

# **LA DIVISION DE LA VIVIENDA FAMILIAR DEJADA EN COPROPIEDAD TRAS LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DE UN MATRIMONIO DIVORCIADO**

**(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo  
de fecha 22 de septiembre de 1988)**

Por EMILIO MURCIA QUINTANA

## **EL SUPUESTO DE AUTOS**

Tras el pronunciamiento del divorcio, se adjudicó, como medida inherente al mismo, el uso de la vivienda familiar, que constante matrimonio era disfrutada como bien ganancial, a la esposa. Realizada la liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudicó, en proindiviso, la propiedad de la vivienda a ambos cónyuges.

En la situación anterior, el marido, excluido del uso de la vivienda, interpuso demanda de Juicio Declarativo Ordinario, sobre división y resolución de copropiedad en la que termina solicitando la estimación de sus pedimentos y la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de San Sebastián, el cual admitió la demanda con todos sus pedimentos, mediante sentencia de 21 de noviembre de 1986. Contra la misma y por la representación de la esposa se interpuso recurso de apelación, tramitándose ante la Audiencia Territorial de Pamplona, que dictó sentencia el 20 de mayo de 1987 con el siguiente fallo: «Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto en estas actuaciones por la representación procesal de la apelante demandada... contra sentencia, dictada en primer grado en los mismos por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián número 1, de fecha 21 de noviembre de 1986, la que debemos revocar y revocamos y en su lugar debemos desestimar y desestimamos la demanda iniciadora del proceso e interpuesta por el demandante... frente a aquélla, sobre división de la “vivienda y ajuar familiar”, adjudicado en proindiviso a los mismos, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y de cuya demanda debemos absolver y absolvemos a la esposa.»

Contra la misma se interpuso recurso de casación por la representación procesal del marido invocando la infracción: 1) artículos 1.320 a 1.410 en relación a los artículos 1.051 a 1.067 del Código Civil, por haber entendido la Audiencia

que la liquidación de la sociedad de gananciales se consumó con la adjudicación en proindiviso de la vivienda familiar a los esposos; 2) infracción del artículo 96.3 por entender la parte recurrente que la protección al más necesitado no puede convertirse en una especie de servidumbre y por un plazo indefinido; 3) artículos 96.4 y 1.320 del Código Civil por haber entendido la sentencia de la Audiencia Territorial que la autorización necesaria para poder disponer de la vivienda conyugal debe correr a cargo del juez que acordó el otorgamiento del uso de la vivienda conyugal en favor de la esposa. El Tribunal Supremo acoge el Recurso de Casación, casando la sentencia de la Audiencia, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Delinea el Tribunal Supremo al analizar el supuesto que se le plantea con este Recurso de Casación, el sistema de protección que el legislador ha establecido respecto a ese elemento esencial, que es la vivienda conyugal, realizándolo de tal modo que viene a colocar a la misma altura la protección que se otorga a la vivienda constante matrimonio con los criterios de atribución del uso de la misma en las patologías matrimoniales.

### a) *La argumentación del Tribunal Supremo*

Contenida en el Tercer Fundamento de Derecho, el Tribunal, para dar acogida al Recurso de Casación, se pronuncia en el siguiente sentido: «Nuestro Derecho ve con disfavor la obligación de permanecer en la indivisión (arts. 400 y 1.051 del Cc.) y, en el pleito, no se discute que la disolución del matrimonio genera la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.392). En consecuencia, no debe favorecerse que la comunidad consorcial se perpetúe después en una comunidad romana por cuotas. La sentencia de instancia basa la desestimación en que el Juez de Familia usó las facultades que el artículo 96 le proporcionaba para proteger el interés más necesitado y atribuyó el uso de la vivienda a la mujer y, por tanto, es precisa su autorización para enajenarla. Tal tesis no puede consolidarse por cuanto siendo cierta la preocupación del legislador por proteger la vivienda familiar y los intereses más necesitados, tal preocupación se traduce en que, constante matrimonio, si el piso es común sólo con el concurso de ambas voluntades se puede transmitir (art. 1.377) y si el piso es privativo puede acudir, a falta de acuerdo, a la autorización judicial (art. 1.320.2); en situación de crisis matrimonial (nulidad, separación o divorcio), llegada la sentencia firme, el artículo 96 establece como criterios: el acuerdo aprobado por el juez; en defecto de acuerdo, la atribución al cónyuge con quien permanezcan los hijos, pero cuando no existe ni acuerdo ni hijos que vivan en compañía de uno de los padres, hay que volver a distinguir entre piso común y piso privativo de uno de los esposos. Respecto al piso común no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo, permite que se adjudique el uso durante tiempo que prudencialmente se fije, al más necesitado. En consecuencia, no siendo el piso privativo, no habiéndose fijado plazo prudente de duración del uso y no

permitiendo nuestro derecho la perpetuación de la indivisión procede dar lugar al recurso por infringir la sentencia recurrida los artículos 400, 1.051, 1.392 y 1.396 del Código Civil.»

Toda la argumentación del Tribunal Supremo, para su mejor comprensión y análisis, puede ser dividida en tres grupos de afirmaciones:

a) Respecto del Juez de Familia: La aseveración del Tribunal viene a decirnos que el Juez de Familia no es el competente para otorgar la autorización de venta del piso cuyo uso se atribuyó en la sentencia de divorcio. El porqué de esta afirmación no aparece claro en la fundamentación jurídica de la sentencia, pero buceando en lo intrincado del razonamiento se encuentra que es debido a que la propiedad del piso es un proindiviso, y este supuesto no ha sido contemplado por el legislador.

b) Respecto de la vivienda constante matrimonio: a) ... Si el piso es común sólo con el concurso de ambas voluntades se puede transmitir (art. 1.377); b) ... si el piso es privativo, puede acudirse, a falta de acuerdo, a la autorización judicial (art. 1.320.2).

c) Respecto a la vivienda en situaciones de crisis: «El artículo 96 establece como criterios: a) el acuerdo aprobado por el juez; b) a falta de acuerdo la atribución al cónyuge con quien queden los hijos; c) si no hay acuerdo ni hijos, hay que diferenciar entre piso común y piso privativo, respecto del común el legislador no establece ninguna restricción del poder de disposición y con relación al privativo permite que se adjudique el uso durante el tiempo que prudencialmente se fije.»

Como puede observarse, dejando por ahora a un lado la afirmación referente al Juez de Familia, existe una falta de sintonía entre los dos grupos que atienen a la vivienda familiar. El primero habla de la necesidad de acuerdo entre los cónyuges para enajenar la vivienda familiar, prescripción que establece el legislador correlativa al deber matrimonial de fijar conjuntamente, los cónyuges, el domicilio conyugal (art. 70). Por tanto, nos encontramos ante una doble protección, se defiende ese acuerdo, y, por otro lado, comporta la preservación de todo un sistema directivo del régimen económico matrimonial (art. 1.375), amén de salvaguardar el importante, a veces único, elemento económico que representa la vivienda en la familia española media.

En el segundo de los grupos, la protección de la norma cambia su centro de intereses, ya no se va a referir al acuerdo o al sistema directivo o a un puro elemento económico, sino que alude directamente a las personas, tanto de los hijos, como de los cónyuges. Esta protección la podemos articular en un triple sentido: a) protección inmediata, atribuyendo la permanencia en el hogar familiar, exconyugal, de uno o varios de los miembros de la familia, respecto de los cuales es predicable la condición de más necesitados. Ello implica que la vivienda sirve a un uso especial, a un destino funcional; b) protección preventiva, enunciada en el párrafo cuarto del artículo 96, que no implica ya una directa protección tanto de la persona atributaria, así como del derecho atribuido mediante la sentencia; c) protección máxima, el legislador ha establecido el supuesto de mayor riesgo, que la vivienda pertenezca a uno solo de los cónyuges, quedando por debajo de esa protección cualquier otra situación.

Es, pues, observable de forma meridiana, la importancia que el legislador otorga a la función tuitiva en su doble consideración. Lo que realiza el Tribunal Supre-

mo es una elección entre la protección establecida por el legislador para las delicadísimas situaciones de ruptura de la *afectio maritalis* seguidas de sentencia judicial y el ajejo espíritu de la comunidad romana por cuotas, inclinándose a través de una sofisticada interpretación por la supremacía de esta última institución, mediante la utilización, sin una explicación, de un criterio literal de interpretación, el cual entiendo que es insuficiente a la hora de interpretar este precepto, dada su defectuosa redacción y las lagunas que presenta.

La desconexión es mucho más clara, centrándonos en el meollo de la decisión judicial, cuando habla de la distinción que tenemos que realizar cuando no existen hijos ni hay acuerdo de las partes y, sobre todo, el razonamiento es incompleto: ¿qué tiene que ver que el legislador no haya dicho nada respecto de la disposición del piso común, con que respecto del privativo se diga que su uso se otorgará prudencialmente en su duración temporal? Es una unión que no encaja perfectamente, de la que entiendo que no puede extraerse la consecuencia que trae el Tribunal Supremo, pues, si bien es cierto, literalmente, que el legislador no habla de titularidades compartidas, no sólo no lo hace a la hora de la disposición, sino que no lo alude nunca, ni siquiera para atribuir la vivienda, con lo que sería imposible que se otorgara a un cónyuge el uso de la misma, e incluso, *obiter dicta*, si en algún supuesto se atribuyese este tipo de vivienda, ¿por qué le iba a afectar la limitación prudencial de tiempo que sólo viene referida a las viviendas de titularidad privativa? A mayor abundamiento, la interpretación realizada, interpretación restrictiva, ha sido ya rechazada por nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia número 135/86, de 31 de octubre, al establecer «que en buena interpretación no puede alterarse unilateralmente la disponibilidad posesoria de la vivienda y que el consentimiento de ambos cónyuges convierte el interés en derecho *ope legis* o, lo que es lo mismo, que los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura».

En otro orden de ideas, la sentencia juega con dos momentos temporales diversos. Está aplicando una normativa destinada a regular una situación dada en un momento concreto, cual es la titularidad a la hora de dictar sentencia de divorcio o separación, para establecer la aplicable a una diferente, como es la creada, tras la liquidación del régimen económico matrimonial, que bien traída hubiese estado si se hubiera extraído el espíritu que encarna, la protección que comporta.

La consecuencia de todo lo anterior, de tener incluido en el artículo 96 también las situaciones de copropiedad, es que lo que debe confirmarse es la tesis mantenida por la Audiencia Territorial, de la necesidad de autorización del juez que dictó el divorcio, en armonía con lo dispuesto en el Real Decreto 1.322/81, de 3 de julio, de creación de determinados Juzgados de Familia, en cuyo artículo 1.2 se dispone: «Los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones, que en materia de Derecho de Familia, le sean atribuidas por las Leyes.» Es importante este último inciso, pues mediante la aplicación de la argumentación que realiza la sentencia del Tribunal Supremo, no sólo entiendo que se vulnera el artículo 96, sino que se puede terminar destruyendo la protección que entraña el artículo 1.320, precepto que tampoco hace referencia a las situaciones de copropiedad, explícita, claro está, pero sí se refiere a la necesidad de autorización

judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, a falta de consenso entre los dos cónyuges. Evidentemente, la protección de las situaciones de copropiedad también se encuentra ahí, y para ellas también es necesaria la autorización judicial, pero no de un órgano judicial cualquiera, sino que a la vista del artículo del Real Decreto citado, es competencia exclusiva de los Juzgados de Familia. Si no lo entendemos en este sentido y aplicásemos, como dijo la argumentación del Tribunal Supremo, cualquier cónyuge en situación de copropiedad, independientemente del régimen económico por el que se regule su matrimonio, podría entablar una acción de división de cosa común.

## LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

Una vez vista la argumentación de la sentencia, procede en mi modesto entender, realizar un somero análisis de las posibles consecuencias a las que en el terreno práctico puede dar lugar la misma. No obstante, un estudio completo de las mismas debe llevarnos primero al estudio del derecho que se atribuye con la designación de uno de los cónyuges como usuario de la vivienda (1), así como la posición de la jurisprudencia.

### a) *Las posiciones doctrinales y la atribución del uso*

Los posicionamientos doctrinales en nuestro país no son pacíficos, pudiéndose diferenciar dos grandes grupos: aquellos que propugnan una naturaleza real y los que, por el contrario, muestran una tendencia a calificarlos como de derecho familiar y en oposición a la calificación de reales.

### 1. Posturas que lo califican como derecho real

Como nota común a esta postura, que tampoco es pacífica en sus calificaciones acerca de qué derecho real se trata, es la de considerarlo como un derecho autónomo, independiente y nuevo, surgido de la necesidad de dotar de un sustento jurídico a la posición del cónyuge que antes habitaba la vivienda, en función del deber de convivencia nacido del matrimonio. La justificación de esta postura se encuentra en que el cónyuge titular del derecho tiene un poder inmediato y absoluto sobre la cosa, con un señorío sobre la misma que es parcial, pues sólo le concede la facultad de aprovechamiento de la misma (2), o, como dice otro autor (3), el título que le otorga la sentencia es: 1) un poder jurídico; 2) recae

---

(1) Me voy a limitar a los supuestos de vivienda en propiedad, para ver el estado de la doctrina en torno a la situación de vivienda en arrendamiento puede consultarse el trabajo de la profesora PILAR BENAVENTE MOREDA, en «ADC», 1988, pp. 850 y ss.

(2) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, «Actualidad Civil», núm. 19, 1986, p. 1333.

(3) ISAC AGUILAR, ANTONIO, *Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y el divorcio: el uso de la vivienda conyugal*, «RCDI», 1986, pp. 1730-31.

directamente sobre una cosa ajena; 3) es inmediato en ella, sin necesidad de intermediarios; 4) es oponible frente a todos.

Fuera de estas notas comunes, en unos más explícitas y que en otros hemos de entenderlas implícitas al calificar de derecho real la atribución, surgen las divergencias a la hora de la calificación, lo que, lógicamente, conlleva diferencias en la estructura y facultades que tiene el titular del derecho. Así encontramos posturas que abogan por un derecho real nuevo, aunque subsumible y análogo al derecho real de habitación (4), los que lo consideran directamente como un derecho de habitación (5), otro autor lo califica de derecho real de uso (6), y, finalmente, hay autores que no terminan de decantarse por una figura determinada (7).

La consecuencia más importante, que ha de ser común a todas las posturas, es la facilidad de defensa del derecho frente a terceros, al tener la posibilidad de una clara inscripción registral, habilitándose de esta manera el medio idóneo para la enervación de la buena fe de un posible adquirente.

Dentro de estas posturas, tanto el profesor O'Callaghan, como el profesor Rams, entiende que la misma situación se produciría si la vivienda se encuentra en un proindiviso, llegando más lejos el segundo autor al entender que «el gravamen real sobre la mitad impediría que el otro condueño pueda solicitar la división» (8).

## 2. Posturas que no defiende la naturaleza real

Dentro de esta postura, amplio cajón de sastre, hemos de establecer subdivisiones, pues no todos comparten la misma calificación.

1. Aquellos que coinciden que estamos ante un derecho de naturaleza familiar, lo que a efectos prácticos se cifra en que el titular del derecho sólo tiene la posesión de la vivienda (9).

(4) O'CALLAGHAN, ISAC AGUILAR, *op. cit.*

(5) LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, «Matrimonio y Divorcio», p. 358: «El derecho... considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la Ley por decisión judicial y en cualquier caso el cónyuge no titular a quien se otorgue el uso de la vivienda tendrá la cualidad de poseedor especial con título legítimo, basado en la decisión judicial emanada en aplicación de este precepto...»

(6) RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, p. 110: «A mi juicio, este derecho real no es atípico... sino un verdadero y propio derecho real de uso...» Es de señalar que este autor diferencia el derecho atribuido según nos encontremos en la atribución en el párrafo primero del artículo 96 o en su párrafo tercero, atribución sin hijos, para el cual lo califica como un *usus domus habitandi causa*, por su carácter de derecho personal, temporal —más bien provisional— y provisionalísimo en la contemplación del concesionario», p. 117 de la misma obra.

(7) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, *Estudios de derecho de familia*, tomo II, vol. I, p. 365: «... cabe que se le transfiera la copropiedad... un usufructo temporal... un usufructo vitalicio... Teóricamente es título apto el derecho de habitación perfilado en los artículos 525 y siguientes del Código Civil... es inapto el comodato de dichos bienes y asimismo el precario».

(8) *Op. cit.*, p. 1334, y *op. cit.*, p. 111.

(9) ROCA TRIAS, ENCARNA, *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, vol. I, p. 612: «... naturaleza estrictamente familiar del derecho en cuestión, que va

2. Postura que no sólo niega la naturaleza de derecho real, sino también la de derecho personal entendiendo que se trata de una mera facultad (10).

3. Autores que no califican tal atribución (11).

La consecuencia última, en aras de protección del titular, es que debido a su no naturaleza real, no cabe su acceso en el Registro de la Propiedad, al impe-

---

ligado a las condiciones económicas de los cónyuges, el cuidado de la prole... existe, pues, una real coposesión, en el sentido de que posee más de una persona la misma cosa, aunque se trate de algo cuya titularidad exclusiva corresponda a uno de los cónyuges. Se trata de una situación no prevista en el artículo 445 del Código Civil, por cuanto se trata de una comunidad familiar básica la que de hecho, ambos cónyuges, poseen tanto el inmueble destinado a vivienda familiar... ello no significa en absoluto la creación de un derecho nuevo (real o de crédito) en favor de los hijos o del cónyuge no titular... lo que ocurre es más simple: se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva por aquel a quien se ha atribuido el derecho a usar la vivienda...». VICENTE DÍAZ, MATILDE, *Actualidad Civil*, núm. 5, 1988: «Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial», p. 270: «El artículo 96 produce un nuevo derecho: no lo es a favor de ninguno de los cónyuges, sino a favor de la familia o de los hijos y, por tanto, en perjuicio de los dos cónyuges, aun cuando uno de ellos pueda aprovecharse de ello... No creo que sea un derecho real y, por tanto, que sea inscribible en perjuicio de tercero... Es un derecho transitorio, temporal y revisable, propio de todo derecho de tutela o protección...» VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO, *Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio*, p. 135: «Probablemente estemos ante una figura atípica de naturaleza familiar que en cierto modo está inspirada en la idea que motivó el artículo 1.320 e incluso podríamos encontrar alguna relación con la propia Constitución.» No obstante, este autor entiende que si debe poder inscribirse en el Registro este derecho de uso, aunque reconoce que la normativa hipotecaria no da unas pautas claras, p. 138; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JUAN L. en la obra colectiva *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, p. 149: «Creo que el derecho de ocupación es, como señalan la mayoría de los autores, un derecho familiar y que se traduce en una posesión de la vivienda familiar por el adjudicatario del uso del hogar familiar y en una limitación: la indisponibilidad de los derechos de un esposo por voluntad unilateral.»

(10) SERRANO ALONSO, EDUARDO, *El hogar y el ajuar de la familia en crisis matrimoniales*, pp. 107-8, «... el cónyuge a quien se concede la ocupación no adquiere sobre la vivienda más derechos que los que pudiera tener antes de la adjudicación, de forma que, si ningún derecho, real o personal, tenía antes de la adjudicación de la ocupación, ésta nada nuevo le atribuye, salvo el continuar utilizando la vivienda. Pero ocupar la vivienda no es un derecho ni de naturaleza personal ni real; ... éste adquiere no un derecho sobre la vivienda, sino la simple facultad de ocuparla durante el tiempo y en las condiciones que por el Convenio con el otro cónyuge o por la resolución judicial se le hubiesen establecido».

(11) SANTOS BRIZ, JAIME, *El hogar y el ajuar...* p. 252: «Si la vivienda es atribuida en uso al cónyuge no titular de ella, se tratará o constituirá un título judicial de uso, que no puede asimilarse a los títulos jurídicos preexistentes o reconocidos en las leyes.» GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, 2.ª ed., p. 410: «... la sentencia judicial perfecciona un contrato forzoso y atípico cuya naturaleza y efectos se hallan estrechamente vinculados a los hechos que le han dado origen. Si la vivienda es propiedad del otro cónyuge, el juez podrá decretar un especialísimo contrato de arrendamiento no sujeto al régimen especial arrendaticio, o constituir un derecho real de habitación condicionado en su duración... o crear un derecho de uso gratuito con minuciosa reglamentación de su duración y régimen jurídico». CAMY CAÑETE, BUENAVENTURA, *Protección legal de la vivienda familiar*, «RCDI», 1988, p. 1609: «El legislador, al utilizar el término "uso", no lo hace en el sentido de denominación de un derecho, y menos del derecho real de uso que, al referirse sólo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a las fincas

dirlo el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, por lo que su defensa habrá de cifrarse, en todo caso, por las vías posesorias, o bien ejercitando la acción de anulabilidad.

Respecto del problema de la cotitularidad, en esta corriente doctrinal la profesora Roca Trías entiende que se habrán de aplicar iguales normas (12).

b) *La posición de la jurisprudencia*

La jurisprudencia de las Audiencias ha sido escasa a la hora de tratar en profundidad el problema de la vivienda en las crisis matrimoniales, y, dentro de esa tónica, aún se ha estudiado menos el derecho que se atribuye al adjudicar el uso a uno de los cónyuges. Con lo que reseñaré algunas de las pocas sentencias que se han ocupado de la cuestión.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat, número 1, de 29 de febrero de 1984: «... siendo indiferente el título en virtud del cual se posea el inmueble, dominio, usufructo, arrendamiento, etc., ya que lo que se asigna es el uso, permaneciendo inmutable la titularidad con sus cargas, derechos y obligaciones... se trata de otorgar una posesión judicial que constituya título especial derivado de lo dispuesto en el artículo 96».

Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 24 de febrero de 1983: «... a) si la vivienda se atribuye al demandante en pago de su haber, devendría este propietario de la misma con el gravamen del derecho posesorio atribuido a su exesposa...».

Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 3 de abril de 1987: «... tal atribución no puede afectar a los derechos dominicales de la propietaria del piso, afección que se impone en la sentencia... sus derechos dominicales no pueden verse afectados, ya que una cosa es el derecho personal de uso de la vivienda familiar al cónyuge e hijos del artículo 96, y otra muy distinta el derecho real de uso del artículo 523 del Código Civil o las prohibiciones de disponer del artículo 26 de la Ley Hipotecaria...».

c) *Las consecuencias de la sentencia*

Si aceptamos la premisa a la que llega la sentencia, es decir, la posibilidad de la división de la casa cuya titularidad es un proindiviso, una cuestión nos surge rápidamente en el pensamiento: ¿en qué situación queda la persona atributaria del derecho concedido por la sentencia de divorcio?, ¿qué sucede con el meritado derecho de usar la vivienda? Las posibilidades respecto del derecho atribuidos son dos y bien simples: o bien permanece, o bien debe desaparecer. Parece evidente que con el fallo del Tribunal Supremo, este derecho debe permanecer,

---

rústicas y, a lo sumo y en raros supuestos, a los edificios y empresas industriales... Con esa genérica referencia se ha tratado de conseguir que el cónyuge conserve, o al que se le atribuya, "la facultad de usar", la tenga en todo caso y en todas las situaciones posibles, siempre en atención a cuál sea el derecho que tenga sobre la vivienda el cónyuge titular de ella, que va a ser privado de aquella facultad de uso...»

(12) *Op. cit.*

pues el Alto Tribunal no se pronuncia sobre ello, cuestión harto lógica, pues de haberlo hecho hubiese caído la sentencia en el defecto de la incongruencia, ya que no se le había solicitado que se pronunciara sobre ese respecto, y, en segundo lugar, el Tribunal, en el supuesto de que le hubiese solicitado, hubiera tenido que declararse incompetente por razón de la materia. Vista de esta forma la cuestión, de una manera de pura técnica jurídica, la solución es excesivamente clara, y realmente no se resolvería el problema que se planteará en la práctica con la ejecución de la sentencia: ¿será oponible al adquirente del inmueble el derecho conferido en la sentencia de divorcio? Este adquirente en el plano de las posibilidades pueden serlo tres personas: la propia mujer, atributaria del derecho de usar la vivienda, el marido, instante de la acción de división, y un tercero.

En el primero de los supuestos, el problema no se plantearía, pues en la esposa se confundirían las facultades de uso y disfrute y el título dominical sobre el total de la vivienda; en el segundo, el problema tampoco surgiría, pues si el marido adquiere la vivienda, frente a él sí operaría el derecho atribuido en la sentencia de divorcio, pues a él es a quien se excluyó del uso de la vivienda; el problema surge cuando el adquirente de la vivienda sea un tercero que por supuesto no se encuentra afectado por el pronunciamiento de la sentencia de divorcio.

Si la esposa pidió la inscripción de la sentencia de divorcio en el Registro de la Propiedad, ex Disposición Adicional 9.ª de la Ley 30/81, de 7 de julio, el problema de su oposición a este tercero no se plantea, ya que en las bases de la subasta aparecería que la vivienda tiene una carga, teniendo que estar y pasar el adquirente por la publicidad del Registro.

La anterior solución, si atendemos a las posturas doctrinales, sólo sería válida si seguimos la calificación del derecho real, pues la postura contraria, por lo dicho anteriormente, tendría vetada su entrada en el Registro. Pero, ¿varía la solución, de calificarlo de una forma u otra, en este supuesto y en estas circunstancias? Realmente no, pues la venta no se produce a espaldas del titular del derecho, ni mucho menos en fraude sus intereses, sino que se va a producir en un proceso en el que ha sido parte y sus posturas no han sido aceptadas por el Tribunal.

Problema real lo habrá, pues, si la sentencia de divorcio no se inscribió en el Registro de la Propiedad. Una solución eminentemente práctica, sería que antes que se solicitase del Registro certificación para las bases de la subasta pública, se requiriese del Juzgado que conoció del divorcio que se inscribiera en el Registro la sentencia de divorcio, por lo que al quedar manifestado el derecho atribuido, el tercero tendría que pasar por él. (Posible esto, se plantearía en el supuesto de adquisición de la vivienda por el tercero otro problema que voy a dejar simplemente enunciado: ¿tendría alguna posibilidad el adquirente de ver libre su propiedad antes de la muerte del atributario?; teniendo en cuenta que él no se encuentra legitimado para solicitar la modificación de las medidas del divorcio, ¿tiene a su alcance algún medio para conseguir, una vez que se vean alteradas las circunstancias que provocaron la atribución, que el no atributario inste la modificación de las medidas?)

Analizado lo anterior, hemos de ver el problema teniendo en cuenta que no se produzca la inscripción en el Registro de la Propiedad. ¿Que situación se nos plantea? El derecho de uso atribuido en la sentencia, si bien es independiente

de la titularidad que recaiga sobre la vivienda, sí necesita apoyarse en él para poder ser mantenido con posterioridad. La sentencia que analizamos, al dar la posibilidad de la pública subasta, ha puesto las bases para que el título sobre el que se sentaba ese derecho de uso desaparezca, con lo que difícilmente podría el titular del derecho de uso oponerse a una acción de desahucio por precario, burlándose en ese sentido la especial función protectora del artículo 96, en los órdenes anteriormente enunciados. Por otro lado, es de señalar que, mediante el ejercicio de una acción completamente diversa, mediante un procedimiento diferente en su totalidad y amparado en una sentencia de un tribunal superior, se ve vulnerada la cosa juzgada, amén de producirse por la vía de hecho una modificación de las medidas reguladoras de la nueva situación de los cónyuges, por un procedimiento no establecido al efecto.

Parece, pues, conveniente la necesidad de buscar una solución para el desamparo que se produciría, y ésta no es otra que la de considerar la atribución de la vivienda como un pago *in natura* de la pensión por desequilibrio económico, con lo que debido a este carácter y, aun en el supuesto de no haberse declarado explícitamente la existencia de la pensión en la sentencia, se podría solicitar del Juez de Familia una modificación de las medidas adoptadas en la sentencia sustituyendo ese pago *in natura*, bien por un pago en metálico que fuera suficiente para conseguir otra vivienda o bien el abono del alquiler de una vivienda.

¿Es ésta la única solución o acaso dentro del procedimiento se hubieran encontrado otros factores que posibilitan una solución más equitativa? En este aspecto puede traerse a colación la tesis mantenida por el *Tribunale di Roma*, en su sentencia de 4 de abril de 1985, la cual, no en un supuesto contencioso, sino en una separación homologada, donde se cedió el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, quedando la titularidad en situación de indivisión, niega la viabilidad de la acción de división por entender que en aquel acuerdo existía un pacto tácito de no pedir, y considera que la demanda va dirigida indirectamente en la hipótesis de división *in natura* a alterar, reducir o perjudicar *il diritto di godimento* del usuario.

¿Son trasladables los argumentos? Entiendo que, efectivamente, lo son. En la liquidación de la sociedad legal de gananciales, cualquiera de los cónyuges tiene la posibilidad, en virtud de la remisión que hace el artículo 1.410 del Código Civil, de solicitar la venta en pública subasta de los bienes, cosa que ninguno de ellos solicitó, conformándose con el surgimiento de una comunidad romana, y es ahí donde puede verse ese pacto tácito de no pedir que aparece en la tesis italiana, pues si no, ¿por qué no solicitó la venta en pública subasta, si no quería la indivisión? No obstante, esta solución únicamente vendría a resolver parte del problema, la situación de la mujer. Habrá de atenderse también a los derechos del otro excónyuge, subsanando de esta forma, igualmente, el defecto de la sentencia de divorcio al no fijar un plazo para el uso de la vivienda, como debería haber hecho en virtud del artículo 96.3 del Código Civil. Así, ese pacto de no pedir se limitaría al plazo de indivisión que permite el artículo 400.2 del Código Civil, es decir, diez años, tras los cuales se procedería a la venta del bien.