

1.2. Derecho de Familia

Protección del interés superior de menor en materia de vivienda. Cuestiones jurisprudenciales

Protection of the best interests of the child in matters of housing. Jurisprudential issues

por

ISABEL M^a NICASIO JARAMILLO
Doctora en Derecho civil. Magistrada

EUGENIO PIZARRO MORENO
Doctor en Derecho civil e Internacional Privado US
Profesor Titular UPO

RESUMEN: Los avatares que generan la adecuada combinación de dos principios de alcance constitucional, el interés superior del menor y el derecho a la vivienda, además de tratarse de potenciales cuestiones de eventual recreación de conflictos vinculados al derecho de familia, suelen conformar situaciones en las que la búsqueda de soluciones judiciales han de poner en juego el valor de la excelencia, que no ha de ser otra cosa, en este ámbito, que la aplicación de criterios normativos que contribuyan a la búsqueda y realización de principios de justicia material. Con el objetivo de identificar estos principios y su aplicación jurisprudencial está redactado este trabajo de investigación.

ABSTRACT: *The vicissitudes generated by the appropriate combination of two principles of constitutional scope, the best interests of the child and the right to housing, in addition to being potential issues of eventual recreation of conflicts linked to family law, usually lead to situations in which the search for judicial solutions must put into play the value of excellence, which must not be anything else, in this area, than the application of normative criteria that contribute to the search and realization of principles of material justice. With the aim of identifying these principles and their jurisprudential application, this research work is written.*

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor, vivienda, atribución de uso, derecho familia.

KEYWORDS: *Best interest of the minor, housing, attribution of use, family law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL.—II. APUNTES HISTÓRICOS DE DERECHO COMPARADO, NACIONAL Y FORÁNEO. II.1. EVOLUCIÓN EN EL COMMON LAW. II.2. EFECTOS NO PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO EN EL COMMON LAW. II.3. DERECHO INTERNO AUTONÓMICO. IDEAS GENERALES.—III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR A LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL. III.1. CUESTIONES CLÁSICAS. III.2. UN NUEVO PARADIGMA A TRAVÉS DE LA TEMPORALIDAD del uso.—IV. EVENTUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS EN RELACIÓN CON EL DOMINIO. IV.1. VIVIENDA FAMILIAR COTITULARIDAD DE AMBOS CÓNYUGES O PROGENITORES. IV.2. VIVIENDA TITULARIDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES O PROGENITORES. IV.3. LA VIVIENDA EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA. IV.4. EL CESE DEL USO ATRIBUIDO POR CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO. IV.5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR DEBE AJUSTARSE A LOS INTERESES CONCRETOS DE LOS MENORES.—V. LOS MENORES ANTE EL DESAHUCIO DE VIVIENDA. STC 113/2021 DE 31 DE MAYO. V.1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DESALOJOS FORZOSOS DE MENORES. PANORAMA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL. V.2. LA STC 113/2021 DE 31 DE MAYO: PROCESOS DE PROPORCIONALIDAD Y PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS JUICIOS CIVILES QUE LLEVAN APAREJADO LANZAMIENTO. V.3. EFICACIA EXPANSIVA DE LA SENTENCIA. V.4. EVENTUAL RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN MOTIVADA POR LA FRUSTRACIÓN DEL LANZAMIENTO. V.5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSIBLES CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN DOGMÁTICA Y JURISPRUDENCIAL

Entre los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el interés superior del menor, ocupan un lugar relevante las cuestiones referidas a la vivienda y los menores. La primera problemática que se nos representa en materia de vivienda y menores se circunscribe de forma natural a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial o familiar. La respuesta legal la ofrece el artículo 96 del CC (en relación con el derecho común, pues las distintas leyes forales han establecido su regulación propia respecto de la cuestión, que analizaremos en el epígrafe siguiente), precepto ampliamente citado, cuestionado, interpretado e incluso corregido jurisprudencialmente, conforme han ido evidenciándose los problemas derivados de su rígida redacción e instaurándose con criterio preferente el sistema de custodia compartida de los menores.

Tras la resolución inicial de la composición familiar como consecuencia de la ruptura del núcleo convivencial de los progenitores, pronto afrontan notorios problemas a los que, casuísticamente, la jurisprudencia ha intentado dar respuesta. La vivienda familiar constituye en la actualidad uno de los activos principales de la familia y por ende, de los individuos que la componen. La inversión material, pero también afectiva y emocional que constituye la adquisición o determinación de la vivienda familiar determina la trascendencia de la decisión sobre su uso. No debe olvidarse que constituye, asimismo, un elemento trascendental de la pensión de alimentos, identificada como habitación. Unir necesariamente custodia sobre los

menores y vivienda, han lastrado, a nuestro juicio, en gran manera, los acuerdos y la concordia necesarios tras la ruptura del matrimonio. El cónyuge que es desposeído del uso del domicilio familiar a favor de los menores y del otro cónyuge, se ve obligado a buscar un nuevo domicilio, a costearlo, en ocasiones a soportar las cargas financieras de la vivienda familiar, y a contribuir, habitualmente, a los alimentos de los menores. En muchos casos ello llevará a un mayor empobrecimiento de los cónyuges o convivientes, —no se olvide que los términos “divorcio” y “dividir” tienen la misma raíz— que se adiciona a los conflictos derivados de la separación de la familia.

La jurisprudencia también ha cuestionado la subsistencia del uso atribuido de la vivienda familiar en los casos de acceso de un tercero a dicha vivienda, como conviviente del excónyuge a quien había sido atribuida. Desde posicionamientos, a nuestro juicio, inspirados por la justicia material del caso, el Tribunal Supremo ha declarado la extinción del uso atribuido, desposeyendo a la vivienda del carácter de vivienda familiar¹.

Paralelamente a los procesos familiares, constituye un pronunciamiento actual de relevancia notoria la reciente STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, introduciendo un juicio de proporcionalidad concreto en los casos de procesos civiles cuando existen menores, con apoyo en el interés superior del menor, que de facto puede conducir a la paralización de muchos lanzamientos, sólo sobre la base de dicho interés, especialmente cuando el demandante es lo que hoy se conoce como gran tenedor².

La irrupción legal del concepto del deudor vulnerable se inició con la conocida Ley 1/13, de 14 de mayo, para los procedimientos de ejecución hipotecaria, y ha ido progresivamente extendiéndose a los lanzamientos de vivienda habitual de familias vulnerables, a través de diversos instrumentos legales y judiciales: una comunicación legalmente dispuesta entre los servicios sociales y los juzgados en los procesos de desahucio de vivienda habitual, con suspensión del proceso o de su lanzamiento para la adopción de las medidas asistenciales pertinentes; o las medidas adoptadas como consecuencia de la pandemia, dirigidas a todos los supuestos de lanzamiento de vivienda de unidades familiares en situación de vulnerabilidad, tanto se traten de lanzamientos derivados de resolución de contratos arrendaticios, como de procesos civiles y penales de ocupación de inmuebles sin título. Y finalmente las distintas medidas de protección de colectivos vulnerables consolidadas en la Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, especialmente, significativas en el orden procesal en relación con los procedimientos de resolución arrendaticia o posesorios, pero también en materia de ejecución ordinaria e hipotecaria. Se constata la intención del legislador de consolidar legalmente una respuesta social al lanzamiento de familias vulnerables, conforme ha sido reclamado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas dentro del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Exposición de Motivos de la Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se hace eco de los pronunciamientos internacionales en materia de vivienda y lanzamientos forzosos en los siguientes términos: *“Es lógico que, dada su relevancia social, el derecho a la vivienda se recoja en importantes declaraciones internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183.ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Uni-*

das, de 10 de diciembre de 1948. Su artículo 25.1 prevé que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él o ella, como a su familia, la vivienda. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, reconoce también en su artículo 11.1, el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado incluyendo, entre otros, una vivienda igualmente adecuada. Asimismo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sigue esta misma línea, reconociendo a lo largo de su articulado la necesidad de garantizar la accesibilidad como presupuesto fundamental para el disfrute de una vivienda adecuada. La Unión Europea también ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la vivienda de toda persona, que se recogió en la Carta Social Europea de 1961 y se reforzó en la Carta Social Europea revisada en 1996, según la cual las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas «a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes». También el artículo 19 del Pilar Europeo de derechos sociales, incorpora la vivienda entre los principios y los derechos esenciales para el funcionamiento de los sistemas de bienestar europeo y, por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 establece en su artículo 34.3 que «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

En esta misma línea se ha expresado la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos, en la que se pide a la Comisión y a los Estados miembros que se aseguren de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas y estatales aplicables, y que garanticen la igualdad de acceso para todos a una vivienda digna. En suma, la normativa internacional más actual es consciente del proceso de segregación de facto en el acceso a la vivienda de la que es víctima gran parte de la población, especialmente jóvenes y familias y colectivos vulnerables. Como consecuencia, sus postulados demandan un cambio de paradigma en la consideración jurídica de la vivienda, para reforzar su función como servicio social de interés general. Sólo de este modo será posible garantizar el derecho efectivo a una vivienda digna y asequible para todas las personas jóvenes, y especialmente a aquellos colectivos en riesgo de exclusión, reconocido y ejecutable como un derecho humano fundamental e incluyendo en el mismo el acceso a los servicios básicos definidos en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, contribuyendo así a garantizar la vida digna en un entorno adecuado y a erradicar la pobreza en todas sus formas.

Las principales modificaciones de la Ley 12/2023 se introducen en la Disposición Final 5ª de la Ley, a través de diversas modificaciones de la LEC, cuyo análisis completo excede del estudio que abordamos. La reforma ahonda en la coordinación entre administraciones en los lanzamientos de personas en situación o riesgo de exclusión social (art. 150.4 LEC). Esta coordinación se desarrolla

en los procedimientos de desahucio arrendaticio, por precario, posesorios y de protección de derechos reales inscritos, introduciéndose una necesaria resolución judicial expresa sobre la suspensión del procedimiento o lanzamiento en caso de vulnerabilidad del demandado, no sólo en los casos de vulnerabilidad económica, sino también social. Se establece la obligación en los procesos a que se refiere el artículo 439 LEC, de especificar en la demanda la condición de gran tenedor del demandante y la de vulnerabilidad económica del demandado, introduciéndose en estos casos un procedimiento previo de conciliación o intermediación, requisitos todos que se configuran como presupuestos de admisibilidad de la demanda; requisitos similares se establecen en el artículo 655 bis y en el artículo 685 LEC, para los supuestos de subasta de bienes inmueble y ejecución hipotecaria. Igualmente se añade una disposición adicional séptima para regular idéntica comunicación a las administraciones prestacionales en los casos de adopción de medidas cautelares en los procesos penales del artículo 245.2 CP, tanto en los supuestos de vulnerabilidad económica como social.

El sentir legal ha ido calando en los pronunciamientos judiciales, hasta concluir con la sentencia del Tribunal Constitucional, que intentaremos analizar, fuertemente cuestionada por su voto particular, que no se dicta en aplicación de ninguna de las normas expuestas, asentándose en su totalidad, en el interés superior de los menores afectados.

II. APUNTES HISTÓRICOS DE DERECHO COMPARADO, NACIONAL Y FORÁNEO.

II.1. EVOLUCIÓN EN EL *COMMON LAW*

Bajo las iniciales A. R. B., JR., se publicaba en la *Virginia Law Review*, (Mar., 1922, 370-373)³, un breve análisis cuyo título es toda una declaración de principios: *¿Puede una mujer mantener contra un hombre una acción de reclamación por pérdida de los afectos de su esposo?* La pregunta en sí nos deja confusos —y así lo advertimos en otra investigación (PIZARRO, 2020, 131)—, derivado quizás de que la posibilidad inversa sí estaba permitida: la de que el esposo pudiera, en cierto modo, accionar contra su esposa por “pérdida de afecto marital”. No es difícil vislumbrar que nos encontrábamos en los preludios del reconocimiento legal de la separación y el divorcio; el problema era que la acción, nudo gordiano del sistema, como vemos en seguida, no se reconocía de manera ambivalente al hombre y a la mujer. Esta fue la reflexión del Lord Chancellor en *Lynch v. Knight*⁴, asunto que fue resuelto en 1861:

Nótese una posible traducción:

«Si bien se trata de una primera impresión, si se puede demostrar que se nos presenta una concurrencia de pérdida y daño por el hecho demandado, estamos obligados a decir que esta acción es inadecuada. Tampoco es permisible que la pérdida del consorcio o de la sociedad conyugal pueda dar un motivo de acción⁵ solo al marido. Pero la pérdida o ruptura de la sociedad conyugal no es una pérdida pecuniaria, y entiendo que puede ser una pérdida que el derecho reconozca; eso sí, tanto para la esposa como para el marido».

Es obvio que el Lord Justice se equivocaba sobre la trascendencia económica de la ruptura matrimonial, aunque la verdadera objeción de este asunto era impedir la aplicación de esta acción a favor de la esposa en el Common Law por su eventual falta de capacidad para demandar sola, libre y conscientemente. Ello paralizaba, de igual modo, la posible suspensión del consorcio conyugal, lo que tenía implicaciones notables en el entramado patrimonial de la familia. Esta declaración muestra, sobre todo, que la cuestión económica ligada a los supuestos de crisis conyugales no había merecido al juez anglosajón un particular pronunciamiento sobre sus consecuencias.

Muy anterior en el tiempo —hablamos de los primeros años de 1700, s. XVI—, en el Derecho genuinamente inglés que luego se exportó a la realidad norteamericana, llamó social y jurídicamente la atención el asunto *Duke v. Dutchess*⁶, en el que la infidelidad de una duquesa genera la ruptura del matrimonio y la correspondiente decisión judicial sobre las cuestiones familiares. No existía aún el reconocimiento del divorcio, que no llegó hasta el año 1857, con la única excepción de una regulación particularísima a través del Clandestine Marriages Act de 1753, más de un siglo antes, para formalizar la institución a ojos de la iglesia protestante. El que representa, sin duda, el más esforzado trabajo por contar el recorrido del matrimonio anglosajón y sus efectos, personales y patrimoniales, es la monografía de Lawrence STONE⁷, donde, en resumen, se analizan un conjunto de asuntos matrimoniales enjuiciados en la Corte eclesiástica de Canterbury, y en el que el autor articula la distinción entre *Uncertain Unions*⁸, sobre la celebración del matrimonio (“the making of marriage”) antes de la mencionada Marriage Act de 1753, y las *Broken Lives*, sobre la ruptura⁹ del matrimonio (“the breaking of marriage”) antes de la Divorce Act¹⁰ de 1857.

Sin embargo, al decir de la doctrina más generalizada, una de las diferencias —en el ámbito sustantivo y procesal— con el sistema español es que en Inglaterra y Gales prevalece un principio de plasticidad que hace factible la adaptación normativa a la justicia del caso concreto. Una de estas manifestaciones es la conocida regla de las “cartas sobre la mesa”, ya que todas las partes procesales tienen un deber legal no solo de decir la verdad, sino de aportar toda la información y documentación que tengan en su poder, incluso si les perjudica¹¹. Este principio general tiene sus efectos más conmovedores en el ámbito de las consecuencias económicas del divorcio o *financial remedies*, ya que el derecho inglés no contempla régimen económico matrimonial alguno. El matrimonio no afecta a la titularidad o administración de los bienes de cada cónyuge; sin embargo, si la relación se rompe y no hay acuerdo entre las partes, el tribunal tiene total discreción para distribuir los bienes como le parezca justo, una vez conozca en detalle la historia de la pareja y su situación financiera. Para ello aplicará, según considere conveniente, el principio de necesidad (ambas partes deben tener todas sus necesidades cubiertas), el de reparto (todos los bienes han de repartirse partiendo de una regla de igualdad entre los cónyuges) y/o el de compensación (el cónyuge que ha abandonado una carrera lucrativa para cuidar de la familia debe ser retribuido)¹².

En definitiva, el recorrido histórico y una concepción jurídico-económica de perfil más liberal conducen a que la clave del sistema del régimen económico matrimonial anglosajón sea precisamente la ausencia normativa de un sistema. Este argumento puede unirse a la hipótesis, defendida incluso en la doctrina patria¹³,

de que el escollo principal en que se encuentra la vivienda (y su uso, en caso de crisis conyugal y en relación con las consecuencias que ha de tener sobre los menores) tiene su génesis en el establecimiento *ex lege* del régimen ganancial, modelo familiar desfasado por la propia evolución natural de las cosas.

II.2. EFECTOS NO PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO EN EL *COMMON LAW*

La idea más contundente que debemos expresar, en términos de análisis comparativo, es que el matrimonio anglosajón no tiene, *per se*, efectos patrimoniales¹⁴. Tampoco se produce, técnicamente, una comunidad de bienes (*community of property*); pero, es indudable que la ruptura del vínculo sí ha de producir unas consecuencias patrimoniales que jueces y tribunales tienen en su mano dirimir, con amplias libertades y consideraciones. Este conjunto de medidas se conoce como *ancillary relief*¹⁵.

En relación con el patrimonio inmobiliario, el juez o tribunal, entre otra información, hará inventario y avalúo de menos de seis meses de antigüedad de cualquiera de los bienes inmuebles de los excónyuges, y solicitará la declaración de eventual redención de hipoteca, para determinar en qué vivienda-domicilio quedan los menores. Esta influencia se ha dejado notar en los países de ascendencia Common Law, y la mayoría de ellos impone restricciones sobre la vivienda familiar que no pueden tener otra justificación que la necesidad habitacional cuando hay menores¹⁶.

Por concluir con palabras de ORTEGA (2017, 205)¹⁷: “Cuando dos personas heterosexuales contraen matrimonio, o dos personas del mismo sexo se inscriben como pareja de hecho (en Inglaterra el matrimonio homosexual no está permitido), todos los bienes que figuren a su nombre siguen siendo de su única titularidad. Cualquier obligación que tenga a su nombre sigue siendo de su cuenta exclusiva. Nada cambia en cuanto a la relación jurídica con terceros fuera de la pareja. Si el marido es demandado por deudas, la esposa no corre el riesgo de ver embargados sus bienes. Esto es, obviamente, en la medida en que ella pueda acreditar que los bienes son de su exclusiva propiedad. Por ejemplo, si la esposa tiene una casa a su nombre, ya sea adquirida antes o durante la vigencia del matrimonio, y sobre la cual el esposo no haya hecho ninguna contribución económica ni para su adquisición ni para su mejora, si el esposo tiene acreedores los bienes de la esposa siguen siendo de ella y no podrán embargarla¹⁸.

De ahí que exista el mito de que en Inglaterra tienen “separación de bienes”, en relación con terceros, puesto que los cónyuges conservan su propio patrimonio durante toda la vigencia del matrimonio. Desde el punto de vista del abogado español, ésta es la pregunta más frecuente cuando las partes inician un procedimiento de divorcio y surge la cuestión de la aplicación del Derecho inglés. En este contexto, pensar que existe el régimen de “separación de bienes” no puede estar más lejos de la realidad”.

De la jurisprudencia que cita el autor, nos quedamos con la importante *McFarlane vs. McFarlane* (2006), relativa a las consecuencias económicas del divorcio, donde se identificaron la necesidad, la compensación y el reparto (*needs, compensation and sharing*) como los tres elementos a tener en cuenta para resolver, en

justicia, un caso de derecho de familia. Esto es, hay una serie de factores que el tribunal debe tener en cuenta a la hora de tomar su determinación, incluyendo, primero, la existencia de menores, y a partir de aquí, las necesidades presentes y futuras, recursos, capacidad de generar ingresos, edad, duración del matrimonio y las contribuciones de cada cónyuge a la economía familiar. Como puede apreciarse, las soluciones en los regímenes comparados tienden a equipararse.

II.3. DERECHO INTERNO AUTONÓMICO. IDEAS GENERALES

No está de más recordar que han sido cuatro las comunidades forales que han abordado con mayor denuedo la regulación de esta materia: en orden cronológico, Valencia¹⁹, Aragón²⁰, Cataluña²¹ y País Vasco²². Es conveniente atender a las líneas directrices de la regulación autonómica. Vaya por delante que todas han previsto la limitación temporal del derecho de uso sobre la vivienda, aunque, mientras que en Aragón y Valencia esa limitación está diferida a la voluntad de las partes o de la autoridad judicial (limitación subjetiva), en Cataluña y País Vasco está determinada por las circunstancias (vgr., en tanto en cuanto subsista la prestación de alimentos o dure la custodia de los menores; limitación objetiva). Como hemos recogido *infra*, el TC entendió que la ley valenciana era inconstitucional por invadir competencias del Estado, pues la Comunidad valenciana no pudo evidenciar que existiera en esta materia una tradición jurídica asociada al fuero, lo que supone eludir el presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa ex art. 149.1.8 CE²³. Acaso la mayor novedad, dejando al margen los aspectos identificativos comunes con otras legislaciones, es que se preveía la compensación por pérdida del derecho de uso de la vivienda familiar —se computaba, total o parcialmente, como contribución a los gastos ordinarios, su atribución sobre el criterio del interés superior del menor y, en consonancia, al cónyuge más necesitado²⁴.

Así viene a establecerlo también la ley aragonesa, donde se establecen las dos premisas: si la custodia se atribuya a uno de los cónyuges o progenitores²⁵, es obvio que en beneficio de los menores se le atribuirá también el uso de la vivienda, aunque introduce la salvedad de que “el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor”; sin embargo, si se establece un régimen de custodia compartida, el derecho de uso se asigna al cónyuge que tenga más dificultades de acceso a la vivienda, lo que introduce un elemento valorativo no siempre fácil de aquilatar.

Para ambos casos, es obvio decir que las partes han podido pactarlo en el convenio regulador; lo que no lo es tanto es que este principio que eleva al lugar merecido la autonomía de la voluntad, y cuya expresión es el *<standum est chartae>*²⁶, se encuentra fuertemente arraigado en el Derecho foral aragonés, al punto de que se regula incluso en su Derecho positivo. Este pacto puede ser privado, en cuyo caso no ejercerá su campo de acción sobre terceros ajenos a él. Por lo demás, como nota singular, aunque la atribución del uso es tenida en cuenta en relación con el establecimiento y cuantía de la pensión compensatoria, no se toma en consideración sin embargo para computarla respecto de la pensión de alimentos, como sí hacen las restantes regiones forales con competencia sobre la materia.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR A LOS MENORES EN LOS PROCESOS DE CRISIS MATRIMONIAL

III.1. CUESTIONES CLÁSICAS

Sobre esta cuestión²⁷ existe un importante debate jurídico —OLIVA (2017; 45 ss)—. es cierto que más doctrinal que jurisprudencial²⁸ pero con importantes elongaciones prácticas, que ha ido además evolucionando, como se ha indicado anteriormente, conforme se instauraba la custodia compartida en el panorama judicial y la sociedad se abría a nuevos modelos familiares. De considerarse un derecho familiar, desprovisto de todo contenido patrimonial y amparado en la protección de la familia, a discutirse su naturaleza de derecho real o patrimonial, pasando por la consideración de una limitación en la transmisión del dominio, con analogía en el artículo 1320 del CC, la naturaleza jurídica de la atribución del uso del domicilio pretende dar respuesta, no tanto a su atribución inicial tras la ruptura de la convivencia, sino especialmente al mantenimiento del uso en el tiempo, e incluso tras la enajenación de la vivienda. La doctrina se pronuncia en la actualidad por patrimonializar el uso adjudicado, estimando posible una compensación económica en la liquidación del régimen económico matrimonial o de la cotitularidad de la vivienda, y apostando por una temporalidad del uso, cada vez más aceptada jurisprudencialmente (lo que veremos en seguida).

Conviene recordar que la Resolución de la DGRN de 19 de enero de 2016 (actualizada, entre otras, por la más reciente de 29 de noviembre de 2021, ya también bajo el remozado nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), afirma que lo procedente es considerar “este derecho de uso como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96 del Código Civil, párr. últ.). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento”.

Pretendemos analizar no ya naturaleza jurídica del uso, sino su justificación bajo la referencia al interés superior del menor, para dar respuesta a los problemas de transmisión de la vivienda familiar, sin necesidad de vulnerar las reglas básicas de la titularidad de los inmuebles. Pues como ha explicado agudamente la doctrina, la alteración de la concepción de la naturaleza del uso del domicilio familiar, ha venido propiciada por el deslumbramiento de la inscripción registral del uso y de la oponibilidad frente a terceros, admitida desde el inicio por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁹.

Para ahondar en esta cuestión, distinguimos la finalidad de la atribución del uso debido a la titularidad del inmueble, recordando que, en caso de titularidad de tercero, y a salvo la regulación legal sobre subrogación contractual en el arrendamiento de la vivienda, la atribución del uso de la vivienda familiar no crea un derecho distinto del que existía con anterioridad al proceso matrimonial. Finalidad que equivale a la causa próxima de la atribución del uso entre los cónyuges, pues la fundamentación en todo caso de la adjudicación es y debe ser el interés superior del menor, como analizaremos detenidamente³⁰.

III.2. UN NUEVO PARADIGMA A TRAVÉS DE LA TEMPORALIDAD DEL USO.

Decía, con perdón por tratarse de cita referencial, Francisca RAMÓN FERNÁNDEZ (2020; 115)³¹ que hacía constar SÁNCHEZ ALONSO³² “...(que) en las conclusiones del II Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del III Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se mantuvo que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:

«5ª a) Se propone la reforma del artículo 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas. La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente. b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que: — La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. — En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal. c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar. En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada

en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido»³³.

A pesar de que podamos recurrir a resoluciones de alto y persuasivo valor jurídico, no jurisprudencia, resulta de particular interés el análisis que había realizado la —en su época-DGRN, en resolución de 30 de mayo de 2018. Los hechos que condujeron al pronunciamiento pueden resumirse de la forma que sigue³⁴:

a. Un matrimonio se divorcia y, de mutuo acuerdo, presenta un convenio regulador que, con el beneplácito del ministerio fiscal, pues hay menores, es aprobado en sentencia por el juez de instancia, donde se acuerda, por una parte, asignar a la madre la guarda y custodia del hijo menor y, por otra, se fija el siguiente régimen para la vivienda:

“El uso y disfrute del domicilio conyugal se atribuye a la esposa, junto con los bienes y enseres que en él se encuentran, distintos al ajuar adjudicado al esposo, salvo los que de mutuo acuerdo ya han sido retirados por el esposo. A estos efectos, ambas partes hacen constar que el esposo ya ha salido del domicilio conyugal con anterioridad al día de la fecha, habiendo retirado sus efectos y enseres personales.”

b. El Registro de la Propiedad donde se pretende inscribir el acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar niega la práctica de la inscripción porque, según su criterio, es necesario que conste la duración o extensión temporal de dicho derecho.

c. La calificación negativa del Registrador de la Propiedad se recurre ante la DGRN³⁵.

A tales efectos será necesario hacer constar:

— En todo caso, la duración o extensión temporal de dicho derecho, como circunstancia identificativa necesaria del mismo para su inscripción de conformidad principio de especialidad hipotecaria, y principio general de derecho de nuestro ordenamiento en contra prohibiciones o limitaciones de dominio y de las facultades dispositivas perpetuas o indeterminadas en su contenido y extensión. Art 9 Lh y 51 RH.

Todo ello de conformidad art. 96 Código civil y doctrina de la DGRN entre otras en resoluciones de 18 de noviembre de 2009 y 14 de mayo de 2009, como un derecho de carácter familiar, no como un derecho real patrimonial, consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario para la disposición sobre dicho inmueble o en su defecto autorización judicial, criterio refrendado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 14 de enero de 2010”.

Da la sensación de que la calificación registral confundió la necesidad de declarar y establecer la temporalidad de su uso, con la imposible necesidad de fijación de un plazo temporal concreto, específico, que limitara, *mutatis mutandi*, el uso. No otra explicación puede tener el correctivo que aplica la resolución, pues, mientras que el registrador niega la inscripción basándose en que la naturaleza de este derecho de uso tiene un carácter familiar-no real, e impide su definición (lo que va en contra del principio de especialidad registral), la DGRN va a entender que no puede obligarse a determinar un plazo o extensión temporal concreto para el derecho de uso y disfrute del domicilio conyugal como se pretende³⁶.

“Lo cierto es que la práctica forense ante los Juzgados de Familia, de forma absolutamente pacífica y mayoritaria, nunca delimitan temporalmente el uso de la vivienda familiar, que se atribuye al progenitor custodio, por cuanto que dicha fijación de plazo no resulta en la práctica posible por resultar, atendiendo a la

naturaleza de los intereses en juego, indefinido y sujeto, en su caso, al oportuno procedimiento de modificación de medidas, cuestiones sujetas obviamente a la jurisdicción civil (de familia).

En cualquier caso, esta atribución constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro. De no ser así, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el art. 34 LH que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido, como indicaba la ya clásica RDGRN de 25 octubre 1999. Como hemos dicho, la particular e inefable naturaleza jurídica de este uso jurídico vinculado, en esencia y en la práctica, a la viabilidad habitacional de la familia en su nueva configuración (ex-cónyuge e hijos)³⁷, se convierte en un problema jurídico —inscripción registral para facilitar su oponibilidad a cualquier enajenación— que enerva un potencial derecho de terceros, pero que, sobre todo, resuelve en acto una necesidad de justicia material (uso de los menores y excónyuge custodio).

Por ello, y “en consecuencia, habida cuenta que la negativa a la calificación está asentada en resoluciones que se mencionan en la citada calificación, de la DGRN, de fecha 19 de mayo de 2012 y 14 de mayo de 2009 (referida no a la necesidad de atribución temporal del uso de la vivienda familiar tras un proceso de divorcio), ajenas en sentido estricto a la cuestión que fundamenta la negativa a la inscripción, y teniendo en cuenta que dichas resoluciones, que fundamentan la negativa a la inscripción, no entran en el análisis del supuesto de hecho concreto en el que nos encontramos en el presente caso —que siempre se refiere exclusivamente a la necesidad o no de fijar un plazo de duración a la atribución del uso de la vivienda— y que no es necesaria la fijación de la delimitación temporal del derecho atribuido conforme a la doctrina señalada, de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, solicito que se revoque la calificación, acordando la inscripción conforme a las adjudicaciones de la titularidad y el uso indicados en el convenio regulador homologado por la Sentencia judicial cuya inscripción se interesa”³⁸.

IV. EVENTUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS EN RELACIÓN CON EL DOMINIO

IV.1. VIVIENDA FAMILIAR COTITULARIDAD DE AMBOS CÓNYUGES O PROGENITORES

En el caso de que la vivienda sea de titularidad de ambos cónyuges o convivientes, a nuestro juicio, la atribución del uso en aplicación de las reglas del artículo 96 del CC, a las que seguidamente nos referiremos, constituyen un mero criterio de distribución del uso entre copropietarios, amparado, eso sí, en el interés superior de los menores, como interés superior al de los titulares del inmueble.

Tras la disolución del régimen económico matrimonial y antes de su liquidación (en los casos de crisis matrimoniales), la vivienda adquirida en común se sujeta al régimen de comunidad de bienes. Como tiene declarado el Tribunal Supremo, el uso de un comunero de la cosa común no puede impedir el uso de los restantes comuneros, permitiendo la acción de desahucio por precario entre comuneros³⁹. Se trata, por tanto, de regular el uso tras la ruptura familiar de la

que ha sido vivienda familiar, por razón de su consideración como tal, y debemos entender que hasta la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o la venta de la vivienda⁴⁰. En este caso, la ley pondera los distintos intereses de los miembros de la familia, para fijar como criterio legal la atribución a los menores como exponente del interés superior de los mismos. Considerar que la atribución del uso del domicilio familiar en el caso de la cotitularidad de la vivienda es una regulación legal y temporal del uso a uno de los condóminos de la vivienda, por razón de la existencia de menores y de la consideración de la vivienda como vivienda familiar, afecta a la duración de la atribución del uso concedido.

Recordemos que el artículo 96.1 del CC impone la atribución del uso del domicilio familiar, existiendo menores, a los hijos y al cónyuge que con él convivan. La jurisprudencia del TS ha ido evolucionando desde posiciones absolutamente rigoristas en la interpretación del precepto —estimando que en todo caso la atribución de la vivienda a los hijos menores es una manifestación del interés superior del menor, que no puede ser alterada, ni limitada temporalmente por el juez, so pena de vulnerar la ley— hasta posturas más flexibles, que permiten que esta atribución no sea automática en los casos en que la vivienda no reúna las condiciones de permanencia y estabilidad que califican a la vivienda como vivienda familiar, o cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse sus necesidades habitacionales cubiertas; pero también en los casos de introducción de un tercero en la vivienda por el progenitor custodio o de custodia compartida. En realidad, la progresiva apertura de la interpretación de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como ya hemos avanzado, es permeable a la evolución social, que se aleja de conceptos sociales paternalistas y dependientes, y del reconocimiento de que la opción legal sobre el interés superior del menor y atribución del uso de la vivienda no se ajusta en todos los supuestos al verdadero interés de los concretos menores, no desligado del interés de sus progenitores⁴¹.

El Tribunal Supremo ha reiterado que la atribución del uso de la vivienda familiar no afecta a la titularidad del bien, y que tratándose de bienes de titularidad de ambos progenitores o ex-cónyuges, siempre queda abierta la posibilidad de ejercicio de la acción de división de la cosa común del art. 400 CC, que en todo caso, preservará el uso concedido. La citada sentencia de 24 de marzo de 2021 razona: *“es doctrina de la Sala que la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 CC reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad. La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a que corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda (sentencias 1123/2008, de 3 de diciembre, 861/2009, de 28 de enero de 2010, 782012 de 27 de febrero y 5/2003 de 5 de febrero, entre otras). Pero la subsistencia del derecho de uso pese a la división (y por consiguiente venta en su caso) sólo procede cuando, de conformidad con lo acordado en el procedimiento de familia, incluido en su caso el correspondiente procedimiento de modificación de medidas corresponda tal derecho de uso. Es decir, el mantenimiento o la extinción del derecho de uso no está en función del ejercicio de la acción de división, ya que, por sí misma, esta acción no da lugar a la extinción del uso atribuido”*⁴².

Habría que considerar que esta idea, conjugada con la oponibilidad del uso a través de la inscripción, convierte cualquier posibilidad de una transacción u

operación económica sobre el inmueble en una quimera. Para indagar el contenido de estos pronunciamientos, debemos analizar las consecuencias derivadas del ejercicio de la acción de división de la cosa común de la vivienda familiar respecto del uso atribuido de la misma, a fin de no dejar la cuestión en meras declaraciones programáticas que terminarán necesariamente en un procedimiento ulterior de modificación de medidas.

Declarada la división de la vivienda familiar, y partiendo de que en la generalidad de los casos la vivienda se considerará indivisible materialmente, la división real de la copropiedad se puede realizar, en primer lugar, a través de un acuerdo de división de la finca entre los cotitulares, que deberán pactar consiguientemente lo procedente en relación al uso atribuido, pacto admisible en los términos del artículo 96.1 del CC, sin perjuicio del control judicial en relación a los intereses de los menores⁴³.

De no existir acuerdo, supuesto normal, habida cuenta del nulo interés que para el cónyuge o cotitular a quien se ha atribuido el uso de la vivienda puede reportar su división, el art. 400 del CC contempla la adjudicación de la totalidad del inmueble a uno de los condóminos, previo pago al otro de su parte en la comunidad, o la venta a tercero. Si cónyuge titular del uso se adjudica la finca, abonando al otro la parte del precio, el uso del domicilio se extingue naturalmente, pues la finca es titularidad exclusiva del progenitor a quien se ha atribuido⁴⁴. La necesidad de atribución del uso o de su mantenimiento es evidente que, en tal caso, decae en absoluto.

Si la vivienda la adquiere el cónyuge que no es titular del uso, más allá del pago del precio de su cuota al cónyuge titular, requerirá bien la compensación por el uso, de extinguirse el mismo por acuerdo entre los progenitores, bien su mantenimiento. En este caso, consideramos que la situación se reconduce a los supuestos en que el uso atribuido lo es de la vivienda titularidad exclusiva del otro progenitor, que, como adelantamos ya, tiene su fundamento en la prestación de alimentos y asistencia del artículo 154 del CC, y afectará, en consecuencia, a la prestación por alimentos⁴⁵.

Los supuestos más problemáticos aparecen con la adquisición de la finca por un tercero, habiendo declarado el Tribunal Supremo la oponibilidad frente al mismo del uso atribuido⁴⁶. Si por hipótesis resultara económica la adquisición de una finca en estas condiciones, junto con la evidente reducción del precio de adquisición del inmueble, se nos aparecen necesarias dos consideraciones: la primera, que la distribución del precio entre ambos titulares no puede ser equivalente, pues notoriamente uno de ellos, quien no es titular del uso, sufre una merma en su patrimonio que debe ser compensada económicamente, mediante la valoración a futuro del uso garantizado.

La patrimonialización del uso⁴⁷ de la vivienda familiar es sostenida por una parte importante de la doctrina. SANTOS MORÓN (2017) se inclina a una compensación derivada del notorio valor económico del uso. Similar concepción resulta de las regulaciones autonómicas valenciana y vasca, donde la atribución del uso de la vivienda en cotitularidad, e incluso de titularidad exclusiva, se traducirá en una eventual compensación económica entre los cónyuges, derivada de la pérdida del uso, de modo similar a un arrendamiento en la legislación vasca⁴⁸.

La segunda consideración que nos provoca la adquisición de la finca por un tercero nos aboca a la automática extinción del uso al alcanzar los menores la mayoría de edad, quedando el progenitor custodio en este momento en clara situación de precario frente al tercero. El Tribunal Supremo resalta que la atribución del uso a los menores tiene como momento final la adquisición de la mayoría de edad de estos, momento en que la necesidad de alimentos hacia los hijos menores se debe referir a los criterios de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, pudiendo el progenitor alimentante incluso optar por la prestación alimenticia a los hijos en su propio domicilio⁴⁹.

Esta extinción a nuestro juicio debe ser automática, pues el tercero ni es ni puede ser parte en el proceso de modificación de medidas, ni en proceso aparte puede un juez distinto al que ha atribuido el uso, resolver sobre su extinción.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la situación de precarista del cónyuge a quien se ha atribuido el uso de un domicilio cedido a la familia para su convivencia⁵⁰. Pero no existe pronunciamiento jurisprudencial sobre la extinción del uso del domicilio vigente y oponible al tercero adquirente en el momento de la adquisición de la finca. A nuestro juicio, esta extinción automática facilitaría la posibilidad de interposición de un proceso de precario, en el momento de la adquisición de la mayoría de edad de los menores. Pero también la discusión de la vigencia o extinción del uso por causas distintas del proceso familiar (por ejemplo, falta de uso de la vivienda), pretensión que sería ejercitable ante los juzgados de primera instancia, desligada del proceso matrimonial y de la relación entre los progenitores, al haberse convertido el uso en una carga existente de la vivienda adquirida.

En este sentido la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha recogido la jurisprudencia citada anteriormente, declarando la extinción automática del uso del domicilio atribuido al cónyuge custodio al alcanzar el último de los hijos la mayoría de edad. Es evidente que la norma determina la extinción automática del uso atribuido de la vivienda familiar en las sentencias que se dicten bajo su vigencia, esto es, a partir del 3 de septiembre de 2021. En los procesos anteriores deberá estarse a la naturaleza del procedimiento y al eventual procedimiento de modificación de medidas. Si la sentencia estableció una limitación temporal de la atribución del uso hasta la mayoría de edad del último hijo, o así se contempló en el convenio regulador, estimamos que esta limitación no vulneraría el contenido del artículo 96.1 del CC, por lo que conllevará la extinción inmediata del uso, con la posibilidad de lanzamiento del cónyuge al que se le había atribuido el mismo. La situación en que quedan los hijos mayores de edad a partir de este momento, normalmente aún dependientes económicamente de sus padres, debe ser resuelta en el procedimiento de reclamación de alimentos pertinente, ya competencia de la jurisdicción ordinaria civil en aquellos partidos donde la jurisdicción de familia es especializada. La necesidad del alimentista podrá cubrirse por cualquiera de los progenitores incluso mediante la convivencia con el mismo, lo que no puede ser atacado con una custodia previa ya extinguida.

En caso de que la sentencia o el convenio aprobado no contemplen la extinción del uso al alcanzar los hijos la mayoría de edad deberá acudir a una modi-

ficación de medidas. Debe por ello instarse un procedimiento contradictorio, en el que la modificación será normalmente estimable, pues el presupuesto de la sentencia, la existencia de hijos menores de edad ha desaparecido al alcanzar estos la mayoría de edad. Pero en caso de que el uso haya sido acordado por convenio entre los cónyuges o convivientes, teniendo en cuenta, que las previsiones del artículo 96 del CC lo son siempre en defecto de pacto, no parece que pueda estimarse una modificación de una medida no contemplada con límite temporal, si ello no resulta de la interpretación del convenio.

Debemos analizar, finalmente, los supuestos de enajenación forzosa de la vivienda, derivada de una ejecución hipotecaria, por un eventual impago de la hipoteca que gravara la vivienda o por un embargo derivado de deudas gananciales, e incluso privativas de cualquiera de los cónyuges o progenitores.

Si la vivienda familiar está gravada por una hipoteca, ha de recordarse que la jurisprudencia del TS desliga el préstamo hipotecario del concepto de carga matrimonial, tratándose de una deuda de la sociedad conyugal y la reconduce al título obligacional, de manera que si, como es habitual, el préstamo para la adquisición de la vivienda fue suscrito por ambos cónyuges de manera solidaria, sobre ambos pesa la amortización del préstamo⁵¹. El incumplimiento por el cónyuge que no tiene atribuido el uso de su parte correspondiente del pago de préstamo, sin perjuicio de la acción de resarcimiento que pueda promover el otro cónyuge, puede conducir al impago del préstamo y por ello a la ejecución hipotecaria. La ejecución, basada en una carga previa a la atribución del uso, no se verá afectada por el uso atribuido, y la inscripción registral del uso ni siquiera conlleva la introducción de un nuevo tercer poseedor, pues titular del uso es el cónyuge y no los menores, teniendo el cónyuge titular del uso, bien la condición de deudor hipotecario, bien de hipotecante no deudor. Ni siquiera consideramos atendible la situación de los menores en el incidente posesorio del art. 675 LEC, pues la posesión de los hijos no es sino tributaria de la de los cónyuges deudores.

En los supuestos de embargo de la vivienda familiar, si la deuda es ganancial o común, la inscripción del uso del domicilio estimamos que no puede afectar a los derechos de terceros, por la responsabilidad patrimonial universal de ambos cotitulares, de acuerdo con el art. 1911 del CC. En el supuesto de que el embargo se trabase por deuda propia del cónyuge que no tiene atribuido el uso, posteriormente a la inscripción del uso, la disolución del régimen matrimonial por la sentencia de separación o divorcio permitirá una ejecución sólo sobre la cuota indivisa propiedad del cónyuge deudor y el adquirente deberá soportar, en su caso, el derecho de uso inscrito, en similares condiciones que las expuestas al analizar la división de la cosa común.

IV.2. VIVIENDA TITULARIDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES O PROGENITORES

En estos casos, la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge o progenitor con quien conviven los menores es una clara expresión de una prestación asistencial o alimenticia, inserta en las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad del art. 154 del CC⁵². La Ley opta por la imposición de la prestación de la asistencia y habitación a los menores por el cónyuge

no custodio a través de la atribución del uso de la que fuera vivienda familiar, sin perjuicio de las prestaciones alimenticias correspondientes. Presume *ex lege*, que ello es lo más conforme al interés superior del menor, para asegurar la estabilidad habitacional y personal de los menores. De este supuesto es tributaria la mayoría de la jurisprudencia del TS, sobre la inexorabilidad de la atribución del domicilio al cónyuge con quien conviven los menores; y la propia interpretación que resquebraja el precepto legal.

Considerar la atribución del uso de la vivienda como parte de la prestación asistencial y alimenticia inserta en el art. 154 del CC va a conllevar dos efectos coherentemente unidos: la prestación alimenticia que se impone al cónyuge no custodio se verá reducida en atención a que una parte de los alimentos los presta mediante la atribución del uso, lo que a su vez, conlleva la merma de su propia situación económica, al tener que procurarse su propia habitación. Y segundo, la prestación asistencial o alimenticia a través de la adjudicación del uso de la vivienda carecerá de justificación cuando las necesidades habitacionales de los menores se hallen completamente satisfechas.

La flexibilización de la jurisprudencia del TS en la interpretación del art. 96.1 del CC, permitiendo que no se haga atribución del uso de la vivienda familiar cuando los menores tienen cubiertas sus necesidades de vivienda, sólo tiene justificación, a nuestro juicio, en este caso, en que la vivienda familiar es titular exclusiva de uno de los cónyuges o progenitores. En el caso de cotitularidad de ambos, como hemos expuesto, la atribución del uso se desvincula de la necesidad, pues ambos son propietarios, y se fundamenta en la utilización del bien común hasta su división. Aun cuando los progenitores tengan otra vivienda con que hacer frente a las necesidades de los menores, siendo la familiar de titularidad conjunta, el uso se deberá distribuir conforme a lo expuesto en el párrafo primero del art. 96.1 del CC, de reclamarse por el cónyuge custodio dicho uso, y hasta la disolución de la comunidad de bienes.

Pero si la vivienda es titularidad exclusiva del cónyuge no custodio, la incidencia en el disfrute de su propiedad del uso atribuido al otro cónyuge se justifica en exclusiva por la necesidad de los menores. Si esta no concurre, o cuando deja de concurrir, el interés de los menores no puede erigirse en instrumento de privación al propietario del uso de su propiedad, a menos que se pretenda identificar que el interés superior del menor va unido a la inamovilidad del domicilio. Y a diferencia del supuesto de titularidad conjunta de la vivienda, en que el titular del uso es el cónyuge custodio, el titular del derecho de uso atribuido en el caso de vivienda de titularidad exclusiva del cónyuge o progenitor no custodio es el menor, pues es el acreedor de la prestación asistencial y alimenticia⁵³ aun cuando de manera refleja se atribuya el uso al cónyuge custodio.

La jurisprudencia del TS ha mantenido reiteradamente, pese a la interpretación que aquí se propone, que el titular del derecho de uso es el cónyuge custodio. Sin embargo, si bien ello es posible estimarlo en el supuesto de cotitularidad de la vivienda, pues ambos cónyuges o progenitores tienen derecho de propiedad sobre la finca, no lo es, a nuestro juicio, en el caso de atribución de la vivienda de titularidad exclusiva, pues el único sustento de dicha atribución son los alimentos debidos *ex art.* 154 del CC a los hijos⁵⁴.

En este supuesto que venimos analizando, la defensa del derecho de uso se instrumenta a través de la limitación del derecho de disposición del titular que la atribución del uso conlleva, y se manifiesta mediante una acción de anulabilidad del acto dispositivo, con el apoyo de la inscripción registral, para evitar la consolidación del acto traslativo por la existencia de un tercero de buena fe. La STS de 14 de enero de 2010, ya citada, con referencia al último párrafo del artículo 96 del CC, así lo ratifica, en los supuestos de que el uso de la vivienda ha sido atribuido al cónyuge no titular del inmueble: *“Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)”*. La reforma del art. 96 CC operada por la citada Ley 8/2021, ha recogido íntegramente esta interpretación.

La limitación del poder de disposición permitirá accionar la anulabilidad del contrato. La acción de nulidad debe permitir, a nuestro juicio, discutir a través de la reconvencción, la existencia de circunstancias que modifiquen o extingan el uso atribuido, lo que debería conducir a una atribución competencial al juez que ha resuelto sobre dicha atribución, evitando con ello reiteración de litigios o reenvíos de procedimientos por motivos competenciales. Igualmente, y como ha resaltado la doctrina, la limitación del poder de disposición será oponible al tercero cuando se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad. Pero también cuando por cualquier causa conozca la verdadera situación posesoria del inmueble, por no poder invocarse en este caso la buena fe.

IV.3. LA VIVIENDA EN LOS SUPUESTOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

El art. 96 del CC no contempla la atribución del uso del domicilio en los casos de custodia compartida, régimen de custodia y guardia interpretado jurisprudencialmente, como es sabido, como el más conforme al interés superior de los menores y el preferible en todo caso, por lo que comporta de corresponsabilidad entre los progenitores y mantenimiento de las relaciones y roles previos de la familia. El propio Tribunal Supremo ha reclamado de manera insistente la necesaria reforma del precepto para la regulación legal del domicilio familiar en los supuestos de custodia compartida.

La irrupción de la custodia compartida en las medidas familiares adoptadas por los tribunales ha conllevado una necesaria separación de los aspectos claramente patrimoniales que siguen a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio en el caso de custodia exclusiva, desligando al pronunciamiento sobre la custodia de los menores de estos aspectos que sin duda distorsionan las pretensiones y la resolución, y facilitando o al menos tendiendo a facilitar la paz familiar.

Porque el Alto Tribunal considera que en el caso de custodia compartida la resolución sobre la atribución del domicilio familiar no se fundamenta en el número primero del art. 96 del CC, sino en el número 2 del precepto, precepto que si

bien contempla un supuesto de hecho diferente, la distribución de los hijos entre los dos progenitores presenta notas de similitud y permite al juez valorar lo procedente respecto de la vivienda familiar⁵⁵.

Los criterios que conforme a la mencionada jurisprudencia deberán ser objeto de valoración en orden a una atribución del uso atenderán, al contrario que en el caso de la rígida imposición del párrafo primero, a la necesidad de fijación, en todo caso temporal, de una vivienda donde desarrollar la custodia o convivencia el cónyuge que más problemas de acceso a la vivienda tenga, e incluso al carácter privativo o común de la vivienda, para ayudar a dicho cónyuge a la transición derivada de la ruptura familiar. La STS de 12 de junio de 2020 —ROJ 1688/2020— explica que *“en los casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquel de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a la vivienda (...) para que de esta forma pueda llevarse a cabo durante los períodos en los que corresponda tener a los hijos en su compañía. Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida (...) el criterio de la Sala es que no procede hacer la atribución indefinida del uso de la que fuera la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en la vivienda”*.

De donde resulta que en estos supuestos de custodia compartida, cuando existe una necesidad de atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges o padres, se concebirá como transitoria y temporal, como medio de facilitar el tránsito a la nueva situación, desapareciendo con ello gran parte de los conflictos y limitaciones anteriormente analizados⁵⁶.

IV.4. EL CESE DEL USO ATRIBUIDO POR CONVIVENCIA MARITAL CON UN TERCERO

La convivencia de un tercero con el cónyuge custodio en la vivienda familiar cuyo uso tiene atribuido genera importantes conflictos, que han querido ser resueltos por el TS, con una jurisprudencia que se aleja de los propios dictados del art. 96 del CC, si bien con amparo sin duda en criterios de justicia y evitación del incremento de la conflictividad familiar.

El Supremo, en Pleno, se pronuncia por primera vez sobre esta cuestión en su sentencia de 20 de noviembre de 2018⁵⁷, no en todo caso seguida por los restantes tribunales. En el supuesto de hecho de esta sentencia, la madre, que tenía atribuido el uso con sus hijos menores, de los que tenía la custodia exclusiva, de la vivienda familiar, de carácter ganancial en su día y por ende común, comenzó en dicha vivienda la convivencia con un tercero. El TS realiza interesantes reflexiones sobre la prevalencia del interés superior de los menores respecto de otros intereses concurrentes en la familia, particularmente los intereses de los progenitores, sosteniendo que el interés de los niños no puede ser ajeno al de los padres, y al propio desenvolvimiento de sus relaciones afectivas y sus capacidades económicas. Sin embargo, no es esta la línea de resolución que sigue con posterioridad la sentencia, probablemente por la propia rigidez jurisprudencial que la Sala ha mantenido del párrafo primero del art. 96 del CC. Antes bien, sostiene que la causa de extinción del uso de la vivienda familiar es que ha perdido esta condición, pues

la introducción de un tercero en la convivencia y en el inmueble viene a suponer que la vivienda deja de servir a los fines del matrimonio, para servir a los fines de una familia distinta.

La crítica a la sentencia, a nuestro juicio, debe realizarse desde un doble aspecto (sin negar la justicia material que puede derivarse del caso, dada la posibilidad de liquidación del régimen ganancial o de división de la vivienda común). En primer lugar, el concepto de vivienda familiar, con las notas de permanencia y estabilidad familiar que la caracterizan para evitar el pronunciamiento sobre otros inmuebles de la familia, es prospectivo, que tiene la inercia de proyectarse en el futuro, pues es notorio que la convivencia se rompe con la crisis matrimonial o familiar; y precisamente a futuro, la vivienda no puede servir a los fines matrimoniales ni de la unión del grupo familiar. Es en tal caso la finalidad de garantizar la estabilidad buscada de los menores tras la ruptura, la que justifica esta rigidez de la interpretación de su interés superior respecto de la atribución del uso del domicilio. El Tribunal en su sentencia, de forma excesivamente paternalista a nuestro juicio, exige que el mantenimiento de la vivienda como familiar, a efectos de su uso, sirva “a los fines del matrimonio” y que los cónyuges “cumplan con el derecho y deber propio de la relación”, pese a la ruptura de la convivencia y del mismo matrimonio.

En segundo lugar, la sentencia parecía querer ahondar, pero de la que se aparta, en una línea argumental que a nuestro juicio debe imperar, y que de hecho, se está imponiendo a través de la custodia compartida. El interés superior del menor establecido legal y generalmente, de manera taxativa por la ley, no se ajusta a las situaciones personales y familiares del menor; y de su entorno, no permitiendo la necesaria adecuación a sus necesidades, e incluso establecido añadidamente a los conflictos derivados de la ruptura convivencial, un conflicto de claro matiz económico referido a la rígida atribución del uso de una vivienda⁵⁸. Insistimos: el interés superior del menor ni puede establecerse apriorísticamente, desligado de la realidad personal y familiar del concreto niño al que se quiere proteger, ni puede desligarse del interés real de sus progenitores, en tanto la estabilidad personal pero también económica de los padres, redundará sin duda en el beneficio y bienestar de los menores.

En concreto, viene a manifestar que *“la solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés (del menor), ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC: (i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», como dice la sentencia recurrida. (ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione*

una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores. El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”.

IV.5. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR DEBE AJUSTARSE A LOS INTERESES CONCRETOS DE LOS MENORES

Hasta ahora hemos intentado asomarnos, de forma somera, a la ingente problemática que conlleva la atribución del uso del domicilio familiar tras la ruptura de la convivencia, dejando expresamente al margen otros muchos aspectos, no carentes de provecho, como la problemática de los hijos mayores de edad o de los hijos dependientes⁵⁹, ajustándonos a la valoración del interés del menor como línea de trabajo en estas notas. Hemos intentado justificar los fundamentos de la regulación legal, superada ya por la realidad, que deben permitir una solución de la problemática generada en cada caso. La norma no puede por su inflexibilidad generar más conflictos para los cónyuges en una situación de por sí conflictiva, y la interpretación de la norma por los tribunales, debe posibilitar la adaptación al caso y la superación en la medida posible de la etapa de ruptura, no consagrando roles de dependencia, ni enraizando rencores, que impiden la adaptación a la nueva situación familiar. Sin duda esto no se ajusta al interés superior de los menores afectados.

Es el concreto interés de los niños afectados el que debe y puede ser valorado en cada caso, al fijar una atribución del uso del domicilio familiar. En el caso de la vivienda de titularidad conjunta de ambos progenitores, participando ambos de la propiedad, se consagra legalmente la justificación de la atribución de su uso a uno de los titulares, a falta de acuerdo, compatibilizándolo con el ejercicio de la acción de división de la cosa común. Por ello, y al margen de la edad de los niños, la división de la comunidad condiciona la atribución de su uso, sin perjuicio de otras circunstancias alimenticias que pudieran verse modificadas por esta supresión. Parece que la venta de la vivienda facilitará la restauración de situaciones económicas difíciles, y permitirá el establecimiento de cada cónyuge de su domicilio y ámbito de intimidad independientes.

Nuevamente los tribunales deben resolver las cuestiones que se le planteen evitando perpetuar los conflictos, y reconduciendo a las partes a un procedimiento de modificación de medidas cuando se estima la acción de división de la cosa

común. La ejecución de la sentencia y la venta de la vivienda solucionará naturalmente los problemas del uso, como hemos propuesto.

En relación con el uso de la vivienda titularidad exclusiva del cónyuge no custodio, el recurso a la necesidad de la habitación de los menores debe ser ampliamente desarrollado, porque el amparo de la atribución se basa en la necesidad alimenticia de los hijos. Si esta puede ser cubierta, incluso a través de un arrendamiento abonado por el cónyuge no custodio, no parece que pueda seguir perpetuándose la privación del uso de un inmueble a su propietario, agravando las condiciones derivadas de la crisis matrimonial. La estabilidad habitacional de los menores puede ser un elemento valorable en la ponderación de su interés superior y del resto de los concurrentes. Pero en muchas ocasiones, la escasa edad de los niños, la nula existencia de arraigo, falta de escolarización o cercanía incluso de otros inmuebles de la familia, no apoyan la proporcionalidad de la medida analizada⁶⁰.

El legislador debe abordar la reforma del precepto, como parece avanzar el Anteproyecto de ley en materia de corresponsabilidad parental, hacia fórmulas más flexibles y temporales, más conformes con la realidad social actual.

V. LOS MENORES ANTE EL DESAHUCIO DE VIVIENDA. STC 113/2021 DE 31 DE MAYO.

V.1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DESALOJOS FORZOSOS DE MENORES. PANORAMA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La problemática actual de los procedimientos que conllevan el lanzamiento de viviendas se ha desplazado desde el procedimiento de ejecución hipotecaria, donde implosionó a raíz de la crisis económica de 2008, hasta a los procedimientos arrendaticios y de precario (estos últimos por la irrupción masiva del fenómeno de ocupación de viviendas) en los últimos años, y especialmente tras la situación postpandemia. Las distintas normativas, estatales y autonómicas, que se suceden para dar respuesta a las situaciones de lanzamiento sin alternativa habitacional, ponen de manifiesto una clara apuesta por la función social de los inmuebles destinados a vivienda⁶¹.

El difícil enfoque de los lanzamientos de viviendas de familias vulnerables social y económicamente ha sido abordado, tanto en las Observaciones Finales a los informes periódicos de España sobre vivienda, como en comunicaciones individuales, por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en el ámbito del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En las Observaciones Finales al sexto informe periódico de España publicadas el 25 de abril de 2018, el Comité recomienda que España *“adopte un marco legislativo que establezca requisitos y procedimientos adecuados para llevar a cabo desahucios y desalojos forzosos, que entre otros incorpore los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como las debidas garantías legales y procesales para las personas afectadas, asegurando que las personas afectadas tengan acceso a una compensación o a la opción de una vivienda alternativa adecuada, sean informadas con un plazo suficiente y razonable de notificación sobre las*

decisiones que ordenen los desahucios, tengan acceso a un recurso judicial efectivo”, recomendando que se asegure “una coordinación adecuada entre los tribunales y los servicios sociales, así como entre los servicios sociales mismos, a fin de brindar una protección adecuada a las personas que puedan quedarse sin hogar como resultado del desahucio”⁶².

Recordemos que el Comité considera desalojo forzoso aquel incompatible con el Pacto, lo que exige, tal como recuerda en el dictamen del caso *Ben Djazic et alt.*, de 20 de junio de 2017, que: “la medida debe estar prevista por la ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas, las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de los derechos humanos o que los expongan a ellos”⁶³.

A esta necesidad de coordinación puede responder la reforma del artículo 441.5 LEC (en la actual redacción dada por Ley 12/2023) al que reenvía en ejecución el artículo 549 *in fine*, no siempre con efectivo resultado. A veces la regulación legal es mejor análisis posible: “En los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, siempre que el inmueble objeto de la controversia constituya la vivienda habitual de la parte demandada, se informará a esta, en el decreto de admisión a trámite de la demanda, de la posibilidad de acudir a las Administraciones Públicas autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. La información deberá comprender los datos exactos de identificación de dichas Administraciones y el modo de tomar contacto con ellas, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad de la parte demandada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se comunicará inmediatamente y de oficio por el Juzgado la existencia del procedimiento a las Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, a fin de que puedan verificar la situación de vulnerabilidad y, de existir esta, presentar al Juzgado propuesta de alternativa de vivienda digna en alquiler social a proporcionar por la Administración competente para ello y propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar igualmente por la Administración competente, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada. En caso de que estas Administraciones Públicas confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, se notificará al órgano judicial a la mayor brevedad y en todo caso en el plazo máximo de diez días. En los casos previstos por los apartados 6 y 7 del artículo 439, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda y hubiera presentado junto con la demanda documento acreditativo de la vulnerabilidad de la parte demandada, en el oficio a las Administraciones públicas competentes se hará constar esta circunstancia a efectos de que efectúen directamente, en el mismo plazo, la propuesta de medidas de atención inmediata a adoptar, así como de las posibles ayudas económicas y subvenciones de las que pueda ser beneficiaria la parte demandada y las causas, que, en su caso, han impedido su aplicación con anterioridad. Recibida

dicha comunicación o transcurrido el plazo, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas”.

El TEDH también se ha pronunciado sobre la eventual vulneración en los lanzamientos del artículo 8 del CEDH⁶⁴. En la sentencia FJM contra Reino Unido, de 29 de noviembre de 2018, el TEDH declaró que la pérdida de una casa es una de las maneras más extremas de interferencia en el derecho al respeto del domicilio, de forma que cualquier persona en riesgo de una injerencia de tal entidad, debería poder solicitar a un tribunal independiente la ponderación de los derechos en conflicto⁶⁵.

Entre los distintos pronunciamientos judiciales referidos a los lanzamientos de familias sin recursos, destacó desde el principio el auto del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013, en que, valorando el interés superior del menor, se apartaba de los plazos previstos en los artículos 441, 549 y 704.1 LEC, para el lanzamiento de la vivienda, extendiendo la suspensión del lanzamiento hasta la finalización del curso escolar. Es resaltable en este caso que el demandante del proceso de desahucio era la entidad municipal de la vivienda de Madrid⁶⁶.

Junto con algún otro pronunciamiento judicial aislado, y valorando el interés superior de los menores existentes en la misma, la Sala 3ª del TS, en su sentencia de 10 de diciembre de 2020⁶⁷, exige, antes de autorizar la entrada en la vivienda para la recuperación de la posesión, que el juez compruebe que la administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a los ocupantes en situación de vulnerabilidad, comprobando que los menores no se sitúen en situación de desamparo por falta de un lugar donde residir con dignidad. Para la Sala, la medida de desahucio conlleva un riesgo de desamparo de los menores, real y cierto. Por ello, reitera su jurisprudencia contenida en la citada sentencia de 23 de noviembre de 2017, declarando que resulta incompatible con la debida protección de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los arts. 11 y 12 LO 1/1996 de 15 de marzo de Protección Jurídica del Menor; y en el art. 27 de la Convención sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los arts. 18.2 y 24 CE, una resolución del juzgado contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulte exigible que el juez pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo. Y asimismo que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión comporta.

V.2. LA STC 113/2021 DE 31 DE MAYO: JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS JUICIOS CIVILES QUE LLEVAN APAREJADO LANZAMIENTO

Como explica el contundente voto particular de la sentencia emitido por el Magistrado Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO a la sentencia, debemos partir del pro-

cedimiento del que resulta el recurso de amparo resuelto por ella. La demandante de amparo es demandada por una entidad privada propiedad de la vivienda que habita con sus hijos menores, a través del cauce procesal del art. 250.1.7 LEC. El procedimiento, heredero del juicio de protección registral de los derechos inscritos del anterior art. 41 de la LH, por razón de los principios legitimadores de la inscripción registral, exige que la parte demandada preste caución para oponerse a la demanda, oposición que sólo puede fundarse en las causas tasadas, entre las que no se incluyen las circunstancias personales del ocupante sin título. Si el demandado no presta caución, no se opone, o la oposición es desestimada, la sentencia condenará a la devolución de la posesión detentada sin título, y consiguientemente al lanzamiento de la vivienda. A partir de ahí se puede promover el proceso de ejecución, que ya lo será de título judicial (la sentencia), cuyas causas de oposición vienen tasadas en el art. 556 LEC, sin que tampoco tenga cabida alguna la valoración de las circunstancias personales o sociales del ejecutado.

La demandada no contestó a la demanda, se dictó sentencia en los autos del juicio declarativo, y es en el proceso de ejecución cuando se persona en los autos, invocando las circunstancias de vulnerabilidad económica y convivencia en el hogar con tres menores de edad, uno de ellos nacido durante el proceso y con un grado de minusvalía del 65%. Tanto la resolución del juzgado de primera instancia, como la posterior resolución de apelación, desestimaron el motivo de oposición por la taxatividad de los motivos establecidos en la Ley, formulándose tras ello recurso de amparo.

Para el Tribunal Constitucional, recogiendo su doctrina anterior, la motivación de las resoluciones judiciales cuando afectan a la protección de la familia y a los menores de edad, es una motivación reforzada, porque la respuesta que se da está relacionada con derechos fundamentales o intereses de relevancia constitucional. Esta motivación exige la exteriorización del nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento, y los fines que justifican la institución.

Lo que la sentencia avanza en este caso es la necesidad de inclusión en esta motivación, por afectar al interés superior del menor, de un juicio de proporcionalidad de la medida de desalojo, que debe valorar las circunstancias concurrentes de precariedad económica, interés superior del menor, ausencia de alternativa habitacional, la naturaleza jurídica de la sociedad promotora, una sociedad gestora de inmuebles que no ve afectada su derecho a la vivienda, y el hecho sobrevenido del nacimiento del menor con una discapacidad. A ello no puede oponerse un listado tasado de motivos de oposición, por venir afectado el interés superior del menor. Pesa en la resolución del Tribunal a nuestro juicio, el que la demandante de amparo había formulado diversas peticiones alternativas: suspensión hasta que la administración diere una alternativa habitacional a la familia o al menos 6 meses coincidentes con la finalización del curso escolar.

De hecho, al decir del voto particular, lo que en realidad hace la sentencia es introducir una nueva causa de oposición a la ejecución civil de títulos judiciales no recogida en la ley: las circunstancias familiares de la parte ejecutada con hijos menores de edad⁶⁸. Ello implicaría, de facto, que los efectos de la sentencia se aplicaran *erga omnes*.

V.3. EFICACIA EXPANSIVA DE LA SENTENCIA

Ha sido cuestión clásica deslindar el alcance o la también llamada eficacia expansiva de la sentencia; el término no es, en absoluto, innovador, pues ya era usado por la jurisprudencia del TS en la década de los ochenta⁶⁹, si bien es cierto que las dudas se cernían, principalmente, sobre los procedimientos administrativos⁷⁰. Es decir, por expresa disposición legal —ex art. 86.2 de la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa— y por expresa decisión jurisprudencial —vid. *infra*—, las sentencias anulatorias de actos o disposiciones administrativas alcanzaban, no solo a las partes demandantes o recurrentes, sino también a cualquier tercero que pudiera verse afectado por la resolución. Lo que no parecía tan claro es que esa eficacia expansiva se diera cuando la resolución reconocía un derecho subjetivo.

Idéntico debate es el que se reproduce ahora respecto de las sentencias de ejecución y, en particular, en relación con la STC 113/2021, de 31 de mayo, que venimos analizando. Existe ya un artículo doctrinal debido a MARTÍNEZ DE SANTOS (2021, *in fine*)⁷¹ que aborda la interesante cuestión de si el pronunciamiento constitucional de la sentencia se extiende como jurisprudencia aplicable a supuestos de «desahucios vulnerables» —permítase la expresión empleada para sintetizar⁷².

“Demos un último paso. Cuando se ejecuta una sentencia firme condenatoria, el proceso de ejecución debe proyectarse exclusivamente sobre lo dispuesto en el fallo, sin que pueda aprovecharse este proceso: i) para modificar indebidamente lo resuelto en la sentencia, pretendiendo que la ejecución también alcance a aspectos que aquélla no recogía; ii) para que la ejecución se proyecte sobre sujetos a los que tampoco se refería la sentencia, ni la ley permita hacer extensivos sus efectos; y iii) ni, en cualquier caso, para discutir cuestiones que ya quedaron zanjadas y resueltas con «autoridad de cosa juzgada» (ex art. 207.3 LEC). Los tres supuestos muestran cómo la intangibilidad de las resoluciones firmes es un presupuesto necesario del derecho a la ejecución forzosa; aunque este derecho tenga el carácter de fundamental, si en su ejercicio no se respeta la eficacia de cosa juzgada o la invariabilidad de las resoluciones, se lesionará el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente del derecho a la ejecución, sin que pueda replantearse en el proceso de ejecución cuestiones resueltas en el proceso declarativo, o pretender dar valor en aquél a lo que se consideró irrelevante en éste. No les descubro nada nuevo cuando afirmo que la protección que reclama el Tribunal Constitucional puede afectar a todas las ejecuciones civiles y, tampoco, que cuando el propio Tribunal reconoce en varias ocasiones que estamos ante un supuesto singular, no habría una doctrina clara aplicable a otros supuestos, salvo que concurriera la circunstancia sobrevenida del nacimiento de un hijo con un grado de discapacidad. No hubo una incorrecta aplicación de la norma por los órganos de la jurisdicción ordinaria y, desde luego, no puede permanecer ningún proceso sujeto a ulteriores circunstancias familiares sobrevenidas, que es lo que parece darse a entender”.

La secuencia de frases contundentes, y ciertas, no acaba aquí: “Y observe el lector la sucesión de singularidades: no basta la literalidad de la ley en el proceso de ejecución de título judicial, sino que en atención a las circunstancias familiares

que pueda alegar el ejecutado (y justificar o, quizá deba también el órgano judicial investigar de oficio), desaparece cualquier limitación legal (las causas de oposición tasadas) y, transformando la ejecución en una especie de proceso declarativo abreviado, el órgano judicial y no solo el Juez Civil deberá comprobar si viene obligado a una motivación reforzada cuando pudiera estar afectada la protección de los menores, de las personas con discapacidad y de las familias.

Si esto es lo que se está pidiendo de los órganos civiles, no solamente se ha creado derecho introduciendo un nuevo motivo de oposición a la ejecución, sino que además se ha creado también procedimiento, porque se olvida que esas circunstancias sobrevenidas pueden darse o conocerse por el Juez después del transcurso del plazo de oposición a la ejecución. ¿Qué impediría entonces plantear un incidente de nulidad de actuaciones? o, ¿nuevas circunstancias familiares como la violencia de género?”.

Lo cierto es que las argumentaciones de MARTÍNEZ DE SANTOS son difícilmente rebatibles: más aún cuando añade que, “en cualquier caso, no estamos ante ninguna novedad y se han dado otras circunstancias sobrevenidas (algunas se recogen en el voto particular) al haberse dictado la sentencia tres años después de solicitarse el amparo. Y digo que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es novedoso porque la STS, Sala Tercera, Sección 3^a, 1581/2020, 23 de noviembre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3894) resolvió que el juez no podía, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso, porque estaría permitiendo —y hasta posibilitando, de hecho— la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (en la Ley 5/2018 y la STC 32/2019) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optasen por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas”⁷³.

A partir de aquí, pueden extraerse varias conclusiones con las que no queda más remedio que mostrarse en sintonía:

(i) la primera es que la sentencia mayoritaria omite recordar que el mandato del art. 39 CE precisa de normas legales de desarrollo. Intervención por tanto necesaria del legislador; que luego y solo así ha de aplicar después el intérprete.

(ii) La segunda es que la doctrina que recoge la sentencia mayoritaria como expresiva de la aplicación del interés superior del menor se refiere siempre a situaciones en las que o bien se cuestionaba la constitucionalidad de la norma legal que concretaba el mandato de protección (así, SSTC 64/2019 y 99/2019), lo que presuponía la existencia de dicha norma; o bien se reprochaba al juez no haber efectuado una ponderación correcta dentro de las posibilidades que la disposición legal o reglamentaria permitía. Y lo mismo sucede con el deber de motivación reforzada en relación con la protección de personas con discapacidad.

Solo quedaría por añadir un punto de debate; al margen de que nuestro ordenamiento jurídico vete la eficacia expansiva de las sentencias de ejecución, no

es conveniente desdeñar el poder expansivo de la *eficacia persuasiva* de las sentencias⁷⁴.

V.4. EVENTUAL RECLAMACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN MOTIVADA POR LA FRUSTRACIÓN DEL LANZAMIENTO

Conviene, en este punto, aclarar que esta idea es una eventualidad de la que, a fecha de hoy, no se conoce ningún pronunciamiento jurisprudencial; pero entendemos, con mucha cautela, que ha de ser una posibilidad jurídica viable la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración cuando, como en el caso actuado, se frustra el lanzamiento, en un caso, o no se produce la solución habitacional, del otro, ambos legítimos, en el sentido de previstos por la ley. La CE es contundente en su artículo 106, apartado 2, que dice:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Partiendo de este precepto constitucional, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se encarga de regular la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en concreto en su título preliminar, capítulo IV. No está de más recordar que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva, ya que no exige acreditar que el daño potencialmente indemnizable se ha realizado por acción u omisión culposa o negligente.

La sentencia del Tribunal Supremo, sala 3ª, rec. 2506/2011 de 22 de junio de 2012, clarificó los requisitos necesarios para que exista la responsabilidad:

“Por ello hemos de partir de que la viabilidad de la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJAPAC: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta”⁷⁵.

Así mismo y por su parte, la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la remisión que realiza el artículo 32 apartado 7 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

No obstante, no tiene el supuesto analizado un fácil encuadre justificativo de la eventual responsabilidad; las 3 opciones sistematizadas que podemos encontrar, alineándonos junto con la mejor doctrina⁷⁶, podríamos calificarlas como sigue:

a. Responsabilidad patrimonial objetiva por hecho o acto propio. Es la analizada hasta ahora.

b. Responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de justicia. No se trata de un supuesto de error judicial, sino de un auténtico título de imputación por un déficit en la actuación o soporte del funcionamiento normal de la Administración de justicia⁷⁷.

c. Responsabilidad normativa (vid. *infra*, nota núm. 72).

d. Responsabilidad patrimonial por limitación de derechos. Según explica FERNÁNDEZ-FONTECHA⁷⁸, donde, después de recalcar que, aunque el párr. 2º del art. 106 CE no lo señale expresamente, estamos también ante un supuesto de responsabilidad objetiva; el matiz viene dado porque, según también la teoría que defendemos para argumentar esta acción de responsabilidad, “naturalmente, esta versión del artículo 106.2 CE es determinante de una nueva explicación sobre la teoría de las limitaciones de libertades y derechos, que se estudia actualmente de forma separada en los manuales de Derecho Administrativo, como si estuviese desligada de la responsabilidad, cuando, como hemos tratado de justificar, forma una parte esencial de la aplicación del citado artículo, junto con la llamada responsabilidad por riesgo o por creación de riesgo. Una lectura del artículo 106.2 que tiene que entender no aplicable la doctrina de la determinación de la responsabilidad en el marco de lo que establezca la ley, como se ha sostenido por autores que han entendido una referencia a un procedimiento como si fuera una referencia a la determinación de los supuestos de responsabilidad. En ese caso, de seguirse esa teoría, el artículo 106.2 en realidad no sería vinculante y la responsabilidad sería regulada por la Ley o el Reglamento”, para lanzar después la brillante y contundente idea de que “en el caso de esos daños graves y ciertos es donde se plantea el problema de la objetivación en sentido estricto. En los demás casos, hay ilegalidad, inactividad contraria a derecho, *daños incidentales derivados de una actuación lícita*⁷⁹, negligencia o funcionamiento anormal. En el caso de la incidencia de la norma dictada conforme al procedimiento establecido no hay ninguno de esos factores de conexión con el elemento culpabilidad o negligencia. Hay una norma que causa un perjuicio grave a una persona, o a una clase identificable de personas y ese perjuicio es indemnizable por la aplicación directa del artículo 106.2 de la Constitución, precisamente en virtud de su contenido y en coherencia con la cláusula de Estado de Derecho”.

Podemos usar un ejemplo paralelo, extraído de la práctica forense⁸⁰, por resolución de la Delegación del Gobierno se decretó la expulsión de un ciudadano, con la consiguiente prohibición de entrada, pues había sido condenado por sentencia a la pena de 6 meses de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa. Dicho ciudadano interpuso recurso contencioso-administrativo en el que se denegó la medida cautelar de suspensión, por lo que finalmente el reclamante fue expulsado a Jordania. La sentencia de expulsión fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia que determinó la anulación del acuerdo de expulsión, por lo que a continuación, dicho ciudadano regresó a España, siéndole asimismo concedida autorización de residencia permanente y siéndole reintegrado el importe tanto del billete de avión, como el del coste el visado.

Ulteriormente, presentó una reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la anulación judicial de la resolución que acordó su expulsión y que fue desestimada. Esta desestimación fue

recurrida, correspondiendo resolver a la AN, quien, de nuevo, nos da las claves del fundamento de la responsabilidad.

Y así la Sala establece que la finalidad de la institución de la responsabilidad patrimonial *«se asocia a la reparación de la situación patrimonial del administrado afectada por la actividad administrativa y el fundamento legal viene determinado por la falta de justificación de la lesión en cuanto no existe un título que imponga al interesado el deber de asumir el daño patrimonial. De tal manera que el sistema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo como presupuesto la existencia de una lesión patrimonial real y actual, responde al elemento fundamental de la antijuridicidad del daño, que viene a configurar la lesión como indemnizable, antijuridicidad que no se refiere a la legalidad o ilegalidad de la conducta del sujeto agente que materialmente la lleva a cabo sino a esa falta de justificación del daño, es decir, a la inexistencia de una causa legal que legitime la lesión patrimonial del particular e imponga al mismo el deber de soportarla»*; de esta manera, el examen de la antijuridicidad del daño, como elemento determinante de la resarcibilidad de la lesión, permite a la jurisprudencia modular la responsabilidad en cada caso, atendiendo a la naturaleza y alcance de la actividad administrativa causante del daño, que en los supuestos de reclamaciones derivadas de la anulación de actos o disposiciones ha dado lugar a unos criterios reiterados que exigen valorar si la actividad administrativa a la que se imputa el daño *«se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso»* (sentencia de 22 de enero de 2018)... lo relevante para la valoración son las características de razonabilidad de la decisión y la motivación de esa razonabilidad, apareciendo la decisión adoptada como una de las alternativas admisibles en Derecho, sin perjuicio de que, por las circunstancias de cada supuesto, la decisión última en vía administrativa o jurisdiccional sea contraria a lo decidido (en este sentido, sentencia de 9 de diciembre de 2015), por lo que si se aprecia que la resolución administrativa anulada a la que *«se imputa el daño por responsabilidad patrimonial es razonable y razonada, excluye la obligación de resarcimiento y genera la obligación del perjudicado de soportarlo»* (entre otras, sentencia de 8 de abril de 2014; en el mismo sentido, por citar solo algunas, sentencias de 5 de febrero de 1996, de 4 de noviembre de 1997, de 10 de marzo de 1998, de 16 de septiembre de 1999, de 13 de enero de 2000, o de 18 de julio o de 11 de octubre de 2011 y de 14, 20 y 23 de febrero de 2012)».

Con todo, y a pesar de lo anterior, la Audiencia Nacional estima que no cabe duda de lo razonado y razonable de la decisión de expulsión atendida la controversia jurídica existente y la falta de un criterio uniforme en la aplicación de los preceptos en que se basó la Administración al acordarla, por lo que no se dan los requisitos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial solicitada.

V.5. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSIBLES CONCLUSIONES

Finalmente, y atendiendo a una visión conjunta de las cuestiones planteadas, podemos realizar las siguientes consideraciones críticas a modo de conclusiones, aunque éstas hayan de ser necesariamente provisionales o no definitivas, a la espera de evolución normativa y jurisprudencial.

I. En primer lugar, debe resaltarse que el pronunciamiento de amparo se refiere a un procedimiento en que se ejecuta una sentencia que ha adquirido firmeza. Las limitaciones de oposición con que el demandado cuenta en el juicio declarativo no impiden que el pronunciamiento judicial haya adquirido fuerza de cosa juzgada, y la ejecución de la sentencia viene amparada por el artículo 117 de la CE, incluyéndose en el contenido de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE. El juicio de proporcionalidad que se exige al juzgador no puede obviar la concurrencia de otro derecho fundamental, también atendible, y que lleva ínsita la necesaria proscripción de dilaciones en la ejecución.

Sin perjuicio de la eficacia expansiva de la sentencia y el carácter sugestivo que tiene toda decisión que emane del TC, cuestiones a las que nos hemos referido ya, ni los pronunciamientos del TEDH ni del Comité del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, tienen carácter vinculante para los tribunales ordinarios, por lo que adquiere singular importancia la incorporación al acervo de la jurisprudencia constitucional del juicio de proporcionalidad en los lanzamientos, al margen de los cauces procesales de oposición a la ejecución. Ello sin perjuicio de informar la interpretación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales suscritos por España (art. 10 CE) y sin perjuicio de constituir motivo de recurso de revisión frente a una sentencia firme una sentencia del TEDH que viniere a reconocer la vulneración del Convenio, en los supuestos de los artículos 510.2, 511 y 512.1 LEC.

II. No existe un derecho subjetivo a reclamar al Estado el recurso habitacional por el afectado por un desalojo forzoso, pues no se ha configurado como tal derecho subjetivo el derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello aun cuando el artículo 8 de la actual Ley 12/2023 de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, incluya en su artículo 8, en sede de lo que denomina *el estatuto básico del ciudadano*, el derecho de todos los ciudadanos a *disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos dispuestos por esta ley, ya sea en régimen de propiedad, de arrendamiento, de cesión de uso, o de cualquier otro régimen de tenencia*. Y correlativamente refuerce, además, la función social de la propiedad a través del reconocimiento de los deberes y cargas del propietario incluidos en el derecho de propiedad de la vivienda, no llega a reconocer un derecho subjetivo accionable del ciudadano ante la justicia.

Por ello consideramos la falta de observancia de los requisitos para la procedencia de los lanzamientos, conforme a los instrumentos internacionales suscritos por España, en especial la falta de alternativa habitacional y la ausencia de agotamiento por el Estado de sus recursos, puede ser causa de responsabilidad de la administración correspondiente, y por ello de una lógica y proporcional reparación⁸¹.

Consideramos que ello además tiene reflejo actual en el artículo 7 de la Ley 12/2023 de 24 de marzo, por el derecho a la vivienda, cuando al definir los principios rectores de la garantía de la función social de la vivienda, expone:

1. Atendiendo a la delimitación que del derecho a una vivienda digna y adecuada efectúa el artículo 47 de la Constitución Española, y considerando que la vivienda cumple una función social dado que constituye un bien destinado a satisfacer las necesidades básicas de alojamiento de las personas, familias y unidades de convivencia, corresponde a las administraciones públicas competentes velar por promover

las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho en condiciones asequibles y con especial atención a familias, hogares y unidades de convivencia con menores a cargo, a través del estatuto de derechos y deberes asociados a la vivienda, en los términos dispuestos en la presente ley.

2. Para el cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben articular los mecanismos efectivos para asegurar su debida protección, conservación, rehabilitación y mejora, en los términos dispuestos por esta ley y de acuerdo con la legislación y normativa vigente en materia de vivienda.

La tendencia seguida por las leyes autonómicas antes referenciadas, en relación a la posibilidad de intervención pública en los casos de viviendas vacías, o la introducción del concepto de gran tenedor en las medidas de protección diseñadas a partir de la pandemia por Covid-19, permitiendo suspensión de lanzamientos y prórogas de arrendamientos, contienen ya la valoración o ponderación adecuada de las circunstancias, y determinan una concepción de los derechos en conflictos de la que ha sido permeable el TC. Finalmente, el juicio de proporcionalidad que realiza el TC y al que conduce a los tribunales de instancia, pondera de un lado el derecho de los menores a una vivienda digna, y la necesaria valoración del interés superior de los mismos; de otro, el derecho de propiedad sobre viviendas no destinadas a tal fin, subyacente en la tutela pretendida. Ello supone, como claramente apunta el voto particular de la sentencia, erigir el interés superior o ponderación en auténtico derecho subjetivo de alcance constitucional a la vivienda de los niños, oponible frente a terceros en el seno de un procedimiento que implique su lanzamiento.

III. A nuestro juicio, el juicio de proporcionalidad que la STC que analizamos realiza, supone la introducción en la jurisprudencia constitucional de la doctrina de los desalojos forzosos que hemos apuntado anteriormente⁸², que además se reitera en la STC 161/2021, de 4 de octubre, referida al desahucio de una persona con discapacidad. Ello obligará, al margen de las causas de oposición a la ejecución del título judicial, a una motivación especial de la resolución que ordene el lanzamiento, donde se incluya el juicio de proporcionalidad, que a los efectos de este trabajo, valore el interés de los menores afectados por la medida de lanzamiento, en atención a su especial vulnerabilidad.

IV. Teniendo en cuenta que la resolución que se ejecutaba (nos referimos, de nuevo, a la STS 113/2021) se había dictado en un procedimiento, que aun limitado en su cognición, permitía la oposición de la demandante de amparo, que se amparaba en una disposición legal y en la protección de un derecho, la propiedad privada, reconocido en el ordenamiento jurídico interno, donde la demandada tuvo ocasión de conocer el lanzamiento con anterioridad y tuvo ocasión asimismo de procurarse los medios de defensa adecuado, el juicio de proporcionalidad que la STC exige es la valoración del lanzamiento de los menores sin que conste una solución alternativa habitacional y sin que el demandante requiera para su uso de vivienda el inmueble objeto del procedimiento. De ello derivará necesariamente, no la imposibilidad del lanzamiento, pero sí su suspensión temporal, con importantes consecuencias para todas las partes.

V. Lo anterior nos conduce a las siguientes reflexiones:

— Los límites de este concepto defensivo con que hemos llenado el controvertido derecho a la vivienda son necesariamente temporales. La motivación judicial

o de la autoridad competente sólo puede comprender la suspensión temporal del lanzamiento.

— El período de suspensión de la ejecución de la sentencia debe venir condicionado por el principio a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de ejecución de las sentencias sin dilación. De producirse una dilación indebida el ejecutante afectado tendría a su alcance la vía de la responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

— Qué deba entenderse por plazo razonable de suspensión del lanzamiento o desalojo, deberá contenerse en la motivación de la resolución. La STC 113/21 asume los dos momentos que incluía en su solicitud la recurrente de amparo.

De un lado, interesaba la suspensión por plazo máximo de seis meses, plazo que relacionaba con la escolarización de los menores. Se trata de una mención recurrente, probablemente alejada en el caso de las circunstancias reales concurrentes, desde el auto del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013 (ROJ: AJPI 13/2013). Hemos sostenido en la interpretación del auto el peso especial que en la resolución tiene la demandante de desalojo, la entidad prestacional de vivienda en la Comunidad de Madrid), que precisamente fundado en la unidad del texto constitucional y en el interés superior de los menores, acordó la suspensión del lanzamiento hasta la finalización del curso escolar de los menores, evitando con ello un perjuicio añadido al desalojo, relacionado con su integración en el centro y el derecho a la educación de los niños.

De otro, la recurrente de amparo solicitaba la suspensión del lanzamiento hasta que fuere procurado por las administraciones correspondientes una alternativa habitacional.

A nuestro juicio, sin perjuicio de valorar en una concreta resolución otro momento concreto (por ejemplo, que esté próximo a la adjudicación un inmueble, un nuevo contrato laboral en ciernes) la recta aplicación de la doctrina que venimos analizando obliga a que la suspensión se supedite a que sea proporcionado al ejecutado un recurso alternativo habitacional adecuado (excluidos por ello recursos ineficientes, como albergues o alojamientos temporales) que mitigue o anule los efectos proscritos de su desalojo.

— La actividad prestacional que se exige de la administración debe realizarse en un plazo razonable. Razonable parece a la sentencia que comentamos el plazo máximo de seis meses; el legislador, en el artículo 441.5 LEC en su actual redacción dada por la Ley 12/2023, considera razonable el plazo de dos meses si el arrendador es persona física y de cuatro meses si es persona jurídica; y en el artículo 704 LEC se contempla como plazo genérico de prórroga de lanzamiento de los ocupantes de un inmueble, el plazo de un mes, prorrogable por un mes más.

Cualquiera de estos plazos debe actuar como límite máximo de la actuación de la administración, transcurrido los cuales, procederá en todo caso el desalojo o lanzamiento, se haya o no proveído al ejecutado de solución o alternativa habitacional (ello sin perjuicio de los concretos plazos previstos en las leyes especiales sobre suspensión de lanzamientos, a que nos hemos referido *up supra*).

— Si la administración dejara transcurrir los plazos indicados sin procurar un efectivo recurso habitacional, al desalojo podría seguir la eventual responsabilidad de la administración por el defectuoso funcionamiento de los servicios públicos

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- Auto JPI 39 de Madrid, de 6 de marzo de 2013.
- STS de 14 de enero de 2010, ROJ: 1894/2010.
- STS 20 de noviembre de 2018, ROJ: 3882/2018.
- STS de 12 de junio de 2020, ROJ 1688/2020
- STS de 29 de marzo de 2021, ROJ: 1239/2021
- STC 82/2016, de 28 de abril.
- STC 110/2016, de 9 de junio.
- STC 192/2016, 16 de noviembre de 2016.
- STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021.
- STEDH de 29 de noviembre de 2018.
- Resolución de la DGRN de 19 de enero de 2016.
- Resolución de la DGRN de 30 de mayo de 2018.
- Resolución de la DGFPSC 29 de noviembre de 2021.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- A. R. B., JR. (1922): «May a Wife Maintain against a Male an Action for the Alienation of Her Husband's Affections?», *Virginia Law Review*, Mar., Vol. 8, No. 5, Mar., pp. 370-373.
- BENITO SÁNCHEZ, J. C. (2019): «Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas», *Lex Social*, vol. 9, núm.2.
- BLANDINO GARRIDO, M. A. (2022): «La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos», en *Vivienda y colectivos vulnerables*, María Dolores CERVILLA GARZÓN (dirs.), Isabel ZURITA MARTÍN (dir.), pp. 51-80.
- CABEZUELO ARENAS, A. L.. (2017): «El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16.
- CERVILLA GARZÓN, M. D. (2017): «Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día», *InDret*, 4.
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2022): «La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores», en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN, pp. 81-111.
- DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015): «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.
- FAUS, M. (2022): «Atribución de la vivienda familiar. Reglas generales», en *Práctico de Derecho de familia*, n°. septiembre.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2016): «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *Revista de la Administración Pública*, n° 200, pp. 11-22.
- GALGANO, F. (2000): *Atlas de Derecho comparado*, ed. Fundación Cultural del

Notariado, Madrid.

- GARCÍA MAYO, M. (2022): «El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC», en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dirs.), *Vivienda y colectivos vulnerables*, Aranzadi, pp 229-265.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2002): «La sociedad de gananciales: de la comunidad germánica al caos liquidatorio», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO* / coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Luis Díez-PICAZO (hom.), Vol. 3, (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4683-4706.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2004): «La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, septiembre, pp. 171-211.
- JÁUDENES, J. T. (1986): «Extensión” ultra partem” de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución», *Revista de administración pública*, nº 109, p. 247-254.
- MARTÍNEZ CALVO, J.:
- (2018): «Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial», *Actualidad civil*, nº 12, p. 9 ss.;
- (2019): «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2021): «¿Produce alguna vinculación la STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, fuera del proceso en el que se ha dictado?», *Diario LA LEY*, nº 9897, de 22 de julio.
- JEREZ DELGADO, C. (2018): «Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos: Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense», en *Indret*, octubre 4.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017): «Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: análisis crítico y propuestas de reforma legal», *La Ley Derecho de Familia; Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, nº 16.
- ORTEGA JIMÉNEZ, A. (2017): «El régimen económico matrimonial en el Reino Unido», *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, pp. 201-207. DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i23.361>.
- PÉREZ RAGONE, A. (2007): «“Writ” y “actio” en el surgimiento y la configuración del proceso civil inglés medieval», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N°. 29, págs. 333-356.
- PIZARRO MORENO, E. (2020): *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, pról. de F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, ed. Reus.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F^a. (2020): «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas», en *Revista Bolivariana del Derecho*, nº 30, julio, pp. 100-121.
- SÁNCHEZ ALONSO, M. (2020): «Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2019): «Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda», *Revista de Derecho*

Patrimonial, núm. 48.

SANTOS MORÓN, M. J. (2014): «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma», *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (julio-septiembre). Estudios, pp. 1-36.

STONE, L. (1990), «*Road to Divorce: England, 1530-1987*», New York: Oxford University Press.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2016): «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de la vivienda”», *InDret*, 1.

NOTAS

¹ Sin embargo, como también se ha declarado jurisprudencialmente, vid. *infra*, cuando la vivienda es propiedad de la sociedad de gananciales y sigue estando a nombre de los dos, el uso podrá estar asignado únicamente a uno de los dos cónyuges, pero la obligación en relación con los terceros será solidaria. Distinta cuestión es que aquél que satisfaga un pago obligado, tenga luego acción para exigir al otro la participación, salvo que en el convenio o sentencia establezca algún sistema especial en beneficio de uno de los cónyuges. Este supuesto es el típico cuando existe una hipoteca sobre la vivienda.

² En tal caso, es dable pensar que la sola existencia de un menor va a condicionar sobremanera el proceso: el juez o tribunal se encontrará así ante una encrucijada difícilmente solventable. Resolver conforme a los criterios legales del desahucio parece privarle de piedad; resolver conforme al interés superior del menor parece privarle de *auctoritas*, aunque solo se trate de un equívoco efecto reflejo.

³ Vol. 8, No. 5 Mar. 1922, pp. 370-373.

⁴ *Although this a case of first impression, if it can be shown that there is presented to us a concurrence of loss and injury from the act complained of, we are bound to say that this action lies. Nor can I allow that the loss of consortium, or conjugal society, can give a cause of action to the husband alone.*

But the loss of conjugal society is not a pecuniary loss, and I think it may be a loss which the law may recognize, to the wife as well as to the husband.

⁵ Es palpable aún la pervivencia sublime del sistema de *writs*: en el origen, fue el procedimiento... por eso decían los juristas anglosajones, en un cacofónico juego de palabras, que donde no había *writ*, no había derecho (*if there is no writ, there is no right*). La magistral equiparación entre la *actio* romana y el *writ* anglosajón solo lo encontramos en PÉREZ RAGONE, 2007; 333-356.

⁶ Las fuentes históricas indican que fue conocido como el *Mazarine's Case*, y es prácticamente imposible encontrar otra referencia pseudo-dogmática que no sea la ofrecida por la poco prolífica —solo se conservan dos libros de ella— filósofa y feminista Mary Astell en su artículo *Some Reflections Upon Marriage, Occasion'd by the Duke and Dutchess of Mazarine's Case; Which is Also Consider'd*, publicado en Londres en 1700, *printed by John Nutt*.

⁷ *Road to Divorce: England, 1530-1987*, New York: Oxford University Press, 1990.

⁸ Analizando las formas válidas de celebración, que el autor califica como formales e informales.

⁹ Donde el autor distingue entre la separación decretada por la Corte eclesiástica y la separación concertada por acuerdo particular o privado.

¹⁰ STONE, cit., pp. 135 a 137. Para STONE, llama la atención el aparentemente alto nivel de confusión y “corrupción” (sic) que favorece este sistema de derecho matrimonial, y, de igual manera, el autor queda asombrado por la clara inclinación que los cónyuges muestran por el sistema, al que dan pleno reconocimiento y validez. De hecho, llega a plantearse si el sistema de derecho matrimonial instaurado era funcional. Pues, por una parte, se manifiesta como útil y eficaz, de uso frecuente en la historia jurídica. Por otra, y sin embargo, STONE descubre y acusa repetidamente la disfuncionalidad y la falta de respuesta del sistema a la solución de los conflictos que plantea el derecho de familia (custodia, pensiones, vivienda...). Tanto los conflictos de leyes planteados por competencia entre jurisdicciones como las modificaciones de las normas particulares, así como su administración, concluye el autor, hicieron de la ley de matrimonio en la práctica “un lío”, confundieron los derechos de propiedad y parecían “maximizar... la miseria”, haciéndola “imposible avanzar en una interpretación funcionalista plausible”.

¹¹ Lo que se articula a través del procedimiento conocido como *Discovery*. El incumplimiento de este deber se considera desacato o *contempt of court*, lo que puede acarrear derivaciones penales. Este deber se extiende también a los representantes legales de las partes: si

un cliente pide a su abogado que no aporte un documento, el abogado debe negarse y cesar el contrato de servicios de inmediato.

¹² Por todos, ORTEGA JIMÉNEZ, A. (2017): “El régimen económico matrimonial en el Reino Unido”, *BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, núm. 23, pp. 201-207.

¹³ Que ya fue puesta de manifiesto en 2004 por GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La sociedad de gananciales: caducidad de un modelo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 4, septiembre 2004, pp. 171-211; del mismo autor, en un trabajo anterior (2002), fue la diatriba “La sociedad de gananciales: de la comunidad germánica al caos liquidatario”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO* / coord. por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Luis Díez-PICAZO (hom.), Vol. 3, 2002 (Derecho civil, derechos reales, derecho de familia), págs. 4683-4706.

¹⁴ ORTEGA, cit., p. 203, *in fine*, y 204.

¹⁵ El Tribunal debe promover el objetivo primordial de la justicia mediante la gestión activa de los casos. Esto incluye (pero no se limita a);

- Alentar a las partes a cooperar entre sí en la realización de los procedimientos.
- Alentar a las partes a resolver sus disputas a través de la mediación, cuando corresponda.
- Identificar los problemas en una fecha temprana.
- Regular la divulgación de documentos y pruebas periciales para que sean proporcionales a las cuestiones debatidas.
- Ayudar a las partes en la resolución de todo o parte del caso.
- Fijar los horarios o controlar el progreso del asunto y del procedimiento.
- Fomentar el uso de las tecnologías para la resolución del asunto.
- Dar instrucciones para garantizar que el procedimiento de familia se lleve a cabo de forma rápida y eficiente.

¹⁶ Así ocurre con Canadá, tanto en la parte de tradición romano-canónica (CC de Quebec) como en la parte anglosajona (resto, *Family Law Act*, conocido por el acrónimo FLA). Se acogen dos principios (JEREZ DELGADO, C., (2018): “Disposición unilateral de la vivienda familiar: Peculiaridades de la ineficacia y remedios alternativos Análisis comparado del Derecho anglosajón canadiense”, en *Indret*, octubre 4/2018):

1. De un lado, se reconoce a ambos cónyuges el derecho a la posesión de la vivienda familiar. Este derecho sólo puede extenderse en el tiempo —si se disolviera el matrimonio, se declarase su nulidad, o llegase la separación— para el cónyuge no propietario o no titular de un derecho sobre ella (por ejemplo, el cónyuge del arrendatario), cuando así se determine expresamente, sea por convenio de separación o divorcio, sea por mandamiento judicial (por ejemplo, en caso de insolvencia). Se trata de un derecho personal irrenunciable del cónyuge no titular frente al cónyuge propietario o titular de un derecho sobre la vivienda, y —según la jurisprudencia— no se extiende a los bienes muebles.

2. En lo que se refiere a la disposición de la vivienda familiar, se prohíbe al cónyuge propietario que la enajene o grave unilateralmente.

Igual que sucede en Derecho español, los actos de disposición del hogar doméstico requieren el consentimiento de ambos cónyuges o bien, cuando no sea posible, una autorización judicial (art. 21 FLA). La norma dispone que ninguno de los cónyuges puede enajenar o gravar la vivienda familiar a menos que: a) El otro cónyuge firme el documento o consienta en la disposición; b) El otro cónyuge haya renunciado a su derecho por convenio de separación; c) Una orden judicial haya autorizado el acto de disposición o haya declarado no aplicable al caso el régimen de la vivienda familiar; o, d) La propiedad no haya sido designada por ambos cónyuges como vivienda familiar y otra propiedad sí fue registrada como tal por ambos esposos sin que se haya cancelado en el Registro dicha identificación. A diferencia de otras normas de la *Family Law Act*, esta regla no se considera extensible a las parejas de hecho y marca la gran diferencia significativa entre el régimen jurídico aplicable a los matrimonios y a las parejas no casadas.

¹⁷ Cit., pp. 204 y 205.

¹⁸ Curiosamente, éste no fue siempre el criterio, pues cambió a partir de la promulgación de la *Ley de Propiedad* de 1925, cuya sección 37 dejó sentado que: “El marido y la mujer, a los efectos de adquisición de cualquier participación en propiedad, en virtud de una disposición ya hecha o que se llevara a efecto después de la entrada en vigor de esta Ley, serán tratados como dos personas distintas.” Por tanto, en Derecho inglés no se produce una confusión de patrimonios como consecuencia del matrimonio.

¹⁹ Ley de la Generalitat Valenciana 5/2010, de 1 de abril, de relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Declarada inconstitucional por la STC de 16 de noviembre de 2016.

²⁰ A través de la Ley del Parlamento aragonés 2/2010, de 226 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Esta Ley se ha integrado en el Código de Derecho foral de Aragón, ex DLG. 1/2011, de 22 de marzo.

²¹ Mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña.

²² Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

²³ En cualquier caso, permítase la licencia, puede decirse que los problemas de constitucionalidad del Derecho foral valenciano son habituales. Como muestra, puede traerse a colación la cuestión sometida al TC en el recurso de inconstitucionalidad 9888-2007 promovido por el Presidente del Gobierno contra la totalidad de la Ley de la Comunitat Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, y resuelta en la STC 82/2016, de 28 de abril; y, por otro, en el recurso de inconstitucionalidad 4522-2013, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, también concluida en la STC 110/2016, de 9 de junio. Estas decisiones fueron tomadas como base argumental para justificar la nulidad de la ley valenciana.

²⁴ La Ley refería la posibilidad de computar la compensación exclusivamente a los gastos ordinarios, excluyendo los extraordinarios, ya sea de mutuo acuerdo o por resolución judicial, en lo que entendemos un esfuerzo por equilibrar las economías de los exónyuges.

²⁵ La ley aragonesa se refiere indistintamente a ellos por lo que aquí, como en los demás casos, habrá que entender que el régimen es susceptible de aplicación tanto si ha habido matrimonio como si se trata de parejas de hecho.

²⁶ La traducción literal es “hay que estar a la letra”, y la Gran Enciclopedia aragonesa recoge lo siguiente en cuanto a su nacimiento y evolución: “«Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón» (art. 3.º de la Compilación del Derecho civil de Aragón). La exposición de motivos que precede a la Compilación sitúa al citado principio en el sistema aragonés y en su tradición jurídica diciendo que «en el art. 3.º se configura el principio *standum est chartae* en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil, concretada en la Observancia 16 de *fide instrumentorum*».

²⁷ Una notable y actualizada exposición de la materia en Manuel FAUS, “Atribución de la vivienda familiar: Reglas generales”, en *Práctico de Derecho de familia*, septiembre de 2022.

²⁸ La STS de 14 de enero de 2010, ROJ: STS 1894/2010, lo define como derecho familiar, no real, cuya titularidad además se atribuye al cónyuge a quien se otorga la custodia de los menores, cuando estos existen, constituyendo desde el punto de vista patrimonial, una mera limitación de disponer sin el consentimiento del cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda, inscribible en el Registro de la Propiedad y oponible por ello a terceros.

²⁹ CERVILLA GARZÓN, María Dolores (2017): “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar: Revisión y puesta al día”, *InDret*, 4, pp 4-5, para quien la consideración de la atribución del uso de la vivienda familiar como un derecho real responde en unos “a un

desiderátum o, en algunos casos, un efecto de “deslumbre” propio de la eficacia erga omnes del derecho en cuestión, en algunas de sus manifestaciones, derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad, en otras, por el interés público (hijos menores o cónyuge necesitado de protección) que se encuentra en su origen y que lo justifica”. La reforma del artículo 96 del CC operada por la Ley 8/2001 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, contempla en el párrafo tercero el acceso del Registro de la Propiedad de la prohibición de disponer de la vivienda sin el consentimiento del cónyuge custodio titular del uso: “Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. La crítica a la limitación de la inscripción a la mera prohibición de disponer, por postular el acceso al Registro del contenido positivo del uso, se encuentra en quienes sostienen el carácter real del uso atribuido. Así en GARCÍA MAYO, Manuel (2022): “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC” en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dir) *Vivienda y colectivos vulnerables*, Aranzadi, pp 229-265. En línea con las soluciones portuguesas e italianas. En tal caso, vid. DE VERDA y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G.: “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

³⁰ Una parte de la doctrina se ha mostrado contraria a fundamentar la atribución del uso de la vivienda en el interés superior del menor, pues no siempre el uso de la vivienda coincide con el citado interés, e incluso es un apriorismo que he perdido parte de su sentido con el paso del tiempo y las nuevas formas de composición familiar e incluso en atención a las circunstancias económicas vigentes. Así CHAPARRO MATAMOROS, Pedro (2022), “La relativización del interés del hijo menor de edad a continuar residiendo en la vivienda familiar tras la crisis de sus progenitores”, en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN, op. cit., pp. 81-111. No se pronuncia el precepto sobre la justificación de la atribución del uso en el interés superior del menor, aun cuando sí la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No está de más, sin embargo, apuntar que la rigidez de la norma tal vez traiga causa en el mencionado axioma, sin atender en el caso concreto al interés del menor afectado, y de los restantes intereses concurrentes.

³¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, F^a.; “La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar: nuevas perspectivas”, en *Revista Bolivariana del Derecho*, n° 30, julio de 2020, pp. 100-121.

³² SÁNCHEZ ALONSO, M.: “Atribución del uso de la vivienda familiar. Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Derecho de uso, *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos Sustantivos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

³³ CABEZUELO ARENAS, A. L.: “El art. 96.1 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

³⁴ En la doctrina, ahonda en la cuestión MARTÍNEZ CALVO, J., “Temporalidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en un proceso de ruptura matrimonial”, *Actualidad civil*, 2018, no 12, p. 9 ss.; más reciente, del mismo autor, “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho civil*, vol. 6, núm. 3, julio-septiembre 2019.

³⁵ La calificación negativa, con técnica lingüística manifiestamente mejorable, se motivó diciendo lo siguiente (sic): “Conforme la doctrina de la DGRN, el derecho de uso no constituye un derecho real, sino un derecho de naturaleza familiar cuyo contenido implica una serie de limitaciones para el propietario del mismo no titular del derecho de uso sobre el

constituido, en el sentido de requerir el consentimiento de este último o autorización judicial para la transmisión del inmueble.

Sin perjuicio de lo cual, para la inscripción de dicho derecho de uso, bien como derecho familiar, o bien como un verdadero derecho real de uso y habitación constituido y aprobado por el Juez, la inscripción del mismo en favor de la esposa requiere hacer constar el propio contenido del derecho que ha de ser objeto de inscripción, de conformidad art 21 LH y doctrina de la DGRN entre otras en resolución de 19 de mayo de 2012”.

³⁶ “En primer lugar, y al margen de que se trata de una sentencia firme junto con convenio regulador que, como título, pretende el acceso al Registro de la Propiedad en el ámbito en el que éste resulta de aplicación, ni la jurisprudencia, ni la DGRN exige la delimitación temporal que ha dado lugar a este escrito frente a la calificación. Conteniendo el documento que se pretende inscribir todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción, relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos en los términos exigidos en los artículos 9 y 21 de la Ley Hipotecaria. En segundo lugar, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar no se trata de un derecho real. Así, esta atribución que deriva de un procedimiento de divorcio y, en consecuencia, está sujeta al ámbito del Derecho de familia, en concreto se encuentra regulada en el artículo 96 del Código Civil. Por la jurisprudencia, citando entre otras, a modo de ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 enero 2010 y 18 marzo 2011, se ha negado la atribución del uso de la vivienda familiar derivado de un procedimiento de divorcio fuera un derecho real. Por otra parte, la naturaleza jurídica de dicha atribución no resulta discutible ni siquiera en la calificación frente a la que recurrimos. Así, la DGRN, en Resolución de fecha 5 de junio de 2008, ya sostuvo que la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, siguiendo la doctrina científica y la de este Centro Directivo, lo han calificado como un derecho de carácter familiar (nos referimos al derecho de uso de la vivienda familiar) y, en consecuencia, en palabras de dicha Resolución, respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen para la inscripción de los derechos reales”.

³⁷ Lo que ha permitido a alguna autora hablar de “domicilio desfamiliarizado”; vid. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; “Consecuencias de la convivencia de un tercero con el cónyuge custodio (y con los hijos menores del matrimonio) en la casa ganancial: la «desfamiliarización» de la vivienda”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 48, 2019.

³⁸ En el ámbito foral, ya visto antes, la temporalidad de uso es tratada en los arts. 233-20 y sigs. de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. En el País Vasco, La Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, contempla en su art. 12 una serie de causas de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar: la letra f) destaca expresamente “el vencimiento del plazo en la atribución temporal judicialmente adoptada”. El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con la nomenclatura «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en su art. 81, contempla las distintas situaciones, tanto en el caso de custodia compartida como individual, amén de la posibilidad de venta, si fuera necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. A ella también se refiere el pacto de parentalidad de la Ley 69 y 72 de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Por último, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Comunitat Valenciana, declarada inconstitucional por STC 192/2016, de 16 de noviembre (RTC 2016, 192).

³⁹ Así lo explica la STS de 29 de marzo de 2021, ROJ: STS 1239/2021: “A partir de la sentencia del pleno 547/2010, de 16 de septiembre, es jurisprudencia consolidada el reconocimiento del ejercicio de la acción de desahucio por precario entre coherederos y en beneficio de la comunidad. Esta doctrina se fundamenta en la idea de que, durante el período de indivisión que precede a la partición, todos los coherederos tienen título para poseer como consecuencia de su participación en la comunidad hereditaria, pero ese título no ampara una posesión en exclusiva y excluyente de un bien común por un coheredero. Por otra parte, tal

y como recuerda la sentencia 700/2015, de 9 diciembre, con cita de jurisprudencia de la sala, a efectos del goce y disfrute de la cosa común en caso de comunidad de gananciales disuelta, pero aún no liquidada, se aplican las reglas de la comunidad hereditaria. Ello tiene interés en el presente caso si, según parece, entre los bienes a que se refiere la demanda hubiera bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales extinguida y no liquidada existente entre el causante y una de las demandantes. La misma doctrina de la sala sobre el desahucio por precario entre los coherederos sería aplicable". En idéntico sentido la STS de 9 de diciembre de 2015, ROJ: STS 5688/2015 para la cual partiendo de las reglas de la comunidad de bienes a la comunidad de bienes postganancial, el artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, por lo que la norma contempla una utilización solidaria y simultánea, que excluiría el goce o uso de un comunero que excluye el de los demás, que tilda de ilegítimo, aun cuando no el uso alternativo y sucesivo por períodos fijados de la cosa común.

⁴⁰ La atribución del uso de la vivienda familiar hasta el ejercicio de la acción de división de la cosa común ha sido admitida por la reciente STS de 24 de marzo de 2021, ROJ: STS 1108/2021. El asunto sometido a casación trataba de una unión no matrimonial con hijos menores, habiéndose establecido la guarda y custodia a la madre e hijos, a quienes además se atribuyó la vivienda cotitularidad de ambos progenitores de manera temporal hasta el ejercicio de la acción de división de la cosa común. Frente a la sentencia de la Audiencia, que con apoyo en el principio del *favor filii* consideró no admisible que la atribución del uso quedará sometida al ejercicio de la acción de división de la cosa común antes de que los hijos menores alcanzaran la mayoría de edad, el Tribunal Supremo recuerda que la atribución del uso no impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, y con independencia de las consideraciones sobre la subsistencia del uso en caso de enajenación de la finca, admite que por acuerdo o por decisión judicial se limite el uso hasta el mismo momento de la división de la cosa común, no subsistiendo en este caso el uso tras la enajenación de la finca.

⁴¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2016): "Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar: La "necesidad de la vivienda", *InDret*, 1, p. 37.

⁴² El Tribunal Supremo además no exige que la división de la vivienda familiar se realice en el seno de un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, pudiendo instarse con carácter previo al mismo e incluso a pesar de no acudir finalmente a la liquidación del patrimonio familiar, supuesto habitual cuando el activo principal del matrimonio es precisamente la mencionada vivienda.

⁴³ Uno de los argumentos más recurrentes para cuestionar que la atribución del uso de la vivienda se fundamente en el interés superior del menor, es precisamente la subsidiariedad de la regulación del artículo 96 del CC, siendo prevalente el acuerdo de los cónyuges, si bien homologado judicialmente. De pactarse un uso a favor del cónyuge no custodio, si el acuerdo es homologado judicialmente, bien la homologación debe cuestionarse por contraria al interés de los menores, bien el interés superior de los menores no se ampara necesariamente con la atribución del uso al cónyuge custodio, CHAPARRO MATAMOROS, op. cit., p. 88.

⁴⁴ Recordemos, como analizaremos posteriormente, que la jurisprudencia considera titular del uso al cónyuge con quien viven los menores, aun cuando se atribuya en beneficio e interés de estos.

⁴⁵ Existe una fuerte corriente doctrinal que considera que en todo caso, la atribución del uso del domicilio es una manifestación de la prestación alimenticia a los hijos menores de edad, en los términos establecidos por el artículo 154 del CC, de forma que debe existir una correlación entre la atribución del uso y la prestación de alimentos por el cónyuge no custodio. Así BLANDINO GARRIDO ("La contribución a las necesidades de alojamiento de los hijos a través de los alimentos", en *Vivienda y colectivos vulnerables*, María Dolores CERVILLA GARZÓN (dir.), Isabel ZURITA MARTÍN (dir.), 2022, pp. 51-80.), en las pp. 64-65, dice: "la esencia de la disciplina consagrada en el art. 96 CC es asegurar la satisfacción del derecho

de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional, por lo que, si es posible cubrir la necesidad de habitación de los hijos con una vivienda distinta a la familiar, no es necesario conceder el derecho de uso o, si hubiera sido atribuido, puede extinguirse antes de que los hijos alcancen la mayoría de edad". En contra de considerar la atribución del uso una prestación alimenticia, GARCÍA MAYO, Manuel (2022), "El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo artículo 96 CC", en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dirs.) *Vivienda y colectivos vulnerables*, Aranzadi, pp. 229-265, considerando que la medida tiene su fundamento en la protección del más débil, con un marcado carácter asistencial.

⁴⁶ Ello, a través normalmente de la inscripción registral del uso de la vivienda familiar. Pero no es descartable la oponibilidad por el conocimiento de la atribución del uso de la vivienda por el tercero, que anula en todo caso la buena fe, pese a la falta de inscripción registral.

⁴⁷ SANTOS MORÓN, María José (2014): "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (julio-septiembre 2014). *Estudios*, pp. 1-36.

⁴⁸ VERDERA IZQUIERDO, op. cit., p.27.

⁴⁹ STS 5 de septiembre de 2011, ROJ: STS 6237/2011: "Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y 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. 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, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar; de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. 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. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC, según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no

titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».”

⁵⁰ La STS de 14 de julio de 2010, ROJ: STS 3886/2010 argumenta que: “Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005), “ Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios”. Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que “esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005”. Esta jurisprudencia ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, esta vez de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000).”

⁵¹ STS 30 de abril de 2013, ROJ: STS 2081/2013: “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”.

⁵² Es este sentido, aun resaltando el carácter patrimonial del derecho de uso, CERVILLA GARZÓN, op. cit., p.14: “el uso de la vivienda es una medida asistencial que se articula sobre la base de dos pilares. En primer lugar, el interés del menor que, evidentemente, no concurre en el hijo mayor de edad (...). En segundo lugar, la relación existente entre la atribución y el derecho de los hijos (menores o no) a percibir una pensión alimenticia”.

⁵³ VERDERA IZQUIERDO, op. cit., pp.23 y 24 analizando el Anteproyecto de ley en materia de corresponsabilidad parental: “Siento el titular del derecho de uso los hijos y reflejamente el cónyuge al que se le otorga la guarda y custodia, tendría más sentido disminuir la pensión por alimentos en caso de haberse atribuido la vivienda a los hijos y reflejamente al cónyuge custodio”.

⁵⁴ La RDGRN de 19 de mayo de 2012 estudió el recurso contra la calificación de la Registradora, que denegó la inscripción del acuerdo de ambos progenitores de atribución del uso del domicilio familiar a los hijos, en lugar de atribuirlo al cónyuge custodio. Resolvió así sobre la admisibilidad de los acuerdos de los cónyuges, ratificados por el juez, también en relación a la titularidad del derecho, y por ello la procedencia de inscripción del uso, aun cuando en estos casos considera que “la naturaleza de derecho familiar que se atribuye a este derecho no excluye la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el principio de determinación, por lo que se hace necesario, conforme a los artículos 9.4.ª de la Ley Hipotecaria y 51.9.a) del Reglamento Hipotecario, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar, sin que se entren a valorar —por no haber sido señalado en la nota—, otras circunstancias”. En idéntico sentido la resolución de 19 de enero de 2018, de donde viene a colegirse que en el caso de que el derecho de uso no se atribuya expresamente a los hijos por acuerdo de los cónyuges, la inscripción de realizará a favor del cónyuge custodio, a los efectos de garantizar la prohibición de disposición del bien sin su consentimiento. En tal caso, las menciones de identidad de los menores no se considerarían precisas para la inscripción.

⁵⁵ Así lo explica la STS de 22 de junio de 2021, ROJ: STS 2550/2021, “A tales efectos, no es de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC; puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guarda y custodia de los hijos a uno de los progenitores sin perjuicio del derecho de vistas del otro, en cuyo caso se resuelve el conflicto disponiendo que dicho uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Fácil es comprender que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa

convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

Descartada pues la aplicación del párrafo primero del art. 96 del CC, tampoco hallamos solución en lo dispuesto en su párrafo tercero, que contempla la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que los hipotéticos intereses de éstos no son ponderados en dicho precepto, regulando, por consiguiente, de nuevo una situación distinta a la que conforma el objeto de este proceso. A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador”.

En algunas otras sentencias, sin embargo, la propia Sala ha contemplado la atribución del uso a la luz del número 3 del artículo 96 del CC, valorándose las circunstancias económicas personales del cónyuge a cuyo favor se atribuye el uso, significándole como interés más necesitado de protección, por ej., STS de 21 de julio de 2016, ROJ: STS 3888/2016.

⁵⁶ El Tribunal Supremo ha sido generalmente contrario a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en los casos de custodia exclusiva, estimando que conlleva una vulneración del contenido del artículo 96 de la CE y del interés superior del menor, que no puede ser cercenado o limitado, en tanto consagrado constitucionalmente. Curiosamente, en la casuística de las resoluciones del Alto Tribunal no dejan de existir pronunciamientos que ratifican una atribución temporal del uso en los casos de custodia exclusiva, cuando la atribución del uso proviene de un acuerdo entre las partes y no de un pronunciamiento judicial. Así por ejemplo la STS de 25 de abril de 2016, ROJ: STS 1793/2016, ratificando un acuerdo de atribución del uso a la madre e hijos por cuatro años, a partir del cual el padre abonaría cierta cantidad a la madre en concepto de alquiler de la vivienda. Si bien los criterios del artículo 96 del CC se establecen en defecto de pacto, no deja de sorprender la inflexibilidad en la aplicación del párrafo primero respecto de la temporalidad del uso, con fundamentación incluso constitucional, cuando se admiten acuerdos contrarios a estos criterios, que deben ser ratificados por el juez, precisamente para garantizar la protección de los mismos menores.

⁵⁷ ROJ: STS 3882/2018.

⁵⁸ Parecía la línea argumental del Alto Tribunal, cuando manifestaba que “el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la

misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.”

⁵⁹ La reciente STC 12/2023 de 6 de marzo (BOE de 14 de abril de 2023) analiza la extinción automática del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los excónyuges y a sus hijos menores, tras alcanzar estos la mayoría de edad, en la regulación legal previa a la modificación del artículo 96 por la Ley de 8/2021 de 2 de junio. Para la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, que junto con otros pronunciamientos judiciales se recurría, la atribución del uso del domicilio familiar tras alcanzar los hijos menores la mayoría de edad, en los supuestos en que la vivienda es de exclusiva titularidad del otro cónyuge, como en el caso enjuiciado, una vez superado el criterio del interés superior de las niñas menores de edad, conlleva sin valoración de otras circunstancias concurrentes, como la capacidad económica de los progenitores la extinción del uso y la recuperación por el cónyuge dueño de las facultades dominicales de las que se vio privado. El Tribunal Constitucional parece en dos momentos alejarse de este automatismo en el razonamiento de la Audiencia, que considera conforme a la legislación y a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como a la actual regulación del número 1 del artículo 96 CC, tras la reforma indicada, exigiendo también en este caso, un canon de motivación reforzada por afectar a los derechos de los miembros de la familia, que conlleva la *“ponderación de las circunstancias individuales de cada uno de los miembros que componen el núcleo familiar considerados en sí mismos, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución”*. Y concretamente considera que el interés más digno de protección valorar la capacidad económica concernida por la decisión.

⁶⁰ La STC número 185/12 de 17 de octubre así lo explica: “en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores) el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello”. En el mismo sentido la STS 823/12 de 31 de enero de 2013 (ROJ: STS 373/13), entiende que con esta prevalencia del interés del menor “se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)”.

⁶¹ En fecha de 1 de marzo de 2016, se suscribió por el CGPJ, la Junta de Andalucía y la Federación andaluza de municipios y provincias y convenio de colaboración para la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar, que en el apartado correspondiente a la ejecución del lanzamiento en el seno de un procedimiento de desahucio por falta de pago, establece que “cuando en el desarrollo de un lanzamiento se constate por el órgano jurisdiccional o por los servicios comunes de ejecución una eventual situación de especial vulnerabilidad o riesgo de exclusión social, pueda la Comisión judicial dar inmediata cuenta al Juez que conozca del asunto, de tal forma que permita a éste comunicar a los servicios sociales la existencia de dicha situación, con observancia de la legislación sobre protección de datos personales, con objeto de que dichos servicios sociales lleven a cabo la valoración de las circunstancias concurrentes y pueden acometer las actuaciones procedentes, y pueda el órgano jurisdiccional adoptar, a la vista de tales circunstancias la

resolución que considere procedente en orden a la suspensión del lanzamiento, siempre de conformidad con las leyes procesales.

En el ámbito autonómico de manera similar se afronta la necesidad de destino de las viviendas conforme a la función social de las mismas: Ley 3/2015 de 18 de junio de vivienda, del País Vasco; Ley 4/2013 de 1 de octubre, de medidas para asegurar la función social de la vivienda, y Decreto-Ley 6/2013 de 9 de abril, de Andalucía; Ley 24/2013 de 2 de julio de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda, de Navarra; Ley 21/2014 de 20 de junio de viviendas de Canarias, entre otras.

Los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta legislación han resaltado “la notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas” (STC 16/2018 de 22 de febrero).

⁶² BENITO SÁNCHEZ, J. C., (2019): “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas”, *Lex Social*, vol. 9, núm.2, p.588. A esta necesidad de coordinación puede responder la reforma del artículo 441.5 LEC, al que reenvía en ejecución el artículo 549 in fine, con no siempre efectivo resultado: “En los casos del número 1º del artículo 250.1, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de la posibilidad de autorizar la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad. A los mismos efectos, se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica. Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano”.

⁶³ BENITO SÁNCHEZ, op. cit., p.592.

⁶⁴ Nuestro TC, en cambio, en su STC 32/19 de 28 de febrero de 2019 (recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 5/2018 de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas), considera que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental, sino un mandato o directriz constitucional, que ha de informar la actuación de los poderes públicos, como entiende igualmente que los acuerdos y tratados internacionales de lo que España es parte, no convierten a tales instrumentos en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ni pueden por sí fundamentar la inconstitucionalidad de la ley.

⁶⁵ La sentencia analizada hace nuevamente referencia a casos en que los demandantes residían en propiedades o viviendas sociales. En los supuestos en que la propiedad es de titularidad privada, el Tribunal valora la existencia de otros intereses concurrentes, que también deben ser objeto de ponderación, llegando a considerar que la ponderación de intereses en estos casos puede no requerir un pronunciamiento judicial, sino provenir directamente de la valoración por el legislador.

⁶⁶ En su fundamento de derecho séptimo se contiene el razonamiento jurídico de la decisión adoptada por la juzgadora: “El artículo 27.1 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y cuyo Instrumento de Ratificación por el Estado español se produjo en fecha de 30 de

noviembre de 1990, establece que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

De tal nivel de vida adecuado para el desarrollo de los menores debe formar parte ineludible el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada reconocido en el artículo 47 de la Constitución española. Como es bien sabido, este precepto forma parte del Capítulo III del Título I de la Constitución, titulado “Principios rectores de la política social y económica”, y no está amparado por las garantías del artículo 53. 1º y 2º, lo que significa que su aplicación está vinculada al desarrollo normativo que se haga del derecho, que su invocación ante los tribunales no puede hacerse por la vía reservada a los considerados derechos fundamentales en sentido estricto y que, en definitiva, no puede dar lugar a un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

No obstante, no es menos cierto que el precepto constitucional se encuentra en el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, y que, en todo caso, la formulación de un derecho en la norma de mayor relevancia del ordenamiento jurídico debe considerarse por sí misma un indicio de fundamentalidad. Además, el entendimiento de la Constitución española como un todo determina que deba apreciarse que el derecho a la vivienda se vincula directamente con la definición del estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 CE), con el principio de dignidad de la persona y el derecho a su libre desarrollo (artículo 10.1 CE), así como con otros derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar (artículo 18), la libertad de residencia (artículo 19), el derecho a la educación (artículo 27) o el derecho a la salud (artículo 45).

Es por eso que este reconocimiento constitucional, sumado a la vinculación del derecho a la vivienda con otros derechos constitucionales —sean éstos considerados estrictamente “fundamentales”, simplemente constitucionales o principios rectores de la política social y económica—, obliga a interpretarlo de la forma más garantista, particularmente al encontrarse afectados como en el caso que nos ocupa, los derechos de tres menores de edad, por cuya protección deben velar los tribunales según lo establecido en el artículo 158 del Código Civil antes citado.”

⁶⁷ ROJ: STS 4174/2020. La sentencia reitera la doctrina contenida en su anterior resolución de 23 de noviembre de 2017, exigiendo sin embargo, que la ponderación que el juez debe realizar de la medida de entrada en el domicilio para la ejecución de una resolución administrativa de desalojo de los menores, no se refiera a simples aspectos periféricos o formales de comunicación del lanzamiento a los servicios sociales, sino que se extienda al propio fondo de la proporcionalidad de la medida, constatando ex antes de la autorización, la existencia real de una alternativa o solución habitacional conforme a los intereses de los menores. Hay que partir del tipo de procedimiento en que estas resoluciones se dictan: se trata de procedimientos de autorización judicial de entrada en viviendas de propiedad pública para la ejecución de órdenes administrativas de desalojo, ante una ocupación ilegal. El juez interviene por ello no para fiscalizar la legalidad del acto administrativo, sino para la autorización de entrada en el domicilio. De ahí el juicio de proporcionalidad exigido

⁶⁸ “Lo que comprendería el examen de la paralización del desalojo de la vivienda hasta que los hijos menores alcanzaren la mayoría de edad, o si se limitaría esa suspensión ejecutiva a un plazo determinado (medido en semanas, meses o años) con arreglo a otros factores. Y si el menor presentase alguna discapacidad, también tendría que decidirse si la permanencia en el inmueble ocupado sin título sería adecuada a su interés superior hasta que sanase de su discapacidad si resultare médicamente posible, o hasta la fijación de otro plazo distinto. Todo ello según lo que parezca más adecuado al interés del menor en cada caso”.

⁶⁹ Vid. STS 29 de diciembre de 1982: “La jurisprudencia no ha tenido más remedio que reconocer el *efecto expansivo* de los pronunciamientos anulatorios de las sentencias dictadas por los Tribunales de nuestra Jurisdicción, cuando adquieren firmeza, rebasando el estrecho ámbito subjetivo, *inter partes*, marcado en el artículo 1252 del Código Civil, en virtud de la innovación producida por nuestra Ley Procesal de 27 de diciembre de 1956 —sentencias 15 noviembre 1963, 11 diciembre 1972, 24 enero 1974—; esto es, extendiendo las consecuencias

del fallo de anulación no sólo a las partes contendientes en el proceso en que fue dictado, sino a las personas afectadas por el mismo acto o disposición anulado”. El resaltado es, obviamente, nuestro.

⁷⁰ JÁUDENES, J. T.: “Extensión” ultra partem” de la eficacia de la sentencia administrativa en trámite de ejecución”, *Revista de la Administración Pública*, 1986, n° 109, p. 247-254. Más reciente, y con abundante aportación estadística, FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: “Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo”, en *Revista de la Administración Pública*, 2016, n° 200, pp. 11-22.

⁷¹ MARTÍNEZ DE SANTOS, A.: “¿Produce alguna vinculación la STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, fuera del proceso en el que se ha dictado?”, *Diario LA LEY*, n° 9897, de 22 de julio, 2021. Véase, sobre todo, la parte final o de conclusiones: “Lo determinante será que los órganos judiciales sean conocedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre un particular y, a pesar de ello, decida conscientemente no aplicar dicha doctrina constitucional, teniendo en cuenta además que la vinculación se extiende al fallo y a la fundamentación jurídica de las sentencias y demás resoluciones. En otro sentido, indica la doctrina que cuando el Tribunal Constitucional conoce de recursos de amparo dirigidos contra decisiones de los Jueces y Tribunales, limita su función a concretar si se han violado o no derechos fundamentales. La vía de amparo no se configura como una nueva instancia en la que puedan revisarse o alterarse los hechos tenidos como probados por los órganos judiciales, pero como compete al Tribunal Constitucional el restablecimiento de las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer los poderes públicos, estará autorizado a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de la violación y obviamente, en los amparos del art. 44 LOTC podrá realizar una apreciación fáctica de los hechos acaecidos en el proceso, que serán precisamente los relevantes para valorar si se produjo una acción u omisión del órgano judicial vulneradora de un derecho fundamental. Y, en segundo lugar, tampoco compete al Tribunal Constitucional corregir la interpretación y aplicación de las normas legales realizadas por los Jueces y Tribunales en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE, salvo que al hacerlo violaran alguna garantía constitucional”.

⁷² Antes en el tiempo, aunque en el mismo año y no referido en concreto al asunto de la STC, ya daba cuenta de estas dificultades el trabajo de REYNAL QUEROL, N., “La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución prejudicial civil”, en *Indret*, 2/2021.

⁷³ “Y de ahí que el juez no deba ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar el desalojo forzoso (el lanzamiento del orden civil) y, por ello, antes de emitir esa autorización velará por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria. Así deberá tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión, aunque no pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni —mucho menos aun— imponer a la administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Junto a ese pronunciamiento y por último, el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, que modificó el Real Decreto-ley 11/2020, introdujo una suspensión durante el estado de alarma del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en los supuestos de los apartados 2.º, 4.º y 7.º del art. 250.1 LEC (precario y en los que tengan por objeto la recuperación de la posesión del inmueble)”, MARTÍNEZ DE SANTOS, *ib.*

⁷⁴ Concepto ampliamente conocido y estudiado en el universo jurídico anglosajón y comparado. Por todos, Francesco GALGANO: *Atlas de Derecho comparado*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, que nos transmite la idea de que la primera fuente del derecho en el sistema anglosajón entonces es la jurisprudencia a través de la regla del precedente (*rule of precedent*). Las decisiones de las altas Cortes de Justicia se imponen sobre las inferiores siendo vinculantes, mientras que los precedentes del resto de juzgados no cons-

tituyen precedente obligatorio, aunque sí tienen un marcado carácter persuasivo (lo que en nuestro sistema llamaríamos corriente dogmática o jurisprudencial).

⁷⁵ El Estado legislador también será responsable cuando:

— Los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional y ello suponga la desestimación del recurso presentado por el particular frente a una actuación administrativa que le había ocasionado un daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

— Los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al derecho de la Unión Europea y ello suponga la desestimación del recurso presentado por el particular frente a una actuación administrativa que le había ocasionado un daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del derecho de la Unión Europea posteriormente declarada.

En tal sentido, FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, M.: “La responsabilidad del Estado legislador y el artículo 106 de la Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, N° 104, Segundo Cuatrimestre (2018): pp. 221-264.

⁷⁶ Cit, FERNÁNDEZ-FONTECHA, *passim*.

⁷⁷ Quizá sea la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 11 de mayo de 2017, recurso 325/2015, la que, precisamente en su distinción con el error judicial, mejor lo describa: “El título de imputación «anormal funcionamiento de la Administración de Justicia» engloba aquellas anomalías que, no siendo constitutivas de error judicial, y produciendo daño a las partes procesales o a terceros concernidos, se deben a un irregular funcionamiento objetivo —sin que sea necesario dolo o culpa por parte del agente causante— del proceso o en la actividad administrativa que sirve de soporte. En palabras del Tribunal Supremo, cualquier defecto en la actuación de los juzgados o tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. A diferencia de la responsabilidad patrimonial de Estado, donde la responsabilidad surge del funcionamiento normal o anormal de la Administración que provoca un daño antijurídico en relación de causa efecto, en el caso del Estado Juez la responsabilidad tiene su fundamento en el funcionamiento anormal. La anormalidad de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño de las funciones judiciales al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva. El concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado. En el supuesto en el que el título de imputación sea el error judicial dicho trámite no es necesario, ya que este tipo de reclamación tiene una regulación específica. El error judicial consiste en la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible en una resolución que rompe la armonía del orden jurídico o en la decisión que interpreta equivocadamente el orden jurídico, si se trata de una interpretación no sostenible por ningún método interpretativo aceptable en la práctica judicial, mientras que el funcionamiento anormal abarca cualquier defecto en la actuación de los juzgados o tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades. Por otra parte, del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el del error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado, de tal forma que dicho error debe ir precedido de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, ya consista en una sentencia dictada en un recurso de revisión o bien dictada por el Tribunal Supremo en los términos previstos en el apartado 1.b) del artículo 293 de la LOPJ. La existencia de errores patentes en cualquier resolución judicial debe seguir la vía del error judicial, que implica la previa declaración del mismo”.

⁷⁸ Cit., pp. 260 y ss.

⁷⁹ En la introducción de este apartado nos referíamos a la lícita o legítima aplicación de una norma que, objetivamente, causa perjuicios (al propietario que ve frustrado su lanzamiento o a la persona vulnerable que ve frustrada su solución habitacional).

⁸⁰ Detractado, globalmente, de la editorial Sepín.

⁸¹ En el mismo sentido se pronuncia PÉREZ DAUDÍ, para el cual puede constituir un supuesto de responsabilidad del Estado por mal funcionamiento de la Administración de Justicia, PÉREZ DAUDÍ, Vicente, (2022): “El derecho a la vivienda digna y la tutela judicial efectiva en los Tratados Internacionales”, en CERVILLA GARZÓN y ZURITA MARTÍN (dir) *Vivienda y colectivos vulnerables*, Aranzadi, p.348.

⁸² El Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación número 54/2018 frente a España, resume los requisitos para los desalojos puedan ser procedentes conforme al Pacto: “En primer lugar, la limitación ha de estar determinada por la Ley. En segundo lugar, la limitación debe promover el bienestar general en una sociedad democrática. En tercer lugar, la limitación debe ser adecuada al fin legítimo mencionado. En cuarto lugar, la limitación debe ser necesaria, en el sentido de que si existen varias medidas que pueda razonablemente obtener el fin de la limitación, se debe hacer uso de la medida que menos restringe el derecho. Finalmente, los beneficios logrados para promover el bienestar general deben superar los impactos sobre el goce del derecho limitado. Cuando mayor sea el impacto en los derechos protegidos por el Pacto, mayor escrutinio ha de prestársele a la justificación otorgada para tal limitación. La disponibilidad de vivienda alternativa adecuada, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes y si cooperación con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos son también factores cruciales en tal examen. Será también inevitable distinguir entre propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras o cualquier otra entidad. El Estado violará el derecho a la vivienda adecuada si estipula que la persona que ocupa la vivienda sin título legal deba ser desalojada de forma inmediata sea cuales sean las circunstancias bajo las que la orden de desalojo sería ejecutada. Este examen de proporcionalidad de la medida debe ser ejecutado por una autoridad judicial u otra autoridad imparcial e independiente con el poder de ordenar el cese de la violación y de proporcionar un remedio efectivo”, Dictamen del Comité del Protocolo Facultativo del Pacto E/C.12/69/D/54/2018, en virtud de comunicación formulada por Doña Fátima El Ayoubi y Mohamed El Azouan Azouz en su propio nombre y en el de su hijo menor, frente a España, por vulneración del artículo 11 del Pacto.

