

PEDRO CHAPARRO MATAMOROS: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, 519 páginas.



El libro cuya recensión ocupa estas páginas es fruto de la tesis doctoral que tuve el placer de dirigir a Pedro Chaparro Matamoros, hoy Profesor Ayudante Dr. del Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València.

Dicha obra constituye un concienzudo estudio doctrinal de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España, que se ve enriquecido, en la práctica, con el análisis de más de un millar de resoluciones judiciales, procedentes no sólo de España, sino también de Italia y de Portugal, países en los que el autor completó su trabajo durante el desarrollo de sendas estancias de investigación en las Universidades de Salerno y de Catania (Italia), y en la Universidad de Coimbra (Portugal).

La elección de dicho tema como cauce para el desarrollo de su tesis doctoral obedeció a razones de índole práctico, observadas tras un estudio de la capacidad económica de la familia una vez se producía la ruptura de la convivencia en común por parte de sus miembros. Así, el autor de la obra observó que, de un tiempo a esta parte, y como consecuencia de la crisis económica cuyas consecuencias se dejaron sentir en todo el mundo (y, especialmente, en España), el actual art. 96 CC resultaba manifiestamente incapaz para regular la totalidad de situaciones que pueden producirse en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por un lado, dicho precepto resulta insuficiente porque está pensado para el caso de concederse una custodia monoparental de los hijos menores de edad, por lo que carece de eficacia para regular los casos en que se conceden custodias compartidas. Además, en los casos de concesión de una custodia monoparental, la norma también se ha revelado insuficiente, si se tiene en cuenta el excesivo coste financiero que supone para el cónyuge titular de la vivienda que queda despojado de su uso, el cual tiene que hacer frente a numerosos gastos; entre ellos, las eventuales pensiones de alimentos y compensatoria que deba satisfacer, el arrendamiento de una nueva vivienda o el pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda familiar, gastos a los que debe hacer frente, posiblemente, en una situación de precariedad laboral y económica, lo que complica sobremanera la satisfacción de todos ellos.

La importancia del tema ha llamado, como no podía ser de otra manera, la atención de la doctrina, existiendo obras recientes que ponen de manifiesto el interés de la materia, como son, entre otras, las dirigidas por los profs. Lasarte Álvarez y Cervilla Garzón (*Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018); la dirigida por el prof. Cerdeira Bravo de Mansilla (*Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, 2017), o la monografía de la prof. Ordás Alonso (*La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Bosch, 2018).

Entrando ya de lleno en el análisis de la obra reseñada, cabe decir que la misma se compone de ocho capítulos. El capítulo primero consiste en una introducción a los conceptos que se irán desarrollando a lo largo de la obra, advirtiendo al lector, antes de nada, de la situación económico-social que justifica la realización de una

reflexión crítica de la utilidad del art. 96 CC, el cual, como hemos avanzado ya, no ofrece soluciones para regular la totalidad de situaciones que se pueden producir tras la crisis familiar:

Junto a lo anterior, el autor también realiza en el capítulo primero una observación a la clásica importancia del concepto de vivienda familiar en la materia. Desde esta perspectiva, propone una reinterpretación del mismo que abogue por la justicia material, manifestando la necesidad de ponderar todos los intereses en juego, y no sólo el interés superior del menor a seguir residiendo en la misma. Así, parece ilógico atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que posee otras viviendas que garanticen adecuadamente la necesidad habitativa de los menores, y privar del uso de aquélla al cónyuge titular de la misma. De esta circunstancia vienen dando cumplida cuenta algunas legislaciones autonómicas, como por ejemplo el art. 233-20.4 CCCat. o el art. 12.3 de la Ley vasca núm. 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

Una última cuestión destacable del capítulo primero es la reflexión crítica acerca del concepto de “interés superior del menor”. Tradicionalmente, tanto doctrina como jurisprudencia han entendido que se ofrece mejor cobertura a dicho interés superior del menor si los hijos menores de edad continúan residiendo en la vivienda familiar, con exclusión de la valoración de cualquier otra circunstancia concurrente en el supuesto. En este sentido, el mantenimiento a toda costa del menor en su entorno habitual puede ocasionar perjuicios desmedidos al progenitor titular de la vivienda familiar, algo que se puede paliar con la atribución de otra vivienda de que disponga la familia, a pesar de suponer ésta un cambio de entorno del menor. Y es que la presunción de que el cambio de vivienda es perjudicial para los menores no puede sostenerse en diversas ocasiones: piénsese, por ejemplo, en el caso de que el hijo sea todavía un bebé, en cuyo caso no tiene aún conciencia del entorno espacio-temporal que le rodea; o que la vivienda alternativa en la que pudiera residir estuviera en una finca contigua o muy próxima a la de la vivienda familiar:

El capítulo segundo de la obra es un capítulo transversal y necesario para una mejor comprensión de los diversos problemas que se plantean a lo largo de la misma. Se trata de un estudio de carácter exhaustivo del derecho de uso de la vivienda familiar. Así, en un primer momento, el autor analiza su naturaleza, concluyendo que la misma no es inamovible, sino que, según los casos, y atendiendo al derecho del que dimana dicho derecho de uso, puede configurarse como un derecho real o personal. Sea como fuere, de lo que no cabe duda es de que se trata de un derecho susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, oponible a terceros. Así lo han entendido tanto la doctrina, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Incluso, la posibilidad de inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar en el Registro de

la Propiedad ha sido contemplada legalmente (art. 233-22 CCCat.), y está prevista también en la redacción del nuevo art. 96.8 CC dada por el "Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia".

Otra cuestión relevante que se plantea en este capítulo segundo de la obra es la relativa a la eventual adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario. La cuestión que se plantea aquí consiste en determinar si la atribución del uso de la vivienda familiar arrendada al cónyuge no arrendatario consiste en una mera cesión del uso de la vivienda, o si, por el contrario, existe una auténtica subrogación en el contrato de arrendamiento. La cuestión, ya planteada a la luz de la LAU 1964, no fue resuelta en su día por la LAU 1994. Sin embargo, en la actualidad, la nueva redacción del art. 15.1 L.A.U., dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, ha aclarado en parte la cuestión, si bien deja algún cabo todavía sin atar. Así, dicho precepto contempla la subrogación en el contrato de arrendamiento del cónyuge "a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento". Esta situación viene a salvar, desde luego, la posibilidad de no renovación del contrato por el cónyuge titular del arrendamiento no usuario de la vivienda.

En cualquier caso, y a pesar de lo deseable de la aclaración, la reforma del precepto no se puede calificar sin reparos de satisfactoria, pues no contempla el supuesto de que la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga por un periodo inferior al periodo que resta para la finalización del contrato de arrendamiento, en cuyo caso, y como afirma el autor, habrá de concluirse, de una lectura *a sensu contrario* del precepto, que en dicho supuesto únicamente tendrá lugar una mera cesión del uso de la vivienda arrendada, y no, en cambio, una subrogación contractual.

En otro orden de ideas, el capítulo segundo de la obra contiene asimismo una referencia a un fenómeno que ha proliferado en la actualidad, habida cuenta la escasez de medios de los jóvenes para independizarse. Nos estamos refiriendo a la cesión por parte de los padres del uso de una vivienda a su hijo para que conviva en ella junto a su cónyuge e hijos (nietos, a su vez, de los cedentes). La cuestión nunca ha estado exenta de problemas y de interpretaciones dispares, prevaleciendo principalmente dos, a saber: entender que se trata de un contrato de comodato, o de un precario, siendo, desde luego, sus consecuencias muy distintas. En cualquier caso, la lógica jurídica ha acabado imponiéndose, y el Tribunal Supremo mantiene desde la STS núm. 910/2008, de 2 de octubre, si bien con alguna excepción, que "La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista".

Para concluir con el capítulo segundo, resta realizar una referencia a la cuestión de la temporalidad del derecho de uso de la vivienda familiar, en relación con la cual existen dos posiciones mayoritarias y, a la vez, contrapuestas; de una parte, entender que el derecho de uso se extiende hasta la mayoría de edad del último de los hijos; la segunda, por su parte, entiende que la mera mayoría de edad no es óbice para que pueda prolongarse dicho derecho de uso si sigue existiendo dependencia económica de los hijos respecto de los padres, siempre y cuando dicha dependencia no sea imputable al descuido y a la desidia de los hijos en su propia formación y/o búsqueda de empleo. En esta línea se pronuncian dos de los textos legislativos más recientes en la materia, como son el art. 12.5.II de la citada ley vasca de relaciones familiares y el art. 96.3.I CC redactado por el Anteproyecto.

Para el autor, la segunda postura es más acertada, lo que fundamenta de una manera impecable, tanto desde un punto de vista jurídico, como fáctico. Desde esta última perspectiva, el autor hace referencia a la tardía independencia de los jóvenes, lo que se traduce en que, hoy en día, la necesidad de vivienda no desaparezca con la adquisición de la mayoría de edad; al contrario, la situación de dependencia económica se suele prolongar durante varios años más, en los cuales los hijos finalizan su formación universitaria o profesional. Todo ello, desde luego, por contraposición a los estándares sociales de unas décadas atrás, tiempo caracterizado por una pronta incorporación al trabajo, lo que otorgaba la posibilidad de obtener la independencia económica respecto de los padres a unas edades más tempranas.

El siguiente capítulo de la obra es el capítulo tercero, dedicado a una aproximación a los Derechos italiano y portugués sobre la materia. Así, el autor compara la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en España con Italia y Portugal, estableciendo las semejanzas y diferencias de la materia con los referidos países.

En concreto, en relación con Italia, no existen grandes diferencias en el régimen jurídico de atribución del uso de la vivienda familiar. Éstas, básicamente, se sustancian en dos: a) por una parte, las soluciones que ofrece el Derecho italiano resultan de mayor pobreza y rigidez que las que ofrece el Derecho patrio, y ello, como consecuencia de la ausencia en el país transalpino de legislación autonómica en materia de relaciones familiares; b) por otra parte, en Italia no existe una disposición similar al art. 96.III CC, de forma que no se protege al cónyuge no titular cuyo interés fuera el más necesitado de protección, habiendo entendido la doctrina mayoritaria que la atribución del uso de la vivienda familiar sólo puede obedecer a intereses de tutela de los hijos.

Por lo que respecta a Portugal, sí que existen diferencias más claras respecto al régimen jurídico de atribución del uso de la vivienda familiar en España. Así, el art. 1793.I CCP faculta al juez a atribuir la casa en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a requerimiento de éste, y con independencia del título de propiedad

de la misma, teniendo en cuenta las necesidades de ambos y los intereses de los hijos. Este precepto (art. 1793.I CCP) debe ponerse en relación con el art. 1105.I CCP, el cual permite la sucesión en el contrato de arrendamiento del cónyuge, originariamente no parte del mismo, que haya reclamado para sí la atribución del uso de la vivienda después de la crisis familiar:

Otra diferencia considerable respecto a España, como acertadamente pone de manifiesto el autor, es que el art. 1793 CCP no supedita la atribución del uso de la vivienda familiar a la custodia de los hijos menores de edad, si bien, desde luego que este elemento será especialmente considerado por el juez a la hora de tomar su decisión, por lo que desde el punto de vista práctico la solución que se alcance será, en la mayoría de los casos, coincidente con la prevista en el art. 96.I CC.

Corresponde ahora abordar el capítulo cuarto de la obra, el cual hace referencia al fenómeno de las uniones de hecho, cuya consolidación en la sociedad como una forma de convivencia alternativa al matrimonio exige ofrecer soluciones a la atribución del uso de la vivienda familiar en estos supuestos. En general, se ha de partir, como magníficamente hace el autor, de la premisa de que no le es aplicable a la unión de hecho, en conjunto y en su totalidad, el régimen jurídico (derechos y obligaciones) derivado del matrimonio, sin perjuicio de que sí pueda resultar, en algún aspecto concreto, aplicable alguna norma, que no exija necesariamente el vínculo matrimonial previo, por atender a otros intereses superiores. Ello es lo que ocurre con el art. 96.I CC, que resulta aplicable a las uniones de hecho debido a la no discriminación de la filiación por razón de nacimiento que impone el art. 14 CE; es decir, no se aplica por la semejanza que podría existir entre la ruptura matrimonial y la extramatrimonial, sino por la necesidad de protección de los hijos, que en ambos casos debe ser idéntica.

Sin embargo, lo que no cabe en esta sede es realizar una aplicación analógica del art. 96.III CC, el cual, en ausencia de hijos, permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En este supuesto, habrá que acudir, bien a los posibles pactos que hayan celebrado los miembros de la unión (algo infrecuente en la práctica, por no querer regular estas parejas jurídicamente su relación, como lo demuestra el hecho de no contraer matrimonio); y, subsidiariamente, a lo que decidan los tribunales, quienes, a este respecto, en ocasiones han determinado que los convivientes habían pactado, de forma tácita, la constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda en la que tuvo lugar la convivencia, al objeto de proteger al conviviente no titular, desde un punto de vista registral, de la misma.

Los siguientes capítulos de la obra pretenden servir de guía al intérprete y a los aplicadores prácticos del Derecho, ofreciendo una serie de criterios alternativos de

atribución del uso de la vivienda familiar y remarcando, en cada caso, el contexto en el que pueden ser más útiles y los posibles inconvenientes de los mismos.

De esta forma, en el capítulo quinto de la obra el autor analiza la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos en que se concede una custodia compartida. Entre las diferentes soluciones posibles, en la jurisprudencia y en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares se han usado principalmente dos: el uso alterno de la vivienda familiar y la atribución de ésta al cónyuge más necesitado de protección. Respecto al uso alterno, se trata de una medida que no convence al autor; pues, al margen de la dificultad para gestionar conjuntamente los avatares de la vivienda, se trata de una solución que puede resultar excesivamente onerosa para los progenitores, quienes, durante el periodo en que no habiten en la vivienda familiar, deberán procurarse otra; lo lógico será que lo hagan en concepto de arrendamiento, salvo que prefieran volver, si ello es posible, a casa de sus padres.

Mejor opinión le merece al autor la otra posibilidad referida, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tenga más necesidad de ella. Desde luego, no se producirían conflictos entre los progenitores como consecuencia de compartir un mismo espacio en periodos distintos, y solamente uno de ellos tendría que afrontar el gasto consistente en el arrendamiento de una nueva vivienda, lo que generaría un ahorro en el total de la economía familiar que permitiría satisfacer mejor otros gastos (como, por ejemplo, el propio alquiler de otra vivienda, al que podría colaborar el cónyuge usuario de la vivienda familiar mediante la fórmula de la compensación).

En otro orden de ideas, y en caso de ser prescindible el uso de la vivienda familiar por tener ambos cónyuges ya cubierta la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, el juez podría no atribuir el uso de la vivienda familiar, una solución que se presenta como especialmente idónea al objeto de una mayor celeridad en la liquidación de la sociedad de gananciales.

A continuación, en el capítulo sexto de la obra se analiza la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia monoparental. Como expuse al principio de esta recensión, una de las ideas de las que parte el autor es que el art. 96.I CC no sólo se ha revelado insuficiente para regular los supuestos de custodia compartida, sino también, desde el punto de vista de la justicia material, los supuestos de custodia monoparental, por el excesivo gravamen que supone, para el cónyuge propietario o copropietario de la vivienda, la pérdida del uso y las limitaciones a su facultad de disposición de la misma.

Desde esta perspectiva, en las legislaciones autonómicas sobre relaciones familiares y en la jurisprudencia se han ido contemplando soluciones alternativas al rigor inmovilista del art. 96.I CC. Así, en primer lugar, se ha optado por consagrar

en algunas normas autonómicas una solución que en ciertos casos había aplicado la jurisprudencia menor, y que había sido criticada por algún autor por ir contra el espíritu del precepto, esto es: la limitación temporal del uso de la vivienda familiar. Por otra parte, existen también algunas medidas correctoras del tenor literal del art. 96.I CC que van, si cabe, un poco más allá, al abogar, en ciertas circunstancias, por la atribución del uso de viviendas distintas a la familiar. Ello debería valorarse seriamente si la vivienda familiar había sido cedida en precario por los suegros del cónyuge custodio, ante la posibilidad de que éstos interpongan un juicio de desahucio por precario que pudiera suponer el desahucio de los menores y, en consecuencia, que no pudieran tener garantizada su necesidad de vivienda. Esta solución tendría cabida dentro de la dicción de los arts. 233-20.6 del CCCat. y 12.6 de la Ley vasca de relaciones familiares. De la misma manera, nada debiera obstar, a juicio del autor, para la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio cuando el cónyuge custodio disponga de medios suficientes para garantizar de forma satisfactoria la necesidad de vivienda propia y de sus hijos, una solución a que, igualmente, se refieren, bien expresamente, bien de forma más genérica, los textos de las distintas leyes autonómicas de relaciones familiares. También se encuentra contemplada en la redacción del nuevo art. 96.2.II CC dada por el Anteproyecto.

En el capítulo séptimo de la obra se hace referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente dependientes. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos económicamente independientes, el autor parte de la discutible interpretación del art. 96.III CC llevada a cabo por los tribunales, los cuales, al objeto de proteger a la mujer de edad avanzada con dificultades para reintegrarse en el mundo laboral y procurarse su propia subsistencia, realizaban una aplicación “laxa” de la temporalidad consagrada en el precepto, estableciendo periodos de uso de la vivienda familiar dilatados, e, incluso, en algunas ocasiones indefinidos. A ello contribuía, sin duda, la falta de un plazo concreto de uso, que pudiera cercenar el arbitrio judicial. En este sentido, parece más acertado optar por una limitación temporal concreta, como así ocurre en la redacción del nuevo art. 96.3.II CC dada por el Anteproyecto, que prevé un plazo de uso de la vivienda familiar de dos años. Expirado dicho plazo, deberá comprobarse si permanece la situación de necesidad; de verificarse la persistencia de la necesidad, parece razonable (como prevé el referido texto) prorrogar el plazo de uso, siempre y cuando quede acreditado que el cónyuge necesitado haya realizado esfuerzos para superar tal situación, algo que, en muchos casos, resultará difícil de probar.

Para concluir, el capítulo octavo de la obra aborda cuestiones singulares que requieren, por su complejidad, de un tratamiento diferenciado, a saber: la atribución del uso de la vivienda familiar a hijos mayores de edad con discapacidad, y la posible atribución del uso de la vivienda familiar a otros parientes por razón de haberle sido atribuida, a éstos, la custodia de los hijos menores. Respecto del primero de

los casos, el autor entiende que no se puede equiparar el estatus del hijo mayor de edad con discapacidad (ya se encuentre ésta reconocida judicialmente, o no), al de la minoría de edad; básicamente, porque si la discapacidad no es reversible, el propietario de la vivienda familiar vería seriamente menoscabada su facultad de uso como consecuencia de la imposibilidad de usar la misma por un tiempo ciertamente prolongado. Ello no es óbice, sin embargo, para reconocer una mayor necesidad de asistencia al hijo mayor de edad con discapacidad que al hijo mayor de edad que no se ve afectado por ninguna discapacidad: para ello, habrá que atender a las circunstancias del caso concreto.

Por último, y respecto de la segunda cuestión que se aborda en este capítulo final, el autor considera que la atribución del uso de la vivienda familiar a los parientes a quienes se hubiese atribuido la custodia de los hijos menores, puede ser una solución a considerar si la vivienda de aquéllos no fuera apta para satisfacer las necesidades habitativas de éstos.

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