado al cónyuge más débil: LUMINOSO, A., «Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura», en *Fam. dir.*, 2008, pp. 1059 y sigs.; con abundancia de argumentos, AUDETTO, T., *sub artículo 155 quater*, en BAILESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Arts. 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, pp. 727 y sigs.

En la jurisprudencia, Cass., 19 de junio de 1980, núm. 3900, en *Foro it.*, 1981, I, c. 1382; Cass., 31 de enero de 1986, núm. 62, *ivi*, 1986, I, 1317. Más recientemente, en los casos de separación de cónyuges sin hijos, Cass., 23 de febrero de 2000, núm. 2070, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 454; Cass., 28 de enero de 1998, núm. 822, en *Fam. dir.*, 1998, p. 125; Cass., 15 de junio de 1993, núm. 5567, en *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 877, atribuyen el uso de un inmueble común en beneficio del que carecía de ingresos propios adecuados.

⁷⁶ Asignan una relevancia autónoma al interés del cónyuge: Cass., 7 de julio de 1997, núm. 6106, en *Fam. dir.*, 1998, p. 161, la cual habla expresamente de «componente in natura de la obligación de alimentos del uno en favor del otro»; Cass., 11 de abril de 2000, núm. 4558, en *Giur. it.*, 2000, p. 2235.

⁷⁷ Un atento examen de la cuestión en FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.*, pp. 152 y sigs.; FERRANDO, G., «L’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 320 y sigs.

⁷⁸ Cass., Sez. un., 23 de abril de 1982, núm. 2494, en *Foro it.*, 1982, I, c. 1865; Cass., Sez. un., 28 de octubre de 1995, núm. 11297, *Fam. dir.*, 1995, p. 521.

⁷⁹ Corte cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, en *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 179 y sigs., con nota de PARINI, M., «Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell’assegnazione della casa coniugale».

⁸⁰ Cfr., entre otros, AMAGLIANI, R., «Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare», en *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 8; BRECCIA, U., «Separazione personale dei coniugi», en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, pp. 403 y sigs.; FREZZA, G., *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, pp. 133 y sigs.; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.*, pp. 152 y sigs.; GIACOBBE G., y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.*, pp. 286 y sigs.

⁸¹ Observa Corte cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.*, que la medida de la asignación tiene como finalidad «la conservación del ambiente doméstico, considerado como centro de afectos, intereses y costumbres vitales, que contribuyen de manera fundamental a la formación armónica de los hijos».

⁸² Entre las decisiones más recientes véase Cass., 18 de septiembre de 2003, núm. 13747, en *Dir. fam. pers.*, 2005, p. 33; Cass., 26 de enero de 2006, núm. 1545, en *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1183; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.*; Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, *cit.*. En la jurisprudencia de instancia, Trib. Napoli, 10 de enero de 2006, en *Corr. merito*, 2006, p. 579.

⁸³ En este sentido, FERRANDO, G., «L’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 324 y sigs.

⁸⁴ Así, en cambio, AUDETTO, T., *sub artículo 155 quater*, *cit.*, pp. 729 y sigs.

⁸⁵ Para esta posición me remito a AUDETTO, T., *sub artículo 155 quater*, *cit.*, pp. 729 y sigs.

⁸⁶ Con las consecuencias del resarcimiento del daño e imputación de la culpa de la separación: AULETTA, T., *sub artículo 155 quater, cit.*, p. 730.

⁸⁷ En este sentido, FREZZA, G., «Casa familiare», en FERRANDO, G., FORTINO, M., y RUSCELLO, F. (coords.), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, en *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, pp. 1347 y sigs. Sobre la excepcionalidad de la disciplina de la asignación de la casa familiar cfr. QUADRI, E., *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 279; VELLUZZI, V., «Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte Costituzionale tra principi inespressi e ideologia», en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 895 y sigs.

⁸⁸ Me remito a PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *cit.*, pp. 252 y sigs.; PERLINGIERI, P. y FEMIA, P., *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, 6.^a ed., Napoli, 2007, pp. 10 y sigs. Una profundización en CLARIZIA, O. «Tertium ceomparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo», in FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, 2006, pp. 175 y sigs.

⁸⁹ Desmentida ya por RUBINO, D., «Odierni tendenze sui limiti del diritto di proprietà», en *Ann. Univ. Macerata*, XVII, 1948, pp. 75 y sigs., y posteriormente en ID., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 141; PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Camerino-Napoli, 1970, pp. 14 y sigs., 73, 123. Sobre este punto permitáseme la remisión a CARAPEZZA FIGLIA, G., «Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella ci-vilistica italiana degli anni Settanta», en *Rass. dir. civ.*, 2011, en particular, pp. 1066 y sigs.

⁹⁰ Configura la analogia como una forma de interpretación sistemática dirigida a la aplicación directa de los principios, PERLINGIERI, P., «L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'articolo 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi», en *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 990 y sigs., posteriormente ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, en particular, pp. 291 y sigs. Más recientemente, FEMIA, P., «Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine», en PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto pri-vato comunitario*, Napoli, 2008, spec. pp. 47 y sigs.; LIPARI, N., «Morte e trasfigurazione dell'analogia», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, pp. 1 y sigs.; TULLIO, L., «Analogia implicita e 'meritevolezza dell'estensione' nel giudizio di costituzionalità», in FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, *cit.*, pp. 129 y sigs.

⁹¹ La orientación jurisprudencial prevalente excluye que la asignación de la casa familiar, en ausencia de hijos, sea un instrumento de igualación en beneficio del cónyuge más débil: Cass., 16 de septiembre de 2011, núm. 18992, en *Dejure online*; Cass., 21 de enero de 2011, núm. 1491, en *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 102; Cass., 23 de noviembre de 2007, núm. 24407, en *Giust. civ.*, 2008, I, p. 911. De hecho, tanto el anteriormente vigente artículo 155 CCI, como el nuevo artículo 155 *quater* CCI, «mantiene de manera diferenciada tal medida de las relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges de las que trata el artículo 156 CCI».

⁹² De «sustancial expropiación del derecho de propiedad del otro cónyuge, en cuanto la duración del vínculo coincidiría con la vida del beneficiario», habla Cass., 25 de febrero de 2011, núm. 4735, en *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 527.

⁹³ Sobre este punto profundizan GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.*, 294.

⁹⁴ Así, Cass., 17 de diciembre de 2009, núm. 26586, en *Dir. fam. pers.*, 2010, 674. Véase, del mismo modo, Cass., 11 de noviembre de 2011, núm. 23631, en *Arch. loc.*, 2012, 165, según la cual la asignación parcial es admisible, no solo cuando el inmueble sea autónomo y distinto del destinado a la habitación de la familia, sino también cuando este último «exceda por extensión de las exigencias de la familia y sea fácilmente divisible»; Cass., 11 de noviembre de 1986, núm. 6570, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 361, que subraya la discrecionalidad judicial al limitar la asignación de la casa familiar a la parte que lo requiere a las necesidades de la familia, con el fin «de tomar en consideración las necesidades vitales del otro cónyuge» Cass., 23 de junio de 1980, núm. 3934 en *Dir. fam. pers.*, 1980, 1121. En la jurisprudencia

de instancia, Trib. Bari, 17 de noviembre de 2010, en *Dejure* online, adscribe a la asignación parcial la finalidad de favorecer el encuentro de los hijos con ambos progenitores.

⁹⁵ Así, AULETTA, T., *sub artículo 155 quater, cit.*, pp. 728 y sigs., en los casos de *handicap* o de grave enfermedad del cónyuge.

⁹⁶ Cass., 24 de agosto de 1990, núm. 8705; App. Venezia, 6 de marzo de 2013, núm. 25, en *Fam. dir.*, 2013, pp. 1009 y sigs.

⁹⁷ La STS 30 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 6547) dice, así, que «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesario de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, 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, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

⁹⁸ De dicha jurisprudencia da cuenta DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I., «Atribución temporal», *cit.*, pp. 3453-3455.

⁹⁹ Es, por ello, que suscita dudas la constitucionalidad de la redacción del artículo 96.3 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual «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 esta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda».

¹⁰⁰ Criticada, en cambio, por SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, p. 6, que tilda este posición jurisprudencial de «rigurosa», criticando, en general, el automatismo del artículo 96.1 del Código Civil, en lo atinente a la asignación automática del derecho de uso al progenitor custodio.

¹⁰¹ Véase, en tal sentido, STS 14 de abril de 2011 (RAJ 2011, 3590), STS 21 de junio de 2011 (RAJ 2011, 7325), STS 17 de octubre de 2013 (RAJ 2013, 7255), STS 29 de mayo de 2014 (RAJ 2014, 3889), STS 2 de junio de 2014 (RAJ 2014, 2842) y STS 28 de noviembre de 2014 (RAJ 2014, 6048).

¹⁰² STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente ATS 15 de abril de 2015 (recurso núm. 656/2014).

¹⁰³ Sobre el argumento, TRABUCCHI, A., *sub artículo 147, en Comm. dir. it. fam.* (dirigido por CIAN, G., OPPO, G. y TRABUCCHI, A., II, Padova, 1992, pp. 589 y sigs.; FERRÍ, G. B., *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, en ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 90 y sigs.; FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso, cit.*, pp. 90 y sigs. En la jurisprudencia, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5172, en *Dejure* online; Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, *cit.*; Cass., 8 de febrero de 2012, núm. 1773, *ibid.*; Cass., 26 de setiembre de 2011, núm. 19589, *ibid.*

¹⁰⁴ Excluye que el pago de la pensión periódica sea la única modalidad de mantenimiento de los hijos mayores, FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso, cit.*, pp. 94 sigs. En sentido diverso SIRENA, P., «Le disposizioni in favore dei figli maggiorenni», en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (coord.), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 203.

¹⁰⁵ En la jurisprudencia, con claridad, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, en *Dejure* online: «La edad del hijo conviviente no es relevante al objeto de la asignación, porque lo que asume relevancia es la convivencia con el cónyuge asignatario y la falta de autosuficiencia del hijo». Véanse, además, entre las numerosas decisiones, Cass., 22 de marzo de 2010, núm. 6861, *ibid.*; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, *cit.*

¹⁰⁶ En este sentido, entre otros, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 327 y sigs.

¹⁰⁷ Véase Cass., 29 de octubre de 1998, núm. 10797, en *Giur. it.*, 1999, 1588, según la cual la obligación del juez de motivar las razones que le lleven a asignar la casa familiar al progenitor con el que los hijos convivan «asume siempre mayor rigor a medida que aumente

la edad de los hijos, reduciéndose con el pasar de los años la necesidad de conservación del ambiente familiar». De análogo tenor, Cass., 27 de noviembre de 1996, núm. 10538, en *Dir. fam. pers.*, 1997, 584; Cass., 6 de abril de 1993, núm. 4108, *ibid.* 1993, 1023. Por último, Cass., 20 de agosto de 2014, núm. 18076, según la cual, sin embargo, la obligación de mantenimiento de los hijos mayores de edad no independientes económicamente debe ser valorada «con prudente apreciación, caso por caso, y con criterios de rigor proporcionalmente exigentes en relación con la edad de los beneficiarios (...) quedando claro que tal obligación no puede ser prolongada más allá de razonables límites de tiempo y de medida, porque el derecho del hijo se justifica dentro de los límites de la búsqueda de un proyecto educativo y de un proceso de formación, en el respeto de sus capacidades, inclinaciones y (en tanto que compatibles con las condiciones económicas de los progenitores) aspiraciones». En el supuesto de hecho la Corte de Casación ha considerado injustificada la asignación de la casa conyugal, de propiedad del marido, a la mujer, desde la sola consideración, aun en el contexto de crisis económica y social, de la situación de parados de los dos hijos, ambos, con una edad superior a los cuarenta años.

¹⁰⁸ Véanse, entre otras, Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, *cit.*; Cass., 8 de febrero de 2012, núm. 1773, *cit.*; Cass., 20 de agosto de 1997, núm. 7770, en *Giust. civ.*, 1997, I, 2969.

¹⁰⁹ FREZZA, G., *I luoghi della famiglia*, *cit.*, p. 148. En sentido diverso, Cass. 21 de enero de 1998, núm. 565, en *Giust. civ.*, 1998, I, 1644, que se limita a tomar en consideración el criterio de la convivencia.

¹¹⁰ Así, la SAP Navarra (Sección 2.^a), núm. 205/2001, de 1 de septiembre (núm. recurso 399/2000), estimó la demanda del marido, en la que este solicitaba que se pusiera fin a la atribución del uso de la vivienda familiar (de su propiedad exclusiva) en favor de los hijos (ya mayores de edad) y de la madre, dado que la misma había heredado de sus padres dos pisos y había comprado un tercero con parte del dinero de la herencia. Afirma, así, que: «la adquisición por parte de [la demandada] de un patrimonio inmobiliario, por vía ‘mortis causa’’, determina un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las precedentes resoluciones judiciales, y que le permiten disponer, cuando menos en un medio plazo de tres viviendas aptas para su ocupación por la demandada, por lo que no es de apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa».

¹¹¹ Como sucedió en el caso resuelto en la ya vista STS 5 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10135), confirmatoria de la sentencia de divorcio, que, modificando la medida adoptada en la sentencia de separación, atribuyó al marido el uso de la vivienda familiar, de la que era propietario exclusivo, porque posteriormente la madre custodia había «adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos», porque «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre».

¹¹² Recuérdese que la STS 29 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 3021) confirmó la sentencia de divorcio, que atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar, la cual en la anterior sentencia de separación había sido asignada a la madre; y ello, porque en el tiempo que medió entre ambas resoluciones judiciales la madre había adquirido una nueva vivienda en copropiedad con la nueva pareja con la que convivía. Afirma, así, que «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».

¹¹³ Recuérdese que esta solución es la adoptada por el artículo 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, según el cual «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, este cesará en el uso

de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

¹¹⁴ La STS 16 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 47658) consideró procedente la modificación de medidas solicitada por el progenitor, que había pedido que el derecho de uso de la vivienda familiar, que era de su propiedad exclusiva, pasara a recaer sobre otra casa, propiedad de ambos progenitores, anterior residencia familiar y posteriormente alquilada, al extinguirse el contrato de arrendamiento. Observa que «el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio» y que «las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida».

¹¹⁵ Véase, en tal sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», *cit.*, p. 1339.

¹¹⁶ La SAP Murcia (Sección 4.^a), núm. 364/2011, de 14 de julio (núm. recurso 637/2010), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido al marido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de ganancias, dándose la circunstancia de que la madre había salido de ella con los hijos menores para habitar con ellos en otro piso, de procedencia familiar.

¹¹⁷ La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a), núm. 300/2005, de 19 de septiembre (núm. recurso 312/2005), consideró que había que modificar la atribución del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge no custodio, al ser su interés el más necesitado de protección, y por haber sufrido el otro un accidente, que le hizo trasladarse con los hijos a la vivienda del abuelo paterno, para poder acudir a un centro de rehabilitación próximo a esta. La Audiencia estimó «comprendible que [el padre custodio] se sienta más cómodo y seguro en compañía de familiares; como consecuencia de este cambio de residencia, las hijas han cambiado también de centro de estudios, medida que denota la previsión de que la situación se prolongue».

¹¹⁸ Véase, por ejemplo, en sentido crítico CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, p. 34; y SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, p. 4.

¹¹⁹ Me parece adecuado el fallo contenido en la STS 16 de junio de 2014 (RAJ 2014, 3073). Al admitirse la demanda, se había asignado cautelar y temporalmente la custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. «Ahora bien —dice el Tribunal Supremo—, ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del Código Civil, como consecuencia de la sentencia de separación». «La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidirla atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirla a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para que la que está prevista».

¹²⁰ Sobre este caso llaman la atención CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, p. 16, y SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, p. 4, pareciendo a la primera de ellas que la solución que resulta de la aplicación del artículo 96 del Código Civil es «escandalosa e indignante para el dueño del inmueble».

¹²¹ El problema de la duración de la asignación ha sido ya afrontado, en términos generales por BIN, M., *I rapporti di famiglia*, en *Riv. trim.*, 1986, p. 201, el cual auspiciaba «un uso más amplio» de la asignación por tiempo determinado, «rara en la práctica»; y, sobre todo, por BELVEDERE, A., «Residenza e casa familiare: riflessioni critiche», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 284 y sigs., según el cual es necesario encontrar «un remedio a la duración, prácticamente indeterminada de la asignación», que aumenta la desvalorización de «los intereses del cónyuge titular de los derechos sobre la casa». En particular, se observa que si la *ratio* de la medida de la asignación consiste en «evitar a los hijos el trauma de un imprevisto alejamiento de su ambiente», el juez debería ajustar la duración de la asignación a la necesidad del caso concreto.

¹²² De «intrínseca provisionalidad» habla C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, en *Giur. it.*, 2009, pp. 1155 y sigs.

¹²³ C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.*, pp. 1155 y sigs. La probable inconstitucionalidad del artículo 155 *quater* CCI, en la parte en que preveía entre la causas de extinción el nuevo matrimonio o la convivencia *more uxorio* del asignatario había sido sostentada, entre otros, por BASINI, G., «Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'articolo 155 quater c.c.», en *Fam. Pers. Succ.*, 2006, pp. 618 y sigs.

¹²⁴ C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.*, pp. 1155 y sigs.

¹²⁵ Según SESTA, M., «Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali», en *Fam. e dir.*, 2006, p. 387, el factor tiempo concurre en el juicio de ponderación entre los intereses patrimoniales del progenitor titular y los intereses de los hijos.

¹²⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», *cit.*, pp. 1351-1352, da una visión sintética, pero completa acerca de las distintas posiciones de la doctrina científica española acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso.

¹²⁷ La jurisprudencia ha ido cambiando la calificación de la naturaleza jurídica del derecho de uso, si bien con escasa trascendencia práctica, pues siempre salva su oponibilidad a terceros.

En un primer momento hubo sentencias que le atribuyeron carácter real. Así, la STS 18 de octubre de 1994 (RAJ 1994, 7722), afirma que «No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil».

Sin embargo, otras sentencias no entraron en la calificación del derecho real o personal, entendiendo que esta cuestión no condicionaba su oponibilidad a terceros, ni la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad. La STS 11 de diciembre de 1992 (RAJ 1992, 10136) observa «no parece dudoso que dicho uso [atribuido a la mujer, sobre una casa de propiedad privativa del marido] deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral», doctrina que es repetida por la posterior STS 22 de abril de 2004 (RAJ 2004, 2713). La STS 4 de abril de 1997 (RAJ 1997, 2636) dice que «no es un derecho de usufructo [...] derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros [...] sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real [...] En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso».

En la actualidad claramente predomina la tesis de que no es un derecho real, la cual nace claramente, en relación con casos en que la propiedad de la vivienda familiar no pertenecía a ninguno de los cónyuges, sino que había sido cedido gratuitamente su uso por los familiares de uno de los cónyuges. La STS 31 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10330), respecto a un caso que los cónyuges poseían la vivienda en concepto de precaristas, en relación a la sentencia que atribuyó el derecho de uso, habla de una «decisión judicial, oponible ‘erga omnes’, aunque no generadora de un derecho real».

Posteriormente, la importante STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) fija doctrina jurisprudencial, con el fin de resolver el problema planteado con la atribución del derecho de uso a un progenitor sobre la vivienda familiar, cuyo uso fue cedido a ambos cónyuges en precario por los padres del no asignatario. Dice, así, 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 o 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 cualesquier 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 es seguida por todas las posteriores, como, por ejemplo, STS 8 de octubre de 2010 (RAJ 2010, 7445) y STS 22 de noviembre de 2010 (RAJ 2011, 936), la cual, no obstante, considera no oponible el derecho de uso al adquirente en pública subasta de la vivienda, como como consecuencia de un proceso de ejecución iniciado antes de la fecha de la sentencia que lo atribuyó a la mujer, ante el impago (constante el matrimonio) de ambos cónyuges. La misma doctrina del Pleno se recoge en STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), según la cual «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».

Evidentemente esta orientación jurisprudencial está influida por la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado (a la que, como se ha visto, la propia Sentencia del Pleno alude), entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), según la cual «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo —que puede ser variable— así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho».

¹²⁸ ¿Quién es el titular del derecho de uso? Superando una conclusión precipitada que podría resultar de una lectura literal del artículo 96.I del Código Civil, según la cual la titularidad sería conjunta, correspondiendo, tanto al progenitor custodio como a los hijos menores, se va imponiendo una tesis más razonable y útil desde un punto de vista práctico, cual es la de considerar que el titular del derecho es el progenitor, pero se le atribuye en función de su posición de custodio de los hijos menores y en beneficio de estos, por lo que estamos ante un «derecho función», tal y como afirma la RDGRN 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107).

Véase, así, ya O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis familiares», en *Actualidad Civil*, 1986, p. 1337; y, posteriormente, MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución*, cit., pp. 225-246, que se decanta por esta tesis, tras un riguroso examen de la cuestión; también, más recientemente, BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», p. 1350; e implícitamente, MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», cit., pp. 106; y sigs.

La STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) afirma que la «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». Se recoge, así, la doctrina expresa, entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), sobre «la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo», distinguiendo entre «el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia)» y «la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo». No obstante, la RDGRN 19 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 7934), de la que se hace eco la posterior RDGRN 24 de

octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107), ha admitido la inscripción del derecho de uso en favor de los hijos menores, cuando les es atribuido judicialmente, existiendo un acuerdo previo en tal sentido entre los cónyuges, recogido en convenio regulador.

¹²⁹ Que el derecho de uso, cuando recae sobre una vivienda propiedad exclusiva del progenitor no usuario o copropiedad de ambos progenitores, puede tener acceso al requisito de la Propiedad es indudable. Véase a este respecto la emblemática STS 11 de diciembre de 1992 (RAJ 1992, 10136), como también la posterior STS 22 de abril de 2004 (RAJ 2004, 2713). La RDGRN 25 de octubre de 1999 (RAJ 1999, 7680) dice, así: «Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos '*erga omnes*', por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponerle podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido». Obviamente, no tiene acceso al Registro un derecho de uso atribuido en la sentencia de separación o de divorcio al cónyuge a cuyo nombre aparece inscrita la vivienda, por ser propietario exclusiva de ella, tal y como constata RDGRN 6 de julio de 2007 (RAJ 2007, 6161) y RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634). Así mismo, como observan RDGRN 14 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3006) y RDGRN 9 de julio de 2013 (RAJ 2013, 6668), procede la cancelación de la inscripción, cuando el titular del derecho de uso adquiere posteriormente la vivienda por haberse adjudicado la propiedad de la misma en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Sobre los requisitos y forma para la práctica de la inscripción del derecho de uso véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, p. 2518; como también de la misma autora, «La oponibilidad del derecho», *cit.*, pp. 1904 y sigs.; así mismo, LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C., *La atribución*, *cit.*, pp. 163-222.

¹³⁰ Por ello, entiende MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, p. 106, al referirse a la naturaleza del derecho que se trata «de un tema más polémico a nivel doctrinal que jurisprudencial, dado que los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión coinciden en caracterizar el derecho de uso como una carga de carácter real, susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad y, por tanto, oponible frente a los terceros que pudieran haber adquirido algún derecho sobre la vivienda con posterioridad a la sentencia de separación, nulidad o divorcio».

¹³¹ Es paradigmática la STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274), la cual, al igual que la posterior STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), sostiene que el derecho de uso no es un derecho real, pero afirma lo siguiente: «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 [...]. 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. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

¹³² LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C., *La atribución*, *cit.*, p. 132, observa que «no parece justificable ni riguroso jurídicamente el tratar de crear una denominación distinta para un derecho que en nuestra opinión se incardina claramente en la categoría de los derechos reales»; y añade: «No puede denominarse de otra forma a un derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole sobre ella y al mismo tiempo

una eficacia general en relación a los terceros». La autora entiende que puede considerarse el derecho de uso como una variante del derecho de habitación regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil o como un derecho real autónomo de constitución judicial, admisible con arreglo a la teoría del *numerus apertus*.

¹³³ Lo constata MORALEJO IMBERNON, N.: «La vivienda familiar», *cit.*, p. 109.

¹³⁴ Es emblemática la STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323), según la cual, «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 cualesquier 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)».

¹³⁵ Esta orientación jurisprudencial, que identifica el derecho de uso con limitación de la facultad dispositiva tiene su origen en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, expresada, entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), la cual se explica porque, en ausencia de un precepto legal expreso que permita la inscripción del derecho de uso, tiene que insistir en este aspecto para poder justificar su acceso al Registro.

Sin embargo, lo cierto es que tal doctrina ha sido matizada por otras resoluciones del Centro Directivo, en las que se subraya que el contenido del derecho de uso comprende una limitación de la facultad de disponer, que recae sobre el propietario, pero no se agota en ella, sino que también abarca una vertiente positiva. Así, RDGRN 14 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3006), RDGRN 9 de julio de 2013 (RAJ 2013, 6668) y RDGRN 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107) hablan de «un haz de facultades», que el derecho de uso genera para su titular, «integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal [...] y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio».

¹³⁶ Por el contrario, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «La oponibilidad del derecho», *cit.*, p. 1897, considera que esa facultad negativa (de oponerse a la enajenación realizada por el otro progenitor propietario) sí forma parte del contenido del derecho, aunque no la agota, pues también incluye en dicho contenido la facultad positiva de usar la vivienda.

¹³⁷ MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.*, p. 111, llama la atención sobre este extremo.

¹³⁸ Véase, así, CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, pp. 12-13.

¹³⁹ Riesgo este sobre el que llaman la atención RDGRN 25 de octubre de 1999 (RAJ 1999, 7680) y RDGRN 19 de septiembre de 2007 (RAJ 2007, 6167).

¹⁴⁰ Sí lo prevé la redacción del artículo 96.8, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

¹⁴¹ Lo evidencia O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», p. 1135; y más recientemente, desarrolla la idea CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, p. 11.

¹⁴² Es clara a este respecto la STS 31 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10330), según la cual «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso».

¹⁴³ La STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274) observa lo siguiente: «Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 del Código Civil). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante [...] Por ello [...] debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributario del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo».

¹⁴⁴ La STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) explica que «la jurisprudencia mantiene que nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio».

¹⁴⁵ CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, p. 12, observa que el hecho de que no pueda atribuirse naturaleza real al derecho de uso sustentado sobre un derecho personal no constituye un argumento «válido para negar el carácter real de tal derecho».

La autora se refiere obviamente al caso en el que la propiedad de la casa pertenezca a uno o a ambos progenitores. Véanse, también (aun siendo cuestión muy debatida en la doctrina), en favor de la consideración de la naturaleza real del derecho de uso en este supuesto, ya O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», *cit.*, pp. 1333-1334 (que habla de un derecho real autónomo, que guarda analogías con el derecho de habitación), como también, posteriormente, JUANES PESES, A., y GALVÁN ARIAS, J.R., «La naturaleza de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *La Ley*, 1992, tomo 3.^º, pp. 969 y sigs.; más recientemente, BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 734, p. 3502.; LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C., *La atribución*, *cit.*, pp. 131-133; y MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.*, p. 108, e implícitamente SANTOS MORÓN, M.^a J., «La atribución», *cit.*, pp. 4-5. Más matizada es la opinión de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a, «La especial naturaleza», *cit.*, pp. 2524-2525, según la cual «se trata de un derecho muy especial, que aunque externamente se nos asemeja más a un derecho de carácter real, por su oponibilidad e inscripción registral, su naturaleza queda absolutamente modalizada por las ideas básicas del interés protegido, que no es otro que el de los hijos a vivir en la vivienda familiar en compañía del otro cónyuge». Es original, aunque aislada, la opinión de RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pp. 10-11, pp. 116-117, quien considera que, en supuesto contemplado en el artículo 96.I del Código Civil, en el caso de que la titularidad corresponda exclusivamente al cónyuge no usuario, «supuesto de hecho sobre el que se construye la norma», estamos, no ya ante un derecho real atípico, sino ante «un verdadero y propio derecho real de uso», mientras que, en el caso del artículo 96.III, se contempla siempre un mero derecho personal, que, por lo tanto, no puede acceder al Registro de la Propiedad.

¹⁴⁶ No obstante, la STS 8 de octubre de 2010 (RAJ 2010, 7445) observa que «Ciertamente, la doctrina resumida [la actual, que niega el carácter de derecho real del derecho de uso ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede. Por ello, debe entenderse aplicable en este supuesto la doctrina anterior, por lo que debe rechazarse que el derecho de D.^a Isabel tenga la naturaleza de derecho real».

¹⁴⁷ Me parecen muy atinadas las observaciones de CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.*, pp. 12-13: «Negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el Tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de

un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes* incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad».

¹⁴⁸ La naturaleza real o personal del derecho de uso es todavía objeto de discusión. Puede verse una clara síntesis en FREZZA, G., «Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare», en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 519 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 314 y sigs. Según Cass., 19 de septiembre de 2005, núm. 18476, en *Giur. it.*, 2006, p. 2277, «el derecho reconocido al cónyuge no titular de un derecho de propiedad o de disfrute de la casa familiar, a través de la resolución judicial de asignación de la casa misma en sede de separación (o de divorcio), tiene la naturaleza de derecho personal de disfrute, y no, de derecho real (siendo los modos de constitución de estos últimos taxativa, debiendo estar expresamente previstos por la ley, que no configura como tal una resolución judicial de este tipo). En cambio, SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», en *Riv. dir. civ.*, 2011, I, pp. 568 y sigs., considera que la nueva formulación del artículo 155 *quater* CCI (y en la actualidad del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI), que ha omitido el reenvío al artículo 1599 CCI, permite calificar como real el derecho de disfrute del cónyuge asignatario.

¹⁴⁹ El recurso al artículo 1599 CCI se considera un argumento favorable a la naturaleza personal derecho de disfrute del asignatario: VIRGADAMO, P., «Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso», en *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 1598 y sigs.; FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'articolo 337 *sexies* c.c.», *cit.*, pp. 169 y sigs.

¹⁵⁰ Se trata de Corte cost., 27 de julio de 1989, núm. 454, en *Dir. fam.*, 1989, p. 491, la cual se remite a la «*eadem ratio* de la exclusiva referencia al interés moral y material de la prole»; Corte cost., ord., 23 de enero de 1990, núm. 20, en *Giur. cost.*, 1990, p. 54, la cual ha precisado que «el deber de inscribir la resolución judicial de asignación, en el caso de separación, por analogía con la normativa vigente en materia de disolución del matrimonio, se refiere, ex artículo 1599 CCI, exclusivamente, a la asignación que supera los nueve años, resultando clara la oponibilidad de la resolución en las demás hipótesis».

¹⁵¹ Se trata de la tesis prevalente, consagrada por las *Sezioni unite*: Cass., Sez. un., 26 de julio de 2002, núm. 11096, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pp. 480 y sigs.; Cass., 7 de febrero de 2006, núm. 2627, en *Dejure online*; Cass., 18 de septiembre de 2009, núm. 20144, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 390. Sobre este punto cfr. VIRGADAMO, P., «Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso», *cit.*, p. 1598. Se expresan críticas a la posición de la Corte de Casación en GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», en *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pp. 131 y sigs., según el cual, «el interés de los hijos al *habitat doméstico* puede y debe ser garantizado solamente frente a los progenitores», y no, frente a sujetos extraños a la familia, como el tercero adquirente.

¹⁵² Puese verse un tratamiento profundo en SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», *cit.*, pp. 559 y sigs.; C. IRTI, *sub 155 quater*, en PATTI, S. e ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, *cit.*, pp. 305 y sigs.; después de la entrada en vigor del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'articolo 337 *sexies* c.c.», *cit.*, pp. 171 y sigs.

¹⁵³ En este sentido ZACCARIA, A., «Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiarie, ante la riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso», en *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 779 y sigs., si bien con fuertes críticas hacia la reforma. Comparte, en cambio, la opción del legislador SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», *cit.*, en particular, pp. 571 y sigs., según el cual el artículo 155 *quater*, párrafo primero, CCI, con expresa refe-

rencia al artículo 2643 CCI, sujeta a la resolución judicial de asignación «al normal régimen de oponibilidad de los actos constitutivos de derechos reales inmobiliarios».

¹⁵⁴ Así, QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 429 y sigs.; Diversamente, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, en BAILESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Artt. 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, p. 733, considera razonable salvaguardar «al tercero que haya inscrito antes de la inscripción del acto de asignación».

¹⁵⁵ Cfr. en esta línea QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», *cit.*; GAZZONI, F., «Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale», en *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 742 y sigs., según el cual el artículo 155 *quater* CCI integra, sin derogarlo, el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley del divorcio, por lo que se remite al 1599 CCI; FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.*, pp. 161 y sigs.; después de la entrada en vigor del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, ID., «Appunti e spunti sull'articolo 337 *sexies c.c.*», *cit.*, pp. 171 y sigs., quien sostiene que, para evitar la duda sobre su constitucionalidad, es necesario asimilar la asignación «*quoad effectum*», esto es, a los solos fines circulatorios, al arrendamiento».

¹⁵⁶ En este sentido, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, p. 733, el cual, no obstante, fuera de la hipótesis del inmueble en arrendamiento, acoge la tesis que supedita la oponibilidad del derecho del asignatario a su tempestiva inscripción.

¹⁵⁷ V. en este sentido STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 2232), STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (RTC 1993) y STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (RTC 1993, 6).

¹⁵⁸ STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999, 116).

¹⁵⁹ La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), afirma que «lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza». La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994, 66), afirma que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir ‘more uxorio’». Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que «constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida».

¹⁶⁰ De la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

¹⁶¹ Este argumento sirve al TC para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables», no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el artículo 149.1., regla 8.^a, CE, que, «en todo caso», atribuye al Estado competencia exclusiva para regular «las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio».

Observa que, «Así como la competencia estatal en relación con el artículo 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa». Y añade: «Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo

que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan».

¹⁶² En la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se constata que «En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de esta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad».

¹⁶³ A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de «uniones estables de pareja», sustituida por el artículo 234-1 a 14 del Código Civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de «parejas estables no casadas», sustituida por los artículos 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables» [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de «parejas estables», la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre «uniones de hecho» [cuyos artículos 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), por extralimitación competencial]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de «parejas estables», la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de «parejas de hecho», la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de «parejas de hecho», la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de «parejas de hecho», la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, «reguladora de las uniones de hecho» o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, «reguladora de las parejas de hecho». La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de «uniones de hecho formalizadas», cuyo artículo 14 (que regula derechos sucesorios en favor del conviviente supérstite) ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

¹⁶⁴ A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad, reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad

Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92), y 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el artículo 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad.

El TC reitera que «la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales», insistiendo en «el amplio margen de apreciación y configuración del legislador

en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección»; y concluye: «Ha de ser, por tanto, el legislador —en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público— el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance».

¹⁶⁵ La jurisprudencia ha excluido, así, la posibilidad de aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el artículo 1344. Véase, en este sentido, STS 18 de febrero de 1993 (RAJ 1993, 1246), STS 22 de julio de 1993 (RAJ 1993, 6274), STS 27 de mayo de 1994 (RAJ 1994, 3753), STS 20 de octubre de 1994 (RAJ 1994, 7492), 30 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10391), STS 4 de marzo de 1997 (RAJ 1997, 1640), 4 de junio de 1998 (RAJ 1998, 3722), 23 de julio de 1998 (RAJ 1998, 6131), 22 de enero de 2001 (RAJ 2001, 1678) y STS 23 de noviembre de 2004 (RAJ 2004, 7385).

¹⁶⁶ STS (Pleno) 12 de septiembre de 2005 (RAJ 2005, 7148).

¹⁶⁷ Excluida la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil y constatada la inexistencia de algún pacto, expreso o tácito, de los convivientes, el Pleno del Supremo se decanta por aplicar a la liquidación de las uniones de hecho el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto, de acuerdo, así, con una orientación jurisprudencial, que podemos calificar de tradicional, y que, en mi opinión, nunca debía haber sido abandonada.

Por supuesto, aparte del posible recurso al principio de prohibición de enriquecimiento injusto, al liquidar las relaciones de la unión de hecho, cabe apreciar, en su caso, la existencia entre los convivientes de una comunidad de bienes tácitamente constituida o de una sociedad irregular que tuvo por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional o económica.

¹⁶⁸ Véase en este sentido STS 16 de diciembre de 1996 (RAJ 1996, 9020) y STS 10 de marzo de 1998 (RAJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

¹⁶⁹ Véase ya STS 27 de marzo de 2008 (RAJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 de octubre de 2011 (RAJ 2011, 6708), según la cual «Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código Civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluyible aplicar por analogía lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa».

¹⁷⁰ Es emblemática la STS 1 de abril de 2011 (RAJ 2011, 3139), la cual se plantea la «pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del artículo 96 del Código Civil, ya que esta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios»; y concluye: «Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 del Código Civil), pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 del Código Civil no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 del Código Civil, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil». Más adelante, precisa: «En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los artículos 14 y 39 CE».

¹⁷¹ Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que», y párrafo segundo, y apartado 3; del artículo 3, inciso «y el transcurso del año

de convivencia»; del artículo 4, apartado 4; del artículo 5, apartado 1, inciso «respectando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles», y apartados 2, 3, 4 y 5; del artículo 6; del artículo 7; del artículo 9; del artículo 11; y del artículo 12.1.

¹⁷² Esto es, el artículo 234-1 del Código Civil de Cataluña y los artículos 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

¹⁷³ Sobre el argumento me remito a FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., pp. 157 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», cit., pp. 361 y sigs.

¹⁷⁴ Cfr. MORACE PINELLI, A. en BIANCA, M. (coord.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., pp. 173 y sigs.

¹⁷⁵ Sobre el argumento véase PERLINGIERI, P., «Riflessioni sull'unità della famiglia», en *Dir. giur.*, 1970, pp. 537 y sigs., y posteriormente ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 406 y sigs., según el cual la «unidad de la familia» constituye el instrumento de actuación de la personalidad de la prole, que también presenta relevancia jurídica en el momento patológico de la comunidad familiar no fundada en el matrimonio. PROSPERI, F., «La famiglia nell'ordinamento giuridico», en *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 790 y sigs., pone de relieve que el artículo 30 de la Constitución sustrae al matrimonio la exclusividad del cuidado de la prole, como más esencial y típica función familiar. Una síntesis en PATTI, S., «Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria», en *Fam. pers. Succ.*, 2007, pp. 247 y sigs.

¹⁷⁶ Corte cost., 7 de abril de 1988, núm. 404, en *Foro it.*, 1988, I, c. 2515 declara, además, la inconstitucionalidad de misma disposición «en la parte en que no prevé entre los posibles sucesores en la titularidad del contrato de arrendamiento, en caso de muerte del inquilino, al conviviente *more uxorio*». La Corte Constitucional, lejos de operar una parificación de la condición del cónyuge a la del conviviente, sobre la base del artículo 3 de la Constitución, invoca esta última norma como parámetro para valorar la «contrariedad lógica de la exclusión de un conviviente de la previsión de una norma que pretende tutelar la convivencia habitual». El rechazo a la aplicación analógica a la familia de hecho de las normas previstas para la fundada en el matrimonio (según una tesis sostenida, entre otros, por PROSPERI, F., *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino-Nápoli, 1980) orienta a los jueces constitucionales a considerar ilegítima una disciplina que prive de techo al conviviente *more uxorio* del inquilino, por ser ello contrario al derecho a la habitación, enumerado entre los derechos inviolables del ser humano *ex artículo* 2 de la Constitución [sobre el argumento véase AMAGLIANI, R., «L'assegnazione della casa familiare», en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Nápoli, 2006, pp. 418 y sigs.]. En sentido crítico hacia la generalización de la analogía, PERLINGIERI, P., «La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giurídica e l'equiparazione alla famiglia legittima», en *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 601 y sigs., y posteriormente ID., *La persona e i suoi diritti*, cit., pp. 493 y sigs., según el cual la familia de hecho representa un valor merecedor de tutela en cuanto formación social idónea para promover el desarrollo de la personalidad de sus componentes.

¹⁷⁷ Corte cost., 13 de mayo de 1998, núm. 166, en *Rass. dir. civ.* 1998, pp. 880 y sigs., con nota crítica de VELLUZZI, V., «Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto», cit., La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el fenómeno de la familia de hecho, con particular referencia al problema de la habitación, es expuesta de manera cuidada por BALESTRA, L., «La famiglia di fatto», en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 483 y sigs.

¹⁷⁸ Sobre la técnica de la interpretación adecuada me remito a las contribuciones contenidas en FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., y, en particular, a PERLINGIERI, P., «Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice», *ibid.*, pp. 3 y sigs.

¹⁷⁹ Corte cost., 13 de mayo de 1998, núm. 166, en *Rass. dir. civ.* 1998, p. 894. La aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones entre los sujetos de Derecho Privado es defendida por PERLINGIERI, P., «Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare», en *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 455 y sigs.; ID., «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 y sigs., posteriormente ambos en ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 24 y sigs. e 111 y sigs. Sobre el argumento véase, por último, PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G., *Introduzione*, en ID. (coor.), «*L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Persone – Famiglie – Successioni*, Napoli, 2012, pp. 11 y sigs.

¹⁸⁰ Corte cost., 21 de octubre de 2005, núm. 394, en *Riv. not.*, 2006, pp. 459 y sigs.

¹⁸¹ Estudiado con detenimiento en la doctrina científica española por SALAZAR BORT, S., *La atribución*, cit., pp. 169-241.

¹⁸² Según la redacción del artículo 96.7 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley» (párrafo primero). «Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando este le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación».

¹⁸³ Analizada, entre otros, por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Atribución de la vivienda», cit., pp. 585 y sigs.; CREMADES GARCÍA, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, pp. 12 y sigs.; y MORENO VELASCO, V., «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

¹⁸⁴ Es emblemática la STS 26 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 180).

¹⁸⁵ Véanse así STS 26 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 180), STS 30 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6925), STS 22 de octubre de 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), STS 14 de julio de 2010 (RAJ 2010, 6041).

¹⁸⁶ Reconocen la existencia de un comodato, que, tras la crisis, se transforma en precario, entre otras, STS 2 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 5587) y STS 14 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4729).

La STS 13 de abril de 2009 (RAJ 2009, 2895), resolvió un caso curioso. El propietario de la vivienda vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole esta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El Tribunal Supremo entendió que no había precario, sino un contrato de comodato. Pero, a diferencia de lo que es habitual en dichos casos, denegó el lanzamiento, por entender que el contrato no tenía como finalidad ceder el uso de una vivienda para la iniciación de la vida familiar, sino permitir la continuación de la que ya estaba comenzada antes de la venta del usufructo, apoyándose, además, en la circunstancia de que el comodante no era pleno propietario de la vivienda, sino un mero usufructuario.

Esta solución no convence, ya que, en el problema que nos ocupa, no parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, ya que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó, sin que acierte a ver qué diferencia pueda haber entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia del hijo con su propia familia o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320

del Código Civil) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 del Código Civil), cosa que no hizo.

¹⁸⁷ Véase en este sentido STS 22 de octubre de 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 14 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4729).

¹⁸⁸ STS 14 de julio de 2010 (RAJ 2010, 6041).

¹⁸⁹ STS 29 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6923), STS 30 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6925) y STS 13 de febrero de 2014 (RAJ 2014, 1341).

¹⁹⁰ En la jurisprudencia véase, entre otras, Cass., 26 de enero de 1995, núm. 929, en *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 990; Cass., 20 de octubre de 1997, núm. 10258, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 591; Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *ibid.*, 2004, I, p. 1439; Cass., 13 de febrero de 2006, núm. 3072, en *Dejure online*; Cass., 18 de julio de 2008, núm. 19939, en *Foro it.*, 2008, I, c. 3552; Cass., 7 de agosto de 2012, núm. 14177, en *Dejure online*; Cass., 18 de diciembre de 2012, núm. 23361, *ibid.*; Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, en *Fam. dir.*, 2015, pp. 5 y sigs. Véase, en sentido contrario y aislado, Cass., julio de 2010, núm. 15986, en *Foro it.*, 2010, I, c. 3391.

¹⁹¹ Con finura de argumentación, GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit.*, pp. 137 y sigs. Véase, además, SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento conditivo», *cit.*, pp. 584 y sigs.

¹⁹² Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit.*, sobre la que puede verse QUADRI, E., Comodato e *casa familiare*: l'intervento delle Sezioni Unite, en *Corr. giur.*, 2004, pp. 1442 y sigs.; Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit.*, Sobre la ordenanza de remisión, Cass., ord., 15 de junio de 2013, núm. 15113, que ha solicitado la segunda intervención de las Secciones unidas, véase CIPRIANI, N., «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite», en *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1388 y sigs.

¹⁹³ No ha de olvidarse que, en caso de duda en la interpretación, al comodato le es aplicable el artículo 1371 CCI, según el cual el contrato gratuito «debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado», esto es, para el comodante: CIPRIANI, N., «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite», *cit.*, p. 361, nota 1091. La expresión «a título gratuito», de hecho, se refiere, no solo a los negocios inspirados por un *animus donandi*, sino también a los contratos que generan obligaciones para una sola de las partes: PERLINGIERI, P., *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970, p. 90; RIZZO, V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, pp. 468 y sigs.

¹⁹⁴ En estos términos, Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit.*,

¹⁹⁵ En este sentido, *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit.*; Cass., 18 de junio de 2008, núm. 16559, en *Vita not.*, 2008, pp. 1433 y sigs.; Cass., 7 de agosto de 2012, núm. 14177, *cit.*, según la cual «si no se ha fijado expresamente una fecha de finalización, el plazo es deducible del uso para el que la cosa ha sido entregada, esto es, de la destinación a casa familiar». Pone de relieve que la determinación de un término de restitución «implícito» solo refleja parcialmente la voluntad de las partes, AL MUREDEN, E., «Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*», en *Fam. dir.*, 2010, pp. 1086 y sigs. De ahí resulta que la reconstrucción de la disciplina de la duración del vínculo jurídico no puede prescindir del contexto de relaciones afectivas entre comodante y comodatario, allí donde se expresa una confianza recíproca y bilateral sobre la solidaridad familiar: ID., «Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari», *ibid.*, 2012, pp. 698 y sigs., al cual se reenvía para ulteriores desarrollos.

¹⁹⁶ Así, Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit.*, que añade que «está implícita en la previsión de destinación del inmueble a habitación familiar la determinación de la duración de la concesión, que va ligada a tal uso». Sobre el comodato como relación de duración me remito al atento análisis de CIPRIANI, N., *Il comodato*, en *Tratt. dir. civ. CNN* (dirigido por PERLINGIERI, P.), Napoli, 2005, pp. 151 y sigs.

¹⁹⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit.*; Cass., 18 de julio de 2008, núm. 19939, *cit.*; Cass., 21 de junio de 2011, núm. 13592, en *Vita not.*, 2011, p. 1581.

¹⁹⁸ Justamente, de la esencialidad del *intuitus personae*, GABRIELLI, G., «I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit.*, p. 138, deduce la imposibilidad de asignación de la casa disfrutada a título de comodato.

¹⁹⁹ Según GABRIELLI, G., «I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit.*, pp. 137 sigs., es la gratuidad del comodato la que determina una irreducible diversidad del interés del comodante respecto del inquilino, lo que excluye la aplicación analógica de la norma que prevé el subingreso del asignatario en la relación jurídica de arrendamiento.

²⁰⁰ También Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit.*, pone de manifiesto: «una opción interpretativa que privase de modo absoluto al comodante propietario, que ha renunciado a toda renta sobre el bien en favor de la comunidad familiar, de disponer hasta el momento, por lo demás imprevisible en el acto de la conclusión del acuerdo, de que el último de los hijos del asignatario alcancara la independencia económica, supondría una expropiación sustancial de las facultades y de los derechos ligados a la titularidad del inmueble, con evidentes reflejos sobre la esfera constitucional de la tutela del ahorro y de su función previdencial».

²⁰¹ Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit.*, Sobre este punto véase ZACCARIA, A., «Opponibilità e durata dell’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 778 y sigs.

²⁰² En la jurisprudencia, Cass., 22 de marzo de 1994, núm. 2740, en *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2517; Cass., 17 de octubre de 1997, núm. 10258, en *Foro it.*, 1997, I, c. 849.

²⁰³ Sobre el argumento véase FERRANDO, G., «L’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 340 y sigs.

²⁰⁴ Tal tesis —definida como «aberrante» por GABRIELLI, G., «I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit.*, p. 139, nota 26, en cuanto «la proprietà del comodante, aunque sea anterior a la asignación, es pisoteada de manera descarada» — había sido sostenida de manera asilada por Cass., 10 de diciembre de 1996, núm. 10977, en *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 18, y sucesivamente superada por las Secciones Unidas.

²⁰⁵ En esta dirección se orientan Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit.*, según la cual la necesidad no debe ser «grave», sino, tan solo, «urgente e imprevisible», esto es, «sería, no voluntaria, no inducida de manera caprichosa o artificial» y «sobrevenida respecto al momento de la estipulación»; Cass., 28 de febrero de 2011, núm. 4917, en *Fam. dir.*, 2011, p. 882, según la cual constituye una necesidad marcada por los requisitos de la urgencia y de la no previsión el caso de la comodante que reclama la restitución del inmueble para habitar en él, en razón de la sobrevenida imposibilidad de continuar viviendo en calidad de huésped con el hijo. En la jurisprudencia de instancia, según Trib. Modena, 6 de julio de 2012, en *Arch. loc.*, 2012, p. 545, la extinción anticipada del comodato es legitimada por la exigencia de trasladarse y recuperar una nueva habitación por parte del comodante, determinada, tanto por problemas de salud, como por la sobrevenida separación de la mujer. Cfr., también, Trib. Salerno, 21 de julio de 2007, inéd.

²⁰⁶ Véase, a este respecto, STS 22 de septiembre de 1988 (RAJ 1988, 6852), STS 31 de octubre de 1989 (RAJ 1989, 7040), STS 20 de mayo de 1993 (RAJ 3807), STS 16 de febrero de 1998 (RAJ 1998, 868), STS 28 de marzo de 2003 (RAJ 2003, 3040) y STS 8 de mayo de 2006 (RAJ 2006, 2342).

La STS 27 de febrero de 2012 (RAJ 2012, 3383) explica que «El artículo 400 del Código Civil recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el artículo 400 del Código Civil que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada

por la ahora recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir». Más adelante, precisa: «Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento». Sobre esta sentencia pueden verse los comentarios de PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012; y ZUMAQUERO GIL, L., El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges de la vivienda familiar», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013.

²⁰⁷ Para un estudio de las cuestiones procesales que en este caso se suscitan véase BARCONES AGUSTÍN, N., «Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2085, pp. 1495 y sigs.

²⁰⁸ Obviamente, tal y como constata ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communii diviendo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia familiar», en *La Ley*, 1999, pp. 981 y sigs., esta oponibilidad a terceros del derecho de uso puede dificultar la venta en pública subasta de la vivienda común o hacer que el precio de remate sea muy bajo.

²⁰⁹ Véanse en este sentido, entre otras, STS 28 de marzo de 2003 (RAJ 2003, 3040), STS 8 de mayo de 2006 (RAJ 2006, 2342), STS 27 de junio de 2007 (RAJ 2007, 3865), STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274), STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935) y STS 27 de febrero de 2012 (RAJ 2012, 3383).

²¹⁰ Sobre la asignación de la casa familiar en comunidad legal u ordinaria y los problemas de la división, véase GABRIELLI, G., «I problemi dell’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 145 y sigs.; FERRANDO, G., «L’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 341 y sigs.

²¹¹ Véase, *retro* § 4.2.

²¹² Así, entre otros, Cass., 24 de julio de 2007, núm. 16398, en *Dejure* online; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.*

²¹³ En este sentido, Cass., 13 de febrero de 2006, núm. 3030, en *Foro it.*, 2007, I, c. 237.

²¹⁴ Véase Cass., 24 de julio de 2007, núm. 16398, *cit.*

²¹⁵ Trib. Monza, 3 de marzo de 2008, en *Guida dir.*, 2008, 38, 85. En contra de la inadmisibilidad véase también Trib. Monza, 21 de abril de 1989, en *Giust. civ.*, 1989, I, 2199; Trib. Monza, 24 de octubre de 1991, en *Dir. fam. pers.*, 1992, 685. Sobre este punto, GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio, II, Separazione personale e divorzio*, *cit.*, p. 287.

²¹⁶ Así, Trib. Roma, 4 de abril de 1985, en *Dir. fam. pers.*, 1985, I, 629, que, sin embargo, es anterior a la previsión legislativa de la oponibilidad a terceros, por medio de la inscripción, de la resolución judicial de asignación (art. 11, l. 6 de marzo de 1987, núm. 74; Corte cost., 27 de julio de 1989, núm. 454, *ibid.*, 1989, 491).

²¹⁷ Véase GABRIELLI, G., «I problemi dell’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 145 y sigs.

²¹⁸ La admisibilidad de la demanda de revisión, también existiendo una providencia judicial de asignación es mantenida, entre otras sentencia de instancia por Trib. Torino, 12 de octubre de 2001, en *Giur. it.*, 2002, 1187; Trib. Roma, 29 de mayo de 2000 y 4 de julio de 2000, en *Giust. civ.*, 2001, I, 819; Trib. Bologna, 21 de enero de 1993, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 700.

²¹⁹ Así, G. GABRIELLI, «I problemi dell’assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 145 y sigs.

²²⁰ En este sentido Trib. Bologna, 21 de enero de 1993, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 700.

²²¹ Cass., 17 de septiembre de 2001, núm. 11630, en *Familia*, 2002, 868, con nota de E. AL MUREDEN, «Scioglimento della comunione, attribuzione della casa coniugale e computo del preexistente diritto ad abitarla», al cual me remito para un atento análisis del problema.

²²² Cass., 17 de abril de 2009, núm. 9310, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 73, considera errónea y contradictoria la tesis de la sentencia recurrida, según la cual «la naturaleza atípica del derecho de uso, no comprendido entre los derechos reales, no determina una reducción del valor de mercado del bien anteriormente destinado a vivienda conyugal». Por el contrario, según la Corte «el tercero que adquiere el bien anteriormente destinado a vivienda familiar se convierte en titular de un derecho de propiedad gravemente comprometido en cuanto al disfrute y a la utilidad económica que del mismo puede extraer». Entre las sentencias de instancia, véase Trib. Trento, 4 de febrero de 2010, núm. 137, en *DeJure* online.

²²³ Por un lado, de hecho, el derecho de uso se extingue con la división; por otro lado, es atribuido en interés de los hijos, y no del cónyuge: Cass., 17 de septiembre de 2001, núm. 11630, *cit.*,

²²⁴ De manera persuasiva, GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare», *cit.*, pp. 146 y sigs.

(Trabajo recibido el 9-4-2015 y aceptado para su publicación el 15-4-2015)