

# REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE A TERCEROS (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)

ESTHER ALGARRA PRATS  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Alicante

*SUMARIO: I. INTRODUCCION. 1. Antecedentes de hecho y Fundamentos Jurídicos de la Sentencia. 2. La elección del tema objeto del presente comentario. II. LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE A TERCEROS. 1. Situaciones de estabilidad matrimonial y situaciones de crisis matrimonial. 2. La menor protección en situaciones de estabilidad matrimonial y sus críticas. A) El interés familiar protegido. B) El tercero de buena fe. C) La naturaleza del uso de la vivienda familiar. D) La (no) presunción de vivienda familiar. E) El embargo de la vivienda familiar. F) Vivienda familiar y patrimonio de su titular III. POSIBLES SOLUCIONES PARA UNA MAYOR PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL.*

## I. INTRODUCCION

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2002, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por la recurrente por indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta especialmente interesante no tanto por las consideraciones del Tribunal respecto a estas cuestiones constitucionales (por supuesto, sin desmerecer su importancia), sino por las reflexiones acerca de diversos temas que suscitan los hechos que originan este recurso y, al hilo de los mismos, por los cambios legislativos que se han producido en el ámbito de la legislación hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es por ello que parece conveniente comenzar con una exposición

de los antecedentes de hecho y de los fundamentos jurídicos de esta Sentencia, para después centrar el tema del presente comentario y justificar (o, al menos, explicar) las razones de su elección.

### *1. Antecedentes de hecho y Fundamentos Jurídicos de la Sentencia*

Doña Josefa A.M. interpone recurso de amparo por indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contra la diligencia de embargo de 30 de junio de 1995, acordada por el Juez de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, en el juicio de menor cuantía seguido contra Don Antonio B.O., contra el auto de 17 de junio de 1997, del Juez de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, que inadmitió la demanda de tercería de dominio, y contra el auto de 23 de noviembre de 1998, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que desestimó la apelación contra el anterior auto.

Doña Josefa A.M. y Don Antonio B.O. contrajeron matrimonio en 1980, de cuya unión nacieron dos hijos. El 14 de marzo de 1994, el Juez de Primera Instancia nº 4 de Ibiza acordó diversas medidas provisionales en el proceso de separación, entre las cuales se asigna el uso de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos. Por sentencia de 22 de mayo de 1995, el mismo Juez declaró la separación matrimonial de los cónyuges, acordando como medida definitiva, entre otras, la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos.

En el mismo Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza se seguía un juicio de menor cuantía a instancia de A., S.A. contra Don Antonio B.O., en el que con fecha 18 de abril de 1995, se decretó el embargo de la vivienda familiar, que consta en el Registro de la Propiedad como bien ganancial a nombre de ambos cónyuges. El 23 de mayo de 1997, Doña Josefa A.M. interpone una tercería de dominio contra A., S.A. y contra Don Antonio B.O., solicitando que se declarase que la mitad de la finca embargada era de su propiedad, al estar ya disuelta la sociedad de gananciales, y que se ordenase el alzamiento del embargo trabado sobre dicha parte indivisa.

Para evitar confusión en la exposición de los hechos y hacerla tediosa al lector, voy a separar, por un lado, todo lo relativo al juicio de menor cuantía y, por otro, todo lo relacionado con la tercería de dominio, aunque, obviamente, ambas cuestiones están relacionadas en la interposición del recurso de amparo y en la base fáctica del mismo (1).

---

(1) Así procede también el Tribunal Constitucional en su fundamentación jurídica.

Respecto al juicio de menor cuantía, en el que se decretó el embargo de la vivienda familiar, Doña Josefa A.M. alegaba que no había tenido conocimiento del embargo, ya que nunca le fue notificado. Sin embargo, del examen de las actuaciones de dicho juicio, el Tribunal Constitucional destaca los siguientes hechos relevantes: el 29 de mayo de 1995, la parte actora solicita que se notifique el embargo a la esposa del demandado y el 30 de junio de 1995 se practica la anterior notificación a través de la secretaría de un hospital en la que no se identifica a quien se entrega copia de la resolución. El 9 de mayo de 1997, Doña Josefa A.M. pide que se la tenga por personada en el juicio de menor cuantía relativo al embargo y que se entiendan con ella las sucesivas diligencias que se practiquen, lo que así se admite por providencia de 12 de mayo de 1997. A partir de ese momento, en su calidad de parte, se le notificaron diversas diligencias y resoluciones (fechas señaladas para la celebración de la subasta respecto al juicio del embargo de la vivienda, cesión del crédito reclamado, adjudicación de la finca subastada), de las cuales sólo recurrió el señalamiento de la subasta, alegando que procedía la suspensión por haber interpuesto la tercería de dominio, lo que fue desestimado.

Antes de interponer la tercería de dominio, conviene destacar dos actuaciones de Doña Josefa A.M., con resultado infructuoso para la misma: el 18 de octubre de 1996, la letrada que ahora la defendía interesó del Juez que conoció de la separación testimonio de los correspondientes autos, lo que le fue denegado el 20 de octubre de 1996, porque no consta en autos acreditada la venia, representación y defensa de la anterior letrada. El 13 de mayo de 1997, la esposa presenta un escrito en el que solicita que se libere mandamiento al Registrador de la Propiedad, disponiendo que se anote el derecho de uso sobre la vivienda familiar acordado en la sentencia de separación, escrito al que se contesta en la misma fecha señalando que siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador, no se proveerá ninguna solicitud hasta que se subsane el defecto.

El 23 de mayo de 1997, Doña Josefa A.M. interpone la demanda de tercería de dominio, alegando que no tenía conocimiento del embargo, que no le fue notificado; que se remitía a los archivos del Juzgado para todo lo relativo al proceso de separación matrimonial; y que acompañaba una nota simple del Registro de la Propiedad en la cual se hacía referencia a la inscripción de la finca a nombre de la esposa y del esposo. El Juez de Primera Instancia nº 4 de Ibiza admite a trámite la demanda de tercería de dominio, pero A., S.A. interpone recurso de reposición, alegando infracción del art. 1537 LEC., ya que la tercerista

había aludido a una sentencia de separación conyugal que ni tan siquiera aportó por fotocopia, cuando se halla en archivo público del que no sólo puede obtener copia, sino que ha sido parte en el proceso en que ha recaído; a su vez, la tercerista impugna el recurso de reposición de A., S.A., alegando que la sentencia de separación no está en un archivo público donde cualquiera pueda obtener copia o testimonio; que la letrada que ahora la defendía solicitó testimonio de los autos del proceso de separación, lo que le fue denegado porque no consta la venia de la anterior letrada; que le fue denegada la inscripción en el Registro de la Propiedad por no comparecer en el procedimiento con abogado y procurador; que invocaba el art. 504 LEC., porque estando acreditada la imposibilidad de obtener copia del procedimiento de separación, porque la letrada que asistía ahora a la actora era distinta de la que intervino en el proceso de separación, se designó el archivo en el cual se encuentra el original del título que invocaba la tercerista. El Juez de Primera Instancia nº 4 de Ibiza admite el recurso de reposición interpuesto por A., S.A. y declara la inadmisión de la demanda de tercería de dominio (17 de junio de 1997). La tercerista interpone recurso de apelación, que se admite a trámite (9 de septiembre de 1997).

El 23 de noviembre de 1998, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestima el recurso de apelación interpuesto por la tercerista, basando su decisión en los siguientes fundamentos de Derecho (2):

“Primero. El auto recurrido declara no haber lugar a la demanda de tercería de dominio formulada por la actora por no presentar título suficiente conforme al art. 1537 LEC. Dicha resolución es recurrida en alzada por la actora en solicitud de que se revoque y se dicte nuevo auto que declare haber lugar a la admisión de la tercería de dominio ejercitada. La letrado de la recurrente en el acto de la vista de la apelación expuso de modo pormenorizado sus alegaciones sobre los hechos enjuiciados, resaltando que no se notificó a su representada el embargo efectuado al codemandado, de quien ya se hallaba separado [*sic*]; que su representada se enteró de que la vivienda de la que era copropietaria se subastaba mediante la publicación del edicto en un diario de Ibiza; que tuvo notables problemas para pedir la

---

(2) Vale la pena detenerse en la exposición literal de los fundamentos jurídicos de la Audiencia, porque quizá aquí está la clave del problema, como insinúa el propio Tribunal Constitucional.

“venia” de la letrado que llevaba los intereses de la recurrente; que en la fecha del embargo ya se hallaba separada, luego ya no regía el régimen económico matrimonial de separación de bienes, con lo cual la inscripción registral ya es título suficiente; que no pudo aportar en ese día testimonio de la sentencia firme de separación por los aludidos problemas de “venia”, pero que, en todo caso, señaló el archivo en que se hallaban; que en caso de estimarse la falta de título debió concederse a la parte un plazo para su subsanación; y que su esposo, el Sr. B. por un modo indirecto y a través de una sociedad interpuesta pretende recuperar la totalidad de la propiedad del inmueble.

Segundo. Es doctrina jurisprudencial muy reiterada, así recogida en la STS de 29 de abril de 1994, que, a su vez, cita otras muchas, la de que en materia de bienes conyugales, durante el matrimonio y en régimen de sociedad de gananciales, el esposo o la esposa no tienen el carácter de tercero a los efectos del procedimiento que nos ocupa si son embargados bienes conyugales, reseñando que el procedimiento que contempla el art. 1373 Cc. es un “remedio sustitutorio a la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos en que allí se contemplan”.

En el caso enjuiciado la actora presenta la fotocopia de una nota simple registral en la cual se observa que como consecuencia de demanda dirigida contra el esposo de la actora se ha embargado un bien inmueble ganancial, no constando inscrita en tal nota registral la existencia de un eventual derecho de uso exclusivo de la actora en virtud de la sentencia de separación matrimonial y de conformidad con el art. 96 Cc. Por tanto nos hallamos ante la situación aludida en la anterior doctrina jurisprudencial. Para que pudiera admitirse la demanda, y tal como señala acertadamente la recurrente, debió acompañarse sentencia o cualquier otro documento acreditativo de la separación matrimonial en fecha anterior al embargo, o de cualquier otra situación que supusiere la disolución de la sociedad de gananciales. Tal documentación no consta aportada, a pesar de la extrema facilidad en su obtención, y ello suponiendo que la actora [*sic*], siendo parte de un proceso de separación, le ha sido notificada la sentencia, y sabe si la misma ha alcanzado firmeza. Aun en el supuesto de que fuere cierto que la tercerista conociera de la celebración de la subasta mediante un periódico y se tratase de una interposición de una demanda con suma urgencia, es incomprensible que la acreditación de la sentencia firme de separación, de haberla, no se acompañara junto con el escrito de impugnación del

recurso de reposición interpuesto, careciendo de toda credibilidad que en un plazo de veinte días (desde la interposición de la demanda de tercería a la oposición al recurso interpuesto por la contraparte), la representación de la recurrente, no ha podido obtener la documentación obrante en un Juzgado. No puede olvidarse que nos hallamos ante un procedimiento incidental en ejecución de sentencia en el cual se exige un requisito formal para la admisión de la demanda conforme al art. 1537 LEC., y al cual se anuda un importante efecto: la suspensión de toda ejecución procesal (art. 1535 LEC.), con lo cual no es admisible la tesis de que basta indicar el archivo; y si bien en general puede considerarse que en principio el Juzgado pudo conceder un plazo para subsanar defectos, sin suspender entre tanto la ejecución procesal, lo que es inadmisibles por abusivo, es que la recurrente no se haya molestado, pudiendo hacerlo, en aportar la supuesta documentación alusiva a la existencia de una separación matrimonial anterior al embargo, en un plazo de veinte días, llegando hasta el extremo de que ni siquiera se ha aportado en la actualidad. En todo caso, la ausencia de un requisito referente a cuestiones colegiales de los Letrados, como es la ausencia de una eventual "venia", puede justificar la no aportación de tal documento público. La tesis de la recurrente podría provocar suspensiones de ejecuciones en procedimientos de tercería de dominio sin presentar título alguno, susceptibles de notables abusos.

En cuanto a las restantes alegaciones de maniobras torticeras de su esposo, de defectuosa notificación del embargo a la actora, o de defectos en el procedimiento ejecutivo, cabe señalar que en el trámite en el que nos hallamos no se ha podido practicar prueba sobre los mismos, pero que, en todo caso, son ajenos al requisito fundamental para la admisión de la tercería que es la presentación del título, que en el caso que nos ocupa exigía la acreditación de la separación matrimonial anterior a la fecha del embargo. Por tanto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el auto recurrido".

El 23 de diciembre de 1998, Doña Josefa A.M. interpone recurso de amparo, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE., porque los órganos judiciales han inadmitido la demanda de tercería de dominio, apoyándose sin justificación en el art. 1573 LEC., ya que se aportó nota simple del Registro de la Propiedad que acreditaba su título y no se aportó la sentencia de separación matrimonial porque el juez denegó el testimonio solicitado por no haber acreditado la venia de la letrada que anteriormente la había asistido; e indefensión, porque no le fueron notificados el embargo trabado sobre la finca ganancial ni los posteriores actos del procedimiento de apremio.

Por todo ello, solicita que se declare la nulidad de la diligencia de embargo y la de todos los actos de ejecución posteriores, así como la de la resolución que acordó la no admisión a trámite de la tercería de dominio.

El Ministerio público interesa el otorgamiento de amparo (3).

El Tribunal Constitucional considera que pese a la falta de imprecisión de la demanda, que se interpone contra una sentencia que no se identifica, cabe inferir que el recurso se dirige: a) por un lado, contra la falta de notificación del embargo de la vivienda familiar acordado en el juicio de menor cuantía seguido contra el esposo de la recurrente y la de los actos posteriores del proceso de ejecución, que se entiende causa una indefensión contraria al art. 24.1 CE.; b) por otro lado, contra la resolución que acordó la inadmisión de la demanda de tercería de dominio con fundamento en el art. 1537 LEC., que se entiende vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el Tribunal considera que no se han vulnerado ninguno de los dos derechos constitucionales y, en consecuencia, deniega el amparo:

(3) Lo hace en base a las alegaciones siguientes: en primer lugar, hay que evaluar si el archivo de la demanda de tercería se ha llevado a cabo de acuerdo con unas pautas lógicas y de interpretación instrumental de las normas procesales o, por el contrario, el fundamento que acompaña a la demanda legal de inadmisión, sustentado en el art. 1573 LEC., supone una interpretación desproporcionada al fin pretendido. La desestimación de la demanda de tercería de dominio se apoya con carácter general en ese precepto y, en particular, en la no presentación de la sentencia de separación; la tercerista acredita que se le ha negado la personación en los autos de separación, que obran curiosamente en el mismo juzgado en el que se tramita la tercería, y el propio juez se niega a ordenar que sean aportados de oficio los documentos, las cuales son dos circunstancias relevantes a los efectos del derecho fundamental implicado. En segundo lugar, el título en que se ha de fundar la tercería de dominio ha de acreditar la existencia del derecho de propiedad y la nota simple del Registro acreditaba la propiedad de la mitad indivisa de la finca que había sido objeto del embargo. En tercer lugar, La expresión "no dar curso a la demanda" apunta la posibilidad de subsanación, y no da pie a la adopción del acuerdo del archivo *a limine* de la demanda. La interpretación efectuada por el Juez resulta excesivamente rigorista en relación con el derecho de acceso al proceso y es desproporcionada, al cerrar toda vía defensiva a la recurrente. El recurso de apelación tampoco puso remedio a la vulneración producida, pues en él se insiste en que la parte debía aportar la sentencia de separación, sin consideración alguna al hecho probado de que en el mismo Juzgado consta la documentación cuya ausencia se denuncia. Debería haberse traído de oficio el citado documento para cumplir la exigencia del principio de tutela judicial efectiva, pues el documento no era decisivo para el éxito de la pretensión de fondo, sino simplemente para permitir a la esposa la petición de tutela. En definitiva, el Ministerio Fiscal entiende que la interpretación del art. 1573 LEC. llevada a cabo por el Juez y por la Audiencia es excesivamente formal y rigorista, puesto que impone a la recurrente un sacrificio desproporcionado al determinar la consecuencia de su ausencia de un proceso en el que estaba directamente interesada en función de un posicionamiento rígido sobre las facultades de oficio de los órganos judiciales.

a) Respecto a la primera queja, partiendo de las actuaciones del juicio de menor cuantía y del juicio de tercería, el Tribunal Constitucional considera que la esposa “no sufrió indefensión en el proceso de ejecución de la Sentencia dictada en el juicio de menor cuantía, pues conoció la existencia del embargo, el señalamiento de las subastas, la cesión del crédito reclamado y la postura de la tercera subasta, por lo que tuvo oportunidad de actuar e intervenir en el proceso de ejecución en defensa de sus intereses de la forma que estimó conveniente”.

b) Respecto a la segunda queja, hay que examinar si la inadmisión a trámite acordada por los órganos judiciales de la demanda de tercería de dominio ha vulnerado o no el derecho a la tutela judicial efectiva, y el Tribunal Constitucional entiende que no: “Los razonamientos de la Audiencia podrán o no compartirse en el plano de la legalidad ordinaria, sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, del art. 24.1 CE., única que corresponde examinar a este Tribunal, permiten concluir que la decisión adoptada no resulta arbitraria ni manifiestamente irrazonable” (4).

---

(4) El Tribunal Constitucional señala en primer término que “ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE. No obstante, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente, razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial”. Prosigue en su argumentación indicando que “con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial los Jueces y Tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE., pero sin que tampoco el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes. En este sentido los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial han de llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial. En dicha ponderación debe atenderse a la enti-

## 2. La elección del tema objeto del presente comentario

Los hechos que originan este recurso de amparo pueden dar pie a comentar distintos temas o cuestiones no carentes de interés desde el punto de vista jurídico-civil (5), como el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge y el juego del art. 1373 Cc. (6), o la tercería de dominio (7), por citar los dos que inmediatamente sugiere la

---

dad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado”.

(5) Puede verse un caso muy similar en la STC 56/2001, de 26 de febrero, que también denegó el amparo al conocer la esposa extraprocesalmente la existencia del embargo del bien ganancial, pese a la falta de notificación de dicho embargo, por lo que no sufrió indefensión material.

(6) Véase el art. 541 LEC., que dispone que no se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales, distingue según se trate de deudas a cargo de la sociedad de gananciales o propias de un cónyuge, y rechaza toda presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por un cónyuge.

(7) En la fundamentación de su sentencia, la Audiencia recoge en este punto la doctrina jurisprudencial de que en materia de bienes conyugales durante el matrimonio y en régimen de sociedad de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene el carácter de tercero si se embargan bienes conyugales, siendo un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio el procedimiento que contempla el art. 1373 Cc.: el cónyuge del deudor embargado, constante la sociedad de gananciales, no puede acreditar su propiedad sobre los bienes embargados por no tener sobre ellos más que un derecho expectante que sólo se consolida al disolverse el matrimonio y no puede declararse constante la unión conyugal; por otro lado, la mancomunidad matrimonial sobre los bienes gananciales antes de la disolución de la sociedad no permite la división en cuotas ideales, atribuyendo más bien a los cónyuges una propiedad en mano común, que impide que cualquiera de ellos tenga la consideración de tercero. En la acción de tercería de dominio no se trata de declarar ni de recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar el embargo de bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda ejecutada, lo que supone como exigencia ineludible contemplar si el accionante tiene la condición de tercero y de dueño de los bienes; en materia de bienes conyugales, durante el matrimonio, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y siguientes Cc., al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuirle a ninguno de los cónyuges viviendo el otro y no habiéndose disuelto y liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente; hasta entonces, cada cónyuge no tiene más que un derecho expectante que no le legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, que es esencial para ejercitar con éxito esta acción, junto con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio. La situación jurídica de un cónyuge respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, impidiendo que cualquiera de los esposos

lectura de la sentencia, aparte de la posible consideración crítica de la argumentación de la Audiencia (8). No obstante, hay un tercer tema, del que realmente no se hace mención en la sentencia y apenas en los otros procedimientos de los que ésta trae causa, que, sin embargo, me ha parecido más sugerente y sugestivo para hacer un comentario al hilo de esta sentencia.

Me refiero, concretamente, a la vivienda familiar y a su protección frente a terceros, pues el inmueble que se embarga y que es objeto de todas las actuaciones de la actora para evitar dicho embargo es vivienda familiar cuyo uso se le ha atribuido en un proceso de separación. Desconozco, pues no se hace referencia a estos extremos, si la actora fue mantenida en el uso de la vivienda que finalmente se embarga; en cualquier caso, la circunstancia de ser vivienda familiar el

---

tenga la consideración de tercero, lo cual no es óbice para que el cónyuge perjudicado disponga de otros procedimientos, cual es el del art. 1373 Cc. (pueden verse, entre otras, las SSTs de 29 de septiembre de 1986, 29 de abril de 1994, 26 de junio de 1997, 12 de enero de 1999, 2 de junio de 1999 y 30 de diciembre de 1999). No obstante, y aunque sea una sentencia aislada frente a la anterior doctrina, resulta muy interesante la STS de 17 de julio de 1997, por su relación con los hechos que enjuicia la Audiencia (que da por supuesto que la deuda es privativa del cónyuge deudor y por eso se aplica el art. 1373 Cc.). La citada sentencia considera que aun cuando determinada doctrina jurisprudencial mantiene que en razón a la naturaleza ganancial de los bienes embargados, el otro cónyuge no puede ser considerado tercero a los efectos del procedimiento de tercería, no cabe olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni de recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados, por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone ineludiblemente la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que con relación a dicho crédito tenga la condición de tercero, y semejante doctrina tiene su complemento en la sustentada por la STS de 16 de noviembre de 1990, al declarar que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza.

La tercería de dominio en la nueva LEC. se regula en los arts. 593 y siguientes, de los que cabe destacar que ya no se concibe la tercería como un proceso definitorio del dominio, sino como un proceso únicamente encaminado a decidir si se mantiene o no el embargo; que con la demanda deberá aportarse un principio de prueba por escrito; y que se hace referencia a que el bien embargado sea la vivienda familiar del tercero, tema al que me referiré más adelante.

(8) Debería haberse traído de oficio el documento, sin prejuzgar por ello que necesariamente hubiera de prosperar la tercería de dominio, máxime cuando se trata de una sentencia de separación que atribuía el uso de la vivienda embargada a la esposa y a los hijos, y dicha atribución del uso, aunque no inscrita, hubiera podido tener efectos frente a terceros; en este sentido, la Audiencia no debería haber desconocido la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la protección preferente que ha de recibir la atribución de ese derecho de uso, a la cual me referiré posteriormente.

inmueble embargado creo que justifica que, aprovechando la sentencia, pueda centrar el comentario en el tema indicado, y no sólo en el supuesto de crisis matrimonial (como sucede en el presente caso), sino también en situaciones de estabilidad matrimonial.

La protección de la vivienda familiar en nuestro Derecho es un tema que ha recibido la atención de la doctrina civilista española (9), desde diversas perspectivas. Enfocando la cuestión desde el punto de

(9) Aparte de los diversos Comentarios al Código civil y obras generales de Derecho de Familia, cabe citar como bibliografía específica sobre la materia: HERRERO GARCIA, M.J.: "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código civil", en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, pp. 291 y ss.; ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, 1992; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales", en A.C., 1986, nº 19, pp. 1329 y ss.; RAMS ALBESA, J.J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987; CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B.: "Protección legal de la vivienda familiar", en R.C.D.I., 1988-II, pp. 1583 y ss.; LUCINI CASALES, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", en R.C.D.I., 1990-I, pp. 87 y ss.; AA.VV.: *Hogar y ajuar en la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986; DE LA CUESTA SAEZ, J.M.: «La protección de la vivienda familiar en los derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado», en R.D.N., 1983, pp. 129 y ss.; GUILARTE GUTIERREZ, V.: "Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial", en Ar.C., 1994-I, pp. LXXIII y ss.; DIAZ MARTINEZ, A.: "Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales", en A.C., 1998-II, pp. 363 y ss.; JUANES PECES, A. / GALVAN ARIAS, J.R.: "Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", en R.J.C., 1992, pp. 1033 y ss.; RUIZ RICO, J.A.: "Asiento registral para constatar la atribución o determinación del uso de la vivienda familiar en nulidad, separación, divorcio, en las distintas fases del procedimiento", en B.C.R.E., 1996, nº 18, pp. 1762 y ss.; MORALEJO IMBERNON, N.I.: "El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del art. 144 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre", en Ar.C., 1998-II, pp. 127 y ss.; YAÑEZ VIVERO, F.: "El embargo de la vivienda familiar y su anotación: Reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en *El Consultor Inmobiliario*, 2002, nº 26, pp. 19 y ss.; TORRERO MUÑOZ, M.: *Las crisis familiares en la jurisprudencia*, Valencia, 1999; LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Granada, 2002; FELIX BALLESTA, M.A.: "Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio", en R.J.C., 1985, pp. 187 y ss.; VENDRELL FERRER, E.: "La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986", en R.J.C., 1987, pp. 985 y ss.; SALAZAR BORT, S.: "La vivienda ocupada en precario por los cónyuges: respuesta jurisprudencial a la pretensión de desahucio tras la crisis matrimonial", en *Actualidad Inmobiliaria*, 2000, nº 2, pp. 33 y ss.; ID.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Navarra, 2001; RODRIGUEZ CHACON, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", en R.D.F., 1999, nº 2, pp. 21 y ss.

vista de su protección frente a terceros, puede decirse que la protección de la vivienda familiar frente a terceros en situaciones de estabilidad matrimonial es menor o más débil que en situaciones de crisis matrimonial. La idea, desde luego, ni es mía ni es nueva (10), pero sí he querido retomarla para analizar el diferente grado de protección y si existen o no razones que lo justifiquen, para enfocar el tema teniendo en cuenta las modificaciones del Reglamento Hipotecario y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que puedan afectar a esta materia, para plantear posibles soluciones al amparo de la legislación vigente e, incluso, para atreverme a ofrecer alguna solución alternativa.

La menor protección que recibe la vivienda familiar frente a terceros en situaciones de estabilidad matrimonial es especialmente acusada cuando la vivienda pertenece a uno solo de los cónyuges. Precisamente esta es la hipótesis que ha merecido la atención del legislador en orden a proteger la vivienda familiar, tratando de conciliar los derechos sobre la misma del cónyuge titular con los derechos que puede ostentar el otro cónyuge (o el grupo familiar), no por la circunstancia del matrimonio, sino por la de ser ese bien en concreto un inmueble destinado a vivienda habitual de la familia; y es justamente en su proyección frente a terceros donde puede quebrarse esa protección, si atendemos a la regulación de nuestro ordenamiento jurídico.

Es difícil conciliar todos los intereses en juego y articular una protección que los satisfaga todos, habida cuenta de que confluyen aquí intereses individuales, familiares, patrimoniales, personales, de estabilidad en el grupo familiar, de seguridad en el tráfico, de protección a personas que integran el grupo familiar, de protección a terceros, y que hay que conjugar principios muy diversos de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, resulta llamativo que sí se haya desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente una efectiva protección frente a terceros de la vivienda familiar perteneciente a uno solo de los cónyuges pero cuyo uso se ha atribuido al otro tras el correspondiente proceso matrimonial, atendiendo a la tutela del interés familiar más necesitado de protección, y que, por el contrario, esa protección haya quedado estrechamente limitada y coartada en situaciones de estabilidad matrimonial, que continúan ancladas en planteamientos civiles puramente patrimoniales, descuidando la protección que en todo caso debería

---

(10) Entre otros, la han apuntado HERRERO GARCIA, M.J.: *Op.cit.*, p. 327; GIMENO GOMEZ-LAFUENTE, J.: «La relevancia registral de la vivienda familiar y los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, p. 152; ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*, especialmente, p. 257.

merecer la familia en cuanto tal y como tal, precisamente cuando es familia y no familia rota. No quiero decir con ello, obviamente, que no deban protegerse las situaciones críticas o conflictivas en el seno del grupo familiar, pero sí sería deseable que el mismo nivel de protección se alcanzase en todos los supuestos, ya que no existen razones para lo contrario.

## II. LA PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR FRENTE A TERCEROS

La protección de la vivienda familiar entra de lleno en nuestro ordenamiento jurídico con las importantes reformas operadas en el ámbito del Derecho de familia en 1981, por la fundamental razón de proteger el espacio físico que satisface la elemental necesidad de morada de la familia y, consiguientemente, el inmueble que cumple la importante función de servir de vivienda habitual a la familia, protección que debe suponer que en lo relativo a la vivienda se atienda no tanto a la titularidad de la misma, cuanto al interés del grupo familiar. La protección de la familia, como principio abstracto, debe concretarse en la protección de todo aquello que posibilita su realización como grupo familiar, y no cabe duda de que la vivienda habitual de la familia es de vital importancia para la misma.

Es evidente que el derecho a la vivienda no es un derecho fundamental, desde la perspectiva constitucional, como tampoco lo es el derecho a la vivienda familiar, sin negar con ello la importancia que la vivienda tiene, tanto para el individuo como para la familia (11). Nuestra Constitución asume como principio rector la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos (art. 39 CE.) y proclama que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE.). Creo que la combinación de ambos preceptos, junto con el art. 32 CE. (el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica), permite afirmar que hay un principio constitucional de protección de la vivienda familiar, aunque formalmente no haya una

---

(11) En este sentido creo que debe entenderse la afirmación de HERRERO GARCIA cuando señala que el derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre en base a la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable suficiente para el desarrollo de su personalidad y que el derecho a la vivienda es un elemento indispensable para el adecuado desarrollo de la vida familiar (HERRERO GARCIA, M.J.: *Op.cit.*, p. 292).

declaración expresa en tal sentido en ningún precepto constitucional (12). Como tal principio rector debe tenerse presente a la hora de enfocar el tema.

El Código civil español articula la protección de la vivienda familiar atendiendo, de una parte, a la situación del matrimonio (estabilidad o crisis) y, de otra, a los sujetos protegidos, esto es, en la relación interna entre los cónyuges y frente a terceros. Así se deduce de los dos preceptos que se ocupan de esta materia, el art. 1320 Cc., constante matrimonio, y el art. 96 Cc., en situaciones de crisis matrimonial. No quiero decir con ello que se disocie la protección de la vivienda familiar atendiendo a los dos criterios indicados, sino que cuando se analiza dicha protección, cabe encontrarse con los siguientes supuestos: 1.- Protección de la vivienda familiar en las relaciones internas de los cónyuges en situaciones de estabilidad matrimonial. 2.- Protección de la vivienda familiar en las relaciones internas de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial. 3.- Protección de la vivienda familiar frente a terceros en situaciones de estabilidad matrimonial. 4.- Protección de la vivienda familiar frente a terceros en situaciones de crisis matrimonial. Y como vamos a ver, mientras que la vivienda recibe el mismo grado de protección en las relaciones internas de los cónyuges, esa igualdad de trato se rompe cuando se trata de la protección de la vivienda familiar frente a terceros, donde el cónyuge no titular resulta más desprotegido en situaciones de estabilidad matrimonial que en situaciones de crisis.

### *1. Situaciones de estabilidad matrimonial y situaciones de crisis matrimonial*

Dentro de las disposiciones que integran lo que se ha dado en llamar el régimen primario o el estatuto básico del matrimonio, o lo que el Código civil considera disposiciones generales aplicables a todo matrimonio con independencia de su régimen económico-matrimonial, el art. 1320 Cc., en su párrafo primero, dispone que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial». Dentro de las disposiciones relativas a los

---

(12) ORTEGA DIAZ-AMBRONA, J.: «Constitución y vivienda familiar», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, pp. 39 y ss.; ELO-RRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 31 y ss.

efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, el art. 96 Cc., tras ocuparse de la atribución del uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario a uno de los cónyuges, dispone en su último párrafo que «para disponer de la vivienda y bienes indicados, cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

Entre los cónyuges, hay un claro paralelismo en la protección de la vivienda familiar que pertenece sólo a uno de ellos, tanto si el matrimonio es estable como si hay situación de crisis, pues aunque con algunas diferencias de redacción, ambos preceptos vienen a señalar que para disponer de la vivienda familiar es necesario el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Por tanto, el no titular de la vivienda que ocupa recibe la misma protección, esté normalmente casado o no, en sus relaciones con el titular de la vivienda destinada al uso familiar, porque éste debe recabar su consentimiento para cualquier acto de disposición de la misma, lo que permite al no titular ejercer un cierto control sobre la vivienda, que aunque no es suya, tampoco es ajena a sus intereses y a los del grupo familiar.

Sin embargo, frente a terceros, esa igualdad de protección de la vivienda familiar desaparece, recibiendo una mayor protección el cónyuge no titular (y, en su caso, los hijos) que ocupa la vivienda por haberle sido atribuido el uso en un proceso matrimonial que el cónyuge no titular (y, en su caso, los hijos) que ocupa la vivienda por estar establemente casado y haber decidido los cónyuges destinar ese inmueble a vivienda familiar. Y esa mayor protección de la vivienda familiar frente a terceros en situaciones de crisis matrimonial se traduce tanto frente al tercero que adquiere por acto de disposición del titular de la vivienda como frente al tercero que embarga por deudas del titular de la vivienda.

## *2. La menor protección en situaciones de estabilidad matrimonial y sus críticas (13)*

### A) El interés familiar protegido

La protección de la vivienda familiar, como antes señalaba, se justifica por la necesidad de proteger el espacio físico que satisface la ele-

---

(13) La afirmación hecha anteriormente y que pretendo desarrollar en este apartado es fruto, por un lado, del análisis de la situación normativa en nuestro ordena-

mental necesidad de morada de la familia, el lugar donde el conjunto de sus miembros desenvuelve su actividad habitual y atiende a sus necesidades más básicas. En este sentido, tanto el art. 1320 Cc. como el art. 96 Cc. responden a una misma finalidad: la protección de un interés o necesidad familiar, concretada en la vivienda. Sin embargo, como se ha señalado (14), lo que sucede es que en el art. 1320 Cc. ese interés familiar coincide con el del grupo familiar, mientras que en el art. 96 Cc. ese interés se concreta en los sujetos del grupo más necesitados de protección. Precisamente por tener la misma finalidad protectora de la vivienda familiar, ambas normas presentan un claro paralelismo, al menos, en lo que a las relaciones internas de los cónyuges se refiere (15).

Así pues, atendiendo a este primer dato, no debería haber ninguna razón que justificara una menor protección de la vivienda familiar en situaciones de estabilidad matrimonial frente a las situaciones de crisis, ni tampoco a la inversa. Lo que se considera que merece protección es la vivienda familiar en cuanto atiende a un interés familiar y esa protección no debe verse aumentada o reducida en función del número de miembros afectados por ese interés. Cuando en una situación de crisis matrimonial se atribuye la vivienda familiar a los sujetos del grupo más necesitados de protección, se sigue protegiendo la vivienda familiar en sí misma, lo que sucede es que como la vivienda familiar es una sola y los cónyuges ya no van a compartirla, se hace necesario decidir quién de ellos continuará en el uso de la misma, que sigue siendo vivienda familiar; en situaciones de estabilidad matrimonial, la vivienda familiar es compartida por todo el grupo familiar, sin exclusión de ningún cónyuge, por lo que no es necesaria aquella determinación.

Nuestra Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y que los poderes públicos aseguran la protección de la familia y de los hijos (arts. 32 y 39 CE), dato este que debe tenerse muy presente cuando se reclama un mismo nivel de protección de la vivienda familiar en cualquier situación. No voy a caer en el argumento absurdo y carente de todo fundamento jurídico, de creer que la Constitución reconoce el

---

miento jurídico y de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en interpretación y aplicación de la misma, y por otro, de las reflexiones personales que lo anterior me ha sugerido, algunas de las cuales (o incluso todas) puede que no se compartan o que no se justifiquen, aunque he pretendido ofrecer argumentos jurídicos que las avalen, en el entendido de que no hay razones que justifiquen una desigualdad de trato ni una menor protección en caso de normalidad o estabilidad matrimonial.

(14) HERRERO GARCÍA, M.J.: *Op.cit.*, pp. 323-324.

(15) Respecto a los terceros de buena fe, *vid. infra*, el apartado siguiente.

derecho a contraer matrimonio pero no el derecho a separarse o divorciarse, por una simple interpretación literal del precepto, que podría llevar a la equivocada conclusión de creer que merece más protección la familia matrimonial que cualquier otra y que en cualquier situación. Yo creo que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a divorciarse y que la Constitución protege a la familia sin prejuzgar o exigir una determinada forma o situación de la misma, pero precisamente por eso, considero que si se protege un interés familiar, como es el de la vivienda, ese interés es digno de protección en cualquier circunstancia, y no debería darse la paradoja de que resulte menos protegido cuando hay matrimonio que cuando éste está en crisis o no lo hay. Si el objeto de protección es la vivienda familiar, en la situación de crisis matrimonial debe gozar de protección, sin que ello implique que en situaciones de normalidad no haya de tenerla o haya de recibirla menor.

#### B) El tercero de buena fe

Cuando salimos del ámbito de las relaciones entre los cónyuges para entrar en el de la protección de la vivienda familiar frente a terceros, el paralelismo existente entre los arts. 1320 y 96 Cc. se rompe. En efecto, el art. 1320 Cc. incorpora un segundo párrafo conforme al cual «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»; en cambio, no se hace ninguna referencia a esta cuestión en el art. 96, que en absoluto se refiere a una posible manifestación errónea o falsa del disponente ni de un posible tercero de buena fe frente al acto de disposición del cónyuge titular no atributivo del uso de la vivienda.

En situaciones de estabilidad matrimonial, la omisión del consentimiento del cónyuge no titular cede frente al tercero de buena fe, que ha confiado en la manifestación del disponente acerca del carácter no familiar de la vivienda, por lo que el no titular, atendiendo precisamente a que no es titular del bien y a que no tiene atribuido judicialmente ningún derecho de uso sobre la vivienda, es postergado en cuanto a su protección frente al tercero de buena fe; en cambio, en situaciones de crisis matrimonial, nada señala el art. 96 Cc. sobre las consecuencias de la omisión del consentimiento del cónyuge no titular frente al tercero de buena fe, por lo que habrá que determinar cuáles sean esas consecuencias, no sólo en lo que se refiere a la validez y eficacia del acto dispositivo, sino, por lo que al no titular interesa, en lo que respecta al mantenimiento del derecho de uso de la vivienda que tiene atribuido judicialmente.

Como ha señalado la generalidad de la doctrina, cuando se incluye el segundo párrafo del art. 1320 Cc., es porque el legislador, en la opción de proteger el interés familiar o la seguridad del tráfico, se inclinó por este último, lo cual desnaturaliza y debilita la protección de la vivienda familiar en situaciones de estabilidad matrimonial (16). No se introdujo ninguna consideración de este tipo en el art. 96 Cc., tal vez porque el legislador pensó que no había aquí opción entre la protección del interés familiar y la seguridad del tráfico, inclinándose decididamente por la primera; o tal vez porque no había un conflicto real entre ambas cuestiones, en la medida que el carácter familiar de la vivienda en estos casos es fácilmente comprobable en cuanto que consta la atribución judicial del uso de la misma (17).

De este modo, si hay constancia registral de la atribución judicial del uso de la vivienda, la omisión del consentimiento del no titular determinará que éste pueda impugnar con éxito la validez y eficacia del acto dispositivo; pero resulta además que, tal y como se ha confi-

---

(16) Drásticamente, apunta ELORRIAGA DE BONIS que por el desafortunado sentido que ha tomado, tanto en su fondo como en su forma, el art. 1320.2 Cc., lo mejor que podría ocurrirle es que sea derogado (ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, p. 396). Sin embargo, apunta LUCINI CASALES que, a pesar de las apariencias y de la literalidad del art. 1320.2 Cc., la postura adoptada por el Código resulta ambiguamente favorable a la seguridad del tráfico, cuando en realidad, frente a una situación fáctica de vivienda familiar comprobada, no ofrece duda de que prevalecerá siempre el interés familiar del cónyuge no interviniente en el acto dispositivo, y que el adquirente de buena fe no tendrá más alternativa que la puramente indemnizatoria (LUCINI CASALES, A.: *Op.cit.*, p. 110).

(17) En este sentido, apunta LUQUE TORRES que quizá la omisión en el art. 96 Cc. se deba a que en el propio Registro aparecerá el carácter familiar de la vivienda, en cuanto que consta la atribución judicial del uso de la misma (LUQUE TORRES, G.: *Op.cit.*, p. 79). En sentido similar, señala HERRERO GARCIA que el reconocimiento de la apariencia creada por la manifestación del disponente encuentra sentido en el ámbito del art. 1320 Cc. porque se ha estimado la dificultad de medios con los que cuenta el adquirente para conocer el destino familiar de la vivienda, lo que no sucede en el ámbito del art. 96 Cc., donde se trata de una vivienda claramente determinada cuyo uso se ha atribuido al cónyuge no titular por decisión judicial, con lo que no se producen las dificultades de cognoscibilidad que durante el matrimonio se originan al ser el acuerdo de los cónyuges, al fijar o cambiar el domicilio conyugal, el que dota o hace desaparecer el carácter de vivienda habitual de la familia. La variabilidad del supuesto fáctico en el art. 1320 Cc. no tiene lugar en el art. 96 Cc. y, si en ella radica una de las razones que pueda justificar la virtualidad de la manifestación del disponente -referida precisamente a ese carácter de habitual de la familia-, no parece adecuado mantener esta especial protección cuando se trata de una vivienda cuyo carácter no puede ser alterado y está claramente determinado. No debe olvidarse que la atribución judicial de ese uso puede hacerse constar y por tanto ser cognoscible a través de medios más evidentes que los que permite el art. 1320 Cc. (HERRERO GARCIA, M.J.: *Op.cit.*, p. 326).

gurado por nuestra doctrina y jurisprudencia la naturaleza y efectos de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar (18), aunque tal atribución no haya accedido al Registro (y, en consecuencia, no sea conocida por el tercero, que ha confiado en la publicidad registral), se mantendrá la validez del acto dispositivo (19), pero el tercero habrá de soportar la ocupación del cónyuge atributivo del uso, con otras palabras dicho, el cónyuge no titular conservará frente al tercero su derecho de uso de la vivienda familiar, dado que el tercero la habría adquirido con tal carga, aunque sea tercero de buena fe.

La consecuencia inmediata de la diferencia entre los arts. 96 y 1320 Cc. en este punto y de su interpretación y aplicación, es que frente al tercero de buena fe que adquiere del cónyuge titular, el cónyuge no propietario que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar recibe una protección más plena que el cónyuge no titular en situaciones de estabilidad matrimonial, que no recibe ninguna, por lo que a la conservación del uso de la vivienda familiar se refiere. ¿Se justifica esta diferencia de trato en orden a la protección de la vivienda familiar? Personalmente, pienso que no. Con independencia de las aportaciones doctrinales para una interpretación lo más restrictiva posible del art. 1320.2 Cc., y la exigencia de la buena fe en el tercero en toda su extensión y significado, lo cierto es que en la solución del conflicto vivienda familiar-tercero de buena fe, el legislador opta por la protección de este último, cuando realmente, teniendo en cuenta el interés familiar protegido, no debería siquiera haberse planteado la opción, sino haber arbitrado los mecanismos jurídicos para la clara constancia y oponibilidad *erga omnes* del uso o destino de un inmueble a vivienda familiar, dando así verdadera eficacia al espíritu protector de la misma que presidió la reforma.

En este sentido, las Resoluciones del Consejo de Europa (20) se mostraron partidarias de que el cónyuge no propietario tuviera la posibilidad de hacer constar registralmente el hecho de que ocupa la vivienda familiar, y de configurar así una situación jurídica oponible a terceros, previendo las legislaciones nacionales sistemas de registro del

(18) *Vid. infra*, en el epígrafe siguiente.

(19) DIAZ MARTINEZ puntualiza que el cónyuge no titular conservará frente al tercero su derecho de uso de la vivienda familiar, incluso aunque no haya constancia registral de dicha atribución del uso, aunque la constancia registral sí es importante a los efectos de impugnar la validez del acto dispositivo: si el uso atribuido no tenía constancia registral, la validez del negocio habría de mantenerse (DIAZ MARTINEZ, A.: *Op.cit.*, p. 381).

(20) Ampliamente sobre este extremo, ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 54 y ss.

derecho de ocupación. De este modo, se hubiera resuelto en buena medida el problema de la protección de la vivienda familiar (21) en cualquier situación matrimonial, pues existiendo mecanismos de publicidad de su situación o destino como tal vivienda familiar, quedarían satisfechos no sólo el interés familiar y la protección de la vivienda familiar, sino también el interés de la seguridad en el tráfico jurídico. Sin embargo, en la legislación hipotecaria española, prácticamente se ha obviado cualquier constancia registral del destino familiar del bien como forma de subordinación o determinación de la buena fe de los adquirentes, especialmente cuando se trata, como en el tema que nos ocupa, de vivienda familiar cuya titularidad pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges. Es más, no sólo no se ha hecho esto, sino que, acentuando todavía más el menor grado de protección de la vivienda familiar en situaciones de convivencia estable, sí puede acceder al Registro la atribución del uso tras el correspondiente proceso matrimonial, e incluso aunque no acceda, su mantenimiento es oponible al tercero (22).

Estando así las cosas, quizá debiera cobrar más fuerza la línea de interpretación del párrafo segundo del art. 1320 Cc., en relación con su párrafo primero y con el art. 1322 Cc., en el sentido de entender que el no perjuicio del adquirente de buena fe tampoco debe implicar el perjuicio del cónyuge no titular (ni del grupo familiar), bien exigiendo en todo caso su consentimiento para el acto dispositivo (23), bien entendiendo que el no titular siempre puede oponer la circunstancia de ser vivienda familiar, dado que se ha omitido su consentimiento, y ser mantenido en el uso de la misma, aunque esta solución, tal y como está nuestra legislación hipotecaria, resultaría, sin duda, más perjudicial para la seguridad del tráfico y haría recaer sobre el tercero el cumplimiento de una carga que, a todas luces, no debe imponérsele. De todos modos, la protección de la seguridad en el tráfico no se plantea como un problema para nuestra jurisprudencia cuando de situaciones de crisis matrimonial se trata, en aras de proteger lo que considera un interés superior, que también debería merecer protección y atención, dado el caso, en situaciones de estabilidad matrimonial, en las que el alojamiento de la familia pudiera perderse por el acto dispositivo del titular.

---

(21) GIMENO GOMEZ-LAFUENTE, J.: *Op.cit.*, p. 136; ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*, pp. 68-70, 180; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 421-422, 436; MORALEJO IMBERNON, N.I.: *Op.cit.*, pp. 159 y ss.

(22) *Vid. infra*, en el epígrafe siguiente.

(23) En este sentido, SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar, cit.*, pp. 41-42; ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*, pp. 180, 257.

### C) La naturaleza del uso de la vivienda familiar

Los preceptos del Código civil que se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial no configuran su naturaleza jurídica ni sus efectos, sino que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que se han ocupado del tema. Son diversas las opiniones en nuestra doctrina acerca de la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial (24). Hay quienes consideran que constituye un derecho real (25), aunque no hay acuerdo en si se trata de un derecho de habitación (26), de un derecho de uso (27) o de un derecho real *sui generis*, en cuanto que es derecho real sólo si deriva de una titularidad real del otro cónyuge (28), o porque su contenido viene delimitado por la propia sentencia matrimonial (29). Para otros, constituye un derecho personal (30). Hay quienes piensan que se trata de un derecho de contenido posesorio (31). Y hay una última tesis que considera que se trata de un derecho *sui generis*, original y con contornos propios, que no es un derecho real ni personal y que no puede encuadrarse dentro de las categorías tradicionales (32).

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo (33), lo determinante no es tanto la inscripción separada y autónoma del derecho de uso atribuido en la sentencia, ni siquiera su naturaleza real o personal, sino más bien que como derecho especialmente protegido y tutelado por nuestro ordenamiento jurídico, es oponible *erga omnes*.

En cualquier caso, y aunque se discuta en la doctrina la naturaleza

(24) Ampliamente sobre este tema LUQUE TORRES, G.: *Op.cit.*, pp. 22 y ss. ; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 503 y ss.; ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*, pp. 183 y ss.

(25) HERRERO GARCIA, M.J.: *Op.cit.*, p. 326; como derecho real de disfrute de carácter personalísimo lo califica CAMY SANCHEZ-CAÑETE, B.: *Op.cit.*, p. 1585).

(26) LUNA SERRANO: *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, Madrid, 1983; MENDEZ PEREZ, J.: «La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio», en R.G.D., 1987, pp. 6303-6304.

(27) RAMS ALBESA, J.: *Op.cit.*, pp. 99 y ss.; RUIZ RICO, J.A.: *Op.cit.*, pp. 1765-1766.

(28) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Op.cit.*, pp. 1329 y ss.

(29) JUANES PECES, A./GALVAÑ ARIAS, J.R.: *Op.cit.*, p. 1041.

(30) LUCINI CASALES, A.: *Op.cit.*, pp. 100-101.

(31) ROCA TRIAS, E.: «Comentario al art. 96 Cc», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, 1984, pp. 612 y ss.; RODRIGUEZ CHACON, R.: *Op.cit.*, p. 27.

(32) ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 513-515.

(33) Pueden verse, entre otras, las SSTs de 11 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 29 de abril de 1994, 18 de octubre de 1994, 23 de enero de 1998, 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000.

de este derecho o no haya quedado claramente determinada dicha naturaleza en la jurisprudencia, lo cierto es que sí se admite de manera prácticamente unánime su oponibilidad *erga omnes* y matizadamente su acceso al Registro de la Propiedad, tendencia o posicionamiento que facilita enormemente las cosas en aras a la protección de la vivienda familiar frente a terceros en estos casos, pues el tercero que adquiera del cónyuge titular no atributivo del uso no puede ampararse en su buena fe si puede conocer el uso atribuido al otro cónyuge, que en cualquier caso, habrá de respetar; y lo mismo cabe decir respecto al tercero que pretenda embargar la vivienda por deudas del cónyuge titular. Pero incluso se llega a admitir la preferente protección frente a tercero aun cuando el cónyuge no titular que tiene atribuido el uso, por las razones que sea, no haya anotado ni inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, sobre la base de que la finalidad protectora de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial anteponen dicha eficacia protectora frente a cualquier otra situación que entre en colisión con aquellas normas (34). De este modo, el cónyuge no titular pero que tiene atribuido el uso tras el correspondiente proceso matrimonial, ostenta, si se me permite la expresión, una posición «blindada e intocable» respecto a la vivienda de su cónyuge frente a cualquier tercero (35).

En caso de estabilidad matrimonial, no hay una clara determinación de cuál sea la naturaleza y efectos del uso de la vivienda familiar que *de facto* tiene el cónyuge no titular de la misma, así como tampoco tiene fácil acceso al Registro ni la circunstancia del uso ni la de ser vivienda familiar (36). Más exactamente, debo decir que aunque sí se haya analizado ampliamente el *ius possidendi* del cónyuge no titular constante matrimonio (37), lo cierto es que su configuración no per-

---

(34) ROCA TRIAS, E.: *Op.cit.*, p. 614; LUCINI CASALES, A.: *Op.cit.*, p. 114; DIAZ MARTINEZ, A.: *Op.cit.*, p. 382.

(35) Apunta LUQUE TORRES que quizá el Tribunal Supremo para llegar a estas consideraciones ha tenido en cuenta que la sentencia de nulidad, separación o divorcio, aunque no esté inscrita en el Registro de la Propiedad, lo está en el Registro Civil (LUQUE TORRES, G.: *Op.cit.*, p. 53). Según DIAZ MARTINEZ, el la doctrina jurisprudencial imperan razones de justicia material para mantener en cualquier caso el derecho de uso atribuido judicialmente, doctrina que debilita enormemente la posición del adquirente, aunque también ha de reconocerse que en muchas ocasiones no concurre en él la buena fe o, al menos, se puede apreciar una falta de diligencia, pues la ocupación de la vivienda es un dato posesorio fácilmente constatable con la simple visita a la misma (DIAZ MARTINEZ, A.: *Op.cit.*, p. 381).

(36) *Vid.*, no obstante, los números 2 y 3 del art. 91 RH, aunque aplicables a la sociedad de gananciales.

(37) *Vid.* por todos ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*

mite dotarle de efectos más allá de los que hasta ahora hemos descrito, es decir, el uso del no titular cede ante terceros de buena fe, a los cuales no les es oponible el uso existente, constante matrimonio, de la vivienda familiar.

O'CALLAGHAN sí apunta claramente que en situación de normalidad del matrimonio, no se puede hablar de un derecho de ocupación con propia autonomía: el derecho que tienen los cónyuges a ocupar la vivienda, prescindiendo de quien de ellos sea el titular de la misma, no es un derecho autónomo de los cónyuges, sino que se integra dentro del más amplio concepto del derecho-deber de la convivencia conyugal; el derecho de ocupación como tal se constituye únicamente por resolución judicial (38).

Tampoco aquí se siguieron las recomendaciones del Consejo de Europa de que se crease un derecho autónomo que confiriera al cónyuge no titular un poder directo sobre la vivienda familiar. No sería fácil la configuración autónoma de tal derecho de uso, pero sí produciría el enorme beneficio de clarificar la posición del cónyuge no titular respecto a la vivienda familiar y respecto a terceros, mucho más allá de recabar tímidamente su consentimiento, pero sin imponerlo, como hace nuestro legislador, lo que sí podría hacerse si claramente pudiera quedar constancia de la condición familiar de la vivienda.

#### D) La (no) presunción de vivienda familiar

Las modificaciones operadas en el Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, tampoco han beneficiado al cónyuge no titular de la vivienda familiar en situaciones de normalidad matrimonial, sino más bien al acreedor del cónyuge titular (39), en cuanto que, con la reforma, desaparece la presunción, hasta entonces existente, favorable al carácter de vivienda familiar del inmueble (40):

---

(38) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Op.cit.*, pp. 1332, 1336-1337. En el mismo sentido, YAÑEZ VIVERO, F.: *Op.cit.*, p. 22.

(39) Cuestiona, sin embargo, este efecto YAÑEZ VIVERO, quien opina que es lógico proteger más el interés del acreedor, aunque insiste en que la modificación normativa no le resulta muy beneficiosa y por eso es recomendable que el acreedor adopte determinadas cautelas a la hora de embargar un bien privativo de un deudor casado, aunque no conste registralmente que es vivienda familiar (YAÑEZ VIVERO, F.: *Op.cit.*, pp. 22 y ss.).

(40) En su antigua redacción, el art. 144.5 RH. disponía que «cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda pertene-

actualmente, si no consta en el Registro el carácter de vivienda familiar, no será necesario notificar al otro cónyuge (con lo que se impone más bien la presunción contraria: el inmueble privativo del deudor no es vivienda familiar); pero incluso si consta, tampoco será necesaria la notificación si del mandamiento resulta que la vivienda no tiene aquél carácter. Otra novedad es que el actual art. 144.5 RH. exige la notificación del embargo, no de la demanda como sucedía antes de la reforma.

Puede parecer lógico que se suprima la presunción, pues, en efecto, no hay porqué presumir que todo inmueble perteneciente a un deudor casado haya de tener la consideración de su vivienda familiar. Sin embargo, hay que matizar muy bien la aplicación del precepto, por los perjuicios que puede acarrear al cónyuge no titular en la defensa de sus intereses. A tenor de lo que dispone el art. 144.5 RH., pueden darse, en principio, dos hipótesis: 1.- que en el Registro conste el carácter de vivienda habitual de la familia y del mandamiento resulta que no tiene ese carácter; en tal caso, el acreedor no tendrá que instar la notificación del embargo al cónyuge no titular. 2.- que en el Registro no conste nada pero en el mandamiento judicial sí, en cuyo caso, a pesar de la literalidad del precepto, lo lógico es que se notifique al cónyuge del deudor. La cuestión, como apunta YAÑEZ VIVERO, es cómo puede hacerse constar ese carácter de vivienda familiar en el mandamiento judicial (a lo que ofrece solución al amparo de la nueva LEC.) y, sobre todo, cómo puede constar en el mandamiento judicial que el inmueble no es vivienda familiar cuando no ha sido llamado al proceso el cónyuge del titular, que debería ser oído, en cuanto que le puede afectar tal calificación, pues precisamente quien puede estar interesado en la calificación familiar del inmueble es el cónyuge no titular, más que el acreedor (41). Todo lo cual aboca en un debilitamiento de su posición también en el ámbito de las normas registrales, por lo que sería deseable la notificación del embargo en cualquier caso.

Como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. garantiza a todos los que puedan

---

ciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular». Con la reforma operada en 1998, el art. 144.5 RH. dispone que «cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado».

(41) YAÑEZ VIVERO, F.: *Op.cit.*, pp. 24-25; en sentido similar, ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, p. 453.

resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En base a esta idea, el cónyuge no titular que vive en la vivienda familiar debería poder intervenir en todo proceso que la afecte, dado que tiene un interés legítimo; ahora bien, si no se le notifica o se hace descansar la obligación de notificación en el cónyuge titular que con él convive, ¿cómo puede intervenir? Podemos estar de acuerdo en que basta un conocimiento extraprocesal del embargo para permitir la intervención del cónyuge no titular y garantizar su tutela judicial, pero nótese que si se considera que el inmueble no tiene la consideración de vivienda familiar, se está abocando sistemáticamente al cónyuge no titular a conocer del embargo únicamente de forma extraprocesal. La no presunción de ser vivienda familiar le perjudica.

#### E) El embargo de la vivienda familiar

La vivienda familiar, cualquiera que sea la situación de normalidad o crisis del matrimonio, es embargable por deudas de su titular. En nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún principio de inembargabilidad de la vivienda familiar, que como inmueble era embargable con la antigua LEC. y lo es con la nueva (art. 592.2.7º LEC.) y cuya embargabilidad se presume (art. 144.5 RH., en cuanto a la notificación del embargo al cónyuge no titular) (42).

Los casos de ejecución forzosa son, evidentemente, bien distintos de los supuestos de disposición por parte del titular: en estos últimos se

---

(42) No obstante, hay que destacar que, al regular la tercería de dominio, el art. 593.3 LEC., en su inciso último, dispone que cuando el bien de cuyo embargo se trate sea la vivienda familiar del tercero, y éste presentare al Tribunal el documento privado que justifique su adquisición, se dará traslado a las partes, y si éstas, en el plazo de cinco días, manifestaren su conformidad en que no se realice el embargo, el Tribunal se abstendrá de acordarlo. Destaco la referencia por tratarse de la protección de la vivienda familiar de tercero, aunque no desde la perspectiva que aquí nos ocupa, pues no parece que el precepto esté pensado en el cónyuge no titular registral pero adquirente de su propio cónyuge embargado en documento privado, pues ello daría lugar a connivencias fraudulentas difícilmente amparables; el precepto, creo, está pensando en el tercero ajeno que ha adquirido para sí una vivienda familiar, que por tanto, ya no es vivienda familiar de los anteriores cónyuges, y no ha inscrito su adquisición. De todos modos, la protección que recibe este tercero se limita a posibilitar que el acreedor acuerde que no se realice el embargo, pero en nada más se beneficia al tercero si el acreedor no presta su conformidad.

exige el consentimiento del otro cónyuge, mientras que en los primeros, no es exigible ese consentimiento, porque no son actos de disposición (43) y porque si así fuera, cualquier acto de este tipo podría quedar frustrado o limitado en su eficacia por la simple oposición del cónyuge no titular (44).

Hasta aquí, la situación no difiere en casos de estabilidad matrimonial o de crisis; sin embargo, tal y como nuestra jurisprudencia y buena parte de nuestra doctrina han caracterizado la naturaleza y los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular en los procesos de crisis matrimonial, el resultado es que dicha vivienda familiar, en estos casos, es embargable por deudas del cónyuge titular, pero el adjudicatario del bien deberá respetar el derecho de uso judicialmente atribuido al otro cónyuge, incluso aunque no haya constancia registral del mismo (45). Cosa que en absoluto sucede tratándose de vivienda familiar en situación de estabilidad, de cuyo uso puede verse privado el cónyuge no titular sin más.

De este modo, se produce una clara desprotección al cónyuge no titular que habitaba en la vivienda familiar en situación de normalidad con el cónyuge deudor, y si este efecto se admite por entender que la responsabilidad patrimonial del deudor no debe quedar afectada por el hecho de haber destinado un bien de su propiedad a vivienda habitual de su familia, no parece que deba quedar afectada por la misma circunstancia si el deudor titular de la vivienda se ha visto privado de su uso por haber sido atribuido al otro cónyuge (46).

El cónyuge no titular que se enfrente al embargo de la vivienda familiar propiedad del otro cónyuge por deudas del mismo tiene a su alcance distintos mecanismos de defensa, según los casos: 1.- Podría ale-

---

(43) Según la STS de 18 de febrero de 1995, el embargo no equivale a un acto de disposición sobre la vivienda habitual en el sentido del art. 1320 Cc., por contra, esta norma se refiere a actos realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno que la vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores en virtud de deudas contraídas por uno de ellos, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal.

(44) DIAZ MARTINEZ, A.: *Op.cit.*, p. 382.

(45) Como apunta DIAZ MARTINEZ, cabría pensar que no parece razonable que en estos casos se dé mejor trato al cónyuge separado o divorciado que al que convive en situación de normalidad matrimonial, pero si el derecho de uso funciona como una carga o gravamen que ha de mantenerse frente a cualquier tercer adquirente (lo sea por negocio de disposición lo sea por subasta en un procedimiento de apremio), resulta que también en el caso de los negocios dispositivos se coloca en mejor posición al cónyuge no propietario después de una crisis matrimonial que antes, por lo que entiendo que la autora no debe ver razones para no discriminar en un caso y en otro sí (DIAZ MARTINEZ, A.: *Op.cit.*, p. 382).

(46) *Vid. infra*, en el epígrafe siguiente.

gar en el correspondiente proceso la existencia de un fraude, en el sentido de que la obligación contraída por su cónyuge tenía como único fin eludir su consentimiento para poder disponer de la vivienda familiar. 2.- Podría hacer frente a la deuda. 3.- Podría solicitar la sustitución del embargo de la vivienda familiar por otros bienes situados en un orden anterior a los inmuebles, conforme al art. 592 LEC.; la solución la apunta YAÑEZ VIVERO (47), en base al principio establecido en el art. 592.1 LEC., conforme al cual, el Tribunal embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado; entiende la autora que el cónyuge no titular de la vivienda embargada puede alegar que las consecuencias que el embargo de la vivienda ocasiona a la familia del ejecutado son claramente perjudiciales y han de ser evitadas. El argumento parece razonable, aunque hay que hacer notar que el art. 592.1 LEC. se refiere a la menor onerosidad para el ejecutado, no para la familia del ejecutado, y por otra parte que el precepto no está pensando en absoluto en la vivienda familiar ni en la protección de la familia; no obstante, defendiendo como vengo haciendo en este trabajo la protección de la familia en situaciones de estabilidad matrimonial, no me parece desdeñable. 4.- Finalmente, podría alegar que la vivienda no es privativa del deudor, sino suya o copropiedad de ambos.

La alegación del uso de la vivienda familiar y su consiguiente oponibilidad queda reservada para el cónyuge al cual se le haya atribuido judicialmente ese uso. El cónyuge no titular en situaciones de normalidad matrimonial podrá alegar el carácter familiar de la vivienda, pero no oponer a los acreedores de su cónyuge el uso que hace de la misma, como derecho autónomo y protegible frente al embargo de la vivienda familiar. Nuevamente nos encontramos con que la ausencia de un derecho de uso como derecho autónomo y/o la falta de publicidad de ser familiar la vivienda que se embarga impiden una mayor protección del cónyuge no titular, que difícilmente puede aumentarse, en atención exclusivamente, precisamente, a un interés que se pretende proteger como digno de tutela, cual es la vivienda familiar.

#### F) Vivienda familiar y patrimonio de su titular

La vivienda familiar, como bien de contenido patrimonial que es, se integra en el patrimonio de su titular con todas sus consecuencias,

(47) YAÑEZ VIVERO, F.: *Op.cit.*, p. 25.

es decir, como bien que le permite acceder al crédito y como bien que responde del cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, el hecho de ser vivienda familiar, aunque no le priva de su carácter de bien patrimonial, sí la afecta a cubrir unas necesidades de alojamiento familiar que están, o deberían estar, por encima de las estrictamente patrimoniales (48). En este sentido, el ordenamiento jurídico intenta proteger la vivienda familiar, exigiendo el consentimiento del otro cónyuge para los actos de disposición, aunque la vivienda sea privativa de uno solo, protección que, como venimos viendo, resulta bastante débil para el cónyuge no titular en situaciones de estabilidad matrimonial, pero realmente, en poco afecta a la capacidad patrimonial del titular de la vivienda y a la garantía que su patrimonio representa para el cumplimiento de sus obligaciones.

También aquí la mayor protección que recibe el cónyuge no titular que ocupa la vivienda del otro por atribución judicial del derecho de uso perjudica al patrimonio de su titular, lo cual se admite sin problemas, toda vez que si ese derecho de uso es oponible y puede afectar a terceros, tanto más ha de admitirse que pueda afectar al (ex) cónyuge, que difícilmente podrá disponer de su bien patrimonial y también verá considerablemente recortada su capacidad patrimonial desde el momento mismo de la atribución, todo ello, en aras de proteger la vivienda familiar cuyo uso se ha atribuido al no titular. En cambio, el titular de la vivienda en situación de estabilidad matrimonial no se ve afectado por estos extremos, lo cual, evidentemente es positivo para él y para sus acreedores, pero puede resultar enormemente negativo para el cónyuge no titular y para el resto del grupo familiar.

No quiero decir con ello que el destinar una vivienda propia a vivienda familiar con ocasión del matrimonio deba suponer necesariamente una merma del patrimonio del titular, sino apuntar la idea de que ese destino debería admitirse con todas sus consecuencias, tanto para el propio titular como para terceros, fueran estos adquirentes o ejecutantes, si bien sería necesario establecer claramente esta circuns-

---

(48) En este sentido, señala ELORRIAGA DE BONIS que el alojamiento tiene para el individuo tanto un valor patrimonial como extrapatrimonial y que la vivienda familiar es propiedad familiar o un bien familiar, no porque ella pueda pertenecer a la familia considerada en su conjunto, sino porque es un bien ocupado por todos, del que todos se sienten propietarios y que, en definitiva, es el contorno de la familia nuclear. No obstante, no deja de reconocer que la titularidad jurídica de la vivienda habitual de la familia no goza de un estatuto especial en relación al resto de los bienes que circulan en el tráfico jurídico, sino que queda sujeta a las normas patrimoniales generales (ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 28, 100, 246).

tancia para evitar inseguridad en el tráfico y escasa fluidez en la contratación y el crédito; todo ello en aras de proteger la vivienda de la familia con una amplitud mucho mayor que la que tiene hasta ahora, especialmente frente a terceros acreedores del cónyuge deudor y titular de la vivienda. Reconozco que la idea no deja de ser un tanto utópica, y que tiene poca base jurídica para ser defendida. Se trataría de conciliar dos principios que poco o nada tienen que ver entre sí, dado su diferente ámbito de aplicación, pero que realmente chocan en este caso: la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 Cc.) y el principio de responsabilidad patrimonial universal, conforme al cual, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 Cc.). Si el titular del bien lo destina a vivienda familiar, contribuye con ello al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero dicho bien puede embargarse por deudas de su titular, con el consiguiente perjuicio para el resto del grupo familiar, perjuicio que, si se tratase de evitar, implicaría un perjuicio para los acreedores, que se verían privados de ejecutar un bien que forma parte del patrimonio de su deudor. Como decía, es difícil conciliar intereses personales y familiares con intereses patrimoniales; si el inmueble está destinado a vivienda familiar, ¿ostenta una «responsabilidad patrimonial» (su sujeción al levantamiento de las cargas del matrimonio) previa y anterior a la que pueda ejecutar un tercero por una obligación ya contraída siendo la vivienda familiar? ¿Podría embargarse, pero respetando entonces el uso previo del cónyuge no titular y, especialmente, de los hijos que integran el grupo familiar? La respuesta a estos interrogantes debería ser que sí, si tratáramos de resolver el problema desde una perspectiva puramente personalista (en el sentido de protección a la persona); sin duda, debería ser que no si tratamos de resolver el problema desde una perspectiva puramente patrimonialista, como así se hace en nuestro ordenamiento jurídico.

### III. POSIBLES SOLUCIONES PARA UNA MAYOR PROTECCION DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE ESTABILIDAD MATRIMONIAL

Cabe adelantar ya que el título de este apartado no pretende, ni mucho menos, cerrar definitivamente este tema, sino más bien dejarlo abierto, introduciendo simplemente algunas ideas o sugerencias y recapitulando sobre lo expuesto.

Para resolver la protección de la vivienda familiar que pertenece privativamente a un cónyuge, pero de cuyo uso disfrutaban no sólo él, sino el conjunto del grupo familiar (el otro cónyuge y, eventualmente, los hijos), se han propuesto o cabe proponer distintas soluciones, algunas de las cuales, ya hemos comentado, de difícil aplicación práctica.

Inembargabilidad de la vivienda familiar: no ha entrado nunca en el ánimo de nuestro legislador decretar sin más la inembargabilidad de la vivienda familiar, cuestión que podía haberse planteado con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La vivienda familiar ni era inembargable antes de dicha reforma ni lo es ahora. Por otra parte, sería una solución demasiado drástica, por todos los inconvenientes que acarrea, y que tampoco resolvería todos los problemas, pues que la vivienda familiar fuera inembargable afectaría a los acreedores del cónyuge titular en aras de la protección de la familia, y sólo respecto al cónyuge titular y el grupo familiar, pero no resolvería el problema de los actos de disposición, pues cabría pensar que el titular puede disponer de la vivienda, y quedar protegido el adquirente de buena fe (en virtud de lo dispuesto en el art. 1320.2 Cc.), sin que necesariamente respecto a él el bien fuera inembargable si no reúne a su vez la condición de vivienda familiar; lo que llevaría a tener que afirmar también la indisponibilidad de la vivienda familiar, solución igualmente drástica y no exenta de inconvenientes en la práctica.

Posposición de la vivienda familiar al último lugar entre los bienes embargables: puede parecer una solución razonable, aunque no exenta de inconvenientes para quienes no disponen de otros bienes (49), pues aunque fuera en último lugar, la vivienda familiar acabaría siendo embargada (además de que tampoco se resolvería la cuestión de la disponibilidad anteriormente apuntada). Tampoco ha sido acogida esta solución en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que aunque introduce modificaciones en este punto, deja a los bienes inmuebles en el mismo lugar en que antes se hallaban.

Creación de un patrimonio familiar: adoptado convencionalmente por los propios cónyuges, formado por los bienes que éstos determinen, inembargable e indisponible en forma individual por uno de ellos. Esta solución, como apunta ELORRIAGA DE BONIS, tampoco está exenta de inconvenientes, básicamente, dos: en primer lugar, que la protección de la vivienda familiar no se produce *ex lege*, sino por la actuación de los interesados, que si no lo hacen por cualquier motivo (desconocimiento, dejadez, gastos de constitución), ya no estarían pro-

---

(49) En este sentido, ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, p. 454.

tegidos; en segundo lugar, dificulta el acceso al crédito del grupo familiar, al ser el patrimonio familiar constituido un conjunto de bienes inembargable e indisponible individualmente (50).

Exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar (51): esta solución me parece perfectamente aceptable, como ya indiqué, y puede admitirse su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de ninguna modificación legislativa, sino interpretando el art. 1320 Cc. (que no es norma restrictiva, sino protectora) en relación con el art. 1322 Cc. en su espíritu y finalidad de proteger la vivienda familiar, más que al tercero, pero sin desproteger al que lo sea de buena fe; con esta solución no habría conflicto entre cónyuge no titular cuyo consentimiento se ha omitido y tercero de buena fe, sino que sencillamente, sería necesario siempre el consentimiento del otro cónyuge, y en nada podría ampararse el tercero si en el acto dispositivo no consta el consentimiento del cónyuge no titular. El inconveniente que podría plantear esta solución es que, en la práctica, ante la duda de ser el bien vivienda familiar, el tercero debería exigir el consentimiento del otro cónyuge en cualquier caso, lo que perturbaría la fluidez en el tráfico jurídico de las personas casadas. Por otra parte, es una solución que resuelve el problema de la protección de la vivienda familiar en los supuestos de actos de disposición sobre la misma por su titular, pero no en los casos en que la vivienda sea embargada por deudas del cónyuge titular, problema que podría resolverse combinando esta con la siguiente solución.

Limitación de la responsabilidad de la vivienda familiar exclusivamente a las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro (52): o lo que es lo mismo, exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para vincular la vivienda familiar. De este modo, la vivienda familiar quedaría protegida frente a terceros acreedores por deudas exclusivamente contraídas por uno de los cónyuges, que, precisamente, es el titular exclusivo de la vivienda, lo que no deja de ser una solución basada en criterios personalistas, de protección a la familiar, antes que en criterios puramente patrimonialistas. En cualquier caso, y siendo una buena solución, la exigencia del consentimiento del otro cónyuge para contraer el titular una obligación

---

(50) ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, p. 455.

(51) En este sentido, como ya se indicó al tratar del tercero de buena fe y del art. 1.320 Cc., SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar*, cit., pp. 41-42; ESPIAU ESPIAU, S.: *Op.cit.*, pp. 180, 257.

(52) Esta es la solución que propone ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Op.cit.*, pp. 455-456.

que pudiera afectar a la vivienda familiar, dejaría fuera de su ámbito de protección supuestos en los que el titular de la vivienda familiar haya podido contraer obligaciones en las que no puede exigirse previa o simultáneamente el consentimiento del otro cónyuge (pensemos en responsabilidades extracontractuales o derivadas del ejercicio profesional). Por otra parte, no deja de ser una inembargabilidad relativa de la vivienda, que no tiene un apoyo normativo claro.

Cabría plantear una última solución (u otra solución posible), complementaria de alguna de las anteriores, que no deja de tener fundamento jurídico, pero que no podría aplicarse sin más conforme a la actual situación normativa de nuestro ordenamiento jurídico, sino que exigiría una importante reforma en algunos extremos de la regulación del Derecho de Familia, así como en el ámbito de la legislación hipotecaria y procesal, cuestión esta que no debe considerarse un obstáculo insalvable, habida cuenta de que nuestro ordenamiento ha experimentado en diversas ocasiones profundas reformas (sin ir más lejos, la de 1981 en materia de familia, que viene al caso).

Dicha solución sería proteger al cónyuge no titular y mantenerle en el uso de la vivienda familiar durante un tiempo, atendiendo a las circunstancias del caso y a las necesidades de la familia, solución que sería aplicable a los supuestos extremos en los no ha podido prestar su consentimiento, dada la naturaleza de la obligación contraída por el titular. Con ello tendríamos que la vivienda familiar quedaría protegida completamente: frente a terceros adquirentes del cónyuge titular, por la exigencia de su consentimiento para cualquier acto de disposición, frente a terceros acreedores del cónyuge titular, por la exigencia de su consentimiento para vincular la vivienda familiar y, en caso de haberse omitido o de no ser posible, por mantenerle en el uso de la vivienda familiar durante un tiempo, que podría venir prudencialmente determinado por el juez, atendiendo, como he señalado, a las circunstancias del caso y a las necesidades de la familia, del mismo modo que cuando se atribuye la vivienda familiar al cónyuge no titular en los procesos matrimoniales. Esta solución supone una concepción de la vivienda familiar como un bien no puramente y solamente patrimonial, sino como un bien al servicio de la familia, que la dotaría de un régimen especial que trasciende a los propios cónyuges y a los terceros, en orden a su disponibilidad y embargabilidad; no sería tanto una propiedad especial, sino una propiedad con un estatuto especial, que debería estar claramente determinado.

Sobre cuáles fueran los requisitos y los criterios para otorgar esta especial protección, se podría discutir mucho; pero se pueden apuntar

los siguientes: 1.- Que la vivienda protegida sea precisamente vivienda familiar, principal, habitual, habitada y destinada a ello efectivamente. 2.- Que el carácter de vivienda familiar tuviera una clara publicidad registral, a efectos del conocimiento de esta circunstancia por cualquier tercero, aunque admitiendo prueba en contrario si no lo es, pero aparece como tal; sin esa publicidad, el tercero debería quedar protegido. 3.- Que en la decisión de mantener al grupo familiar en el uso de la vivienda durante un tiempo se ponderasen todos los intereses en juego, como si la familia dispone de una segunda residencia, cualquiera que sea el cónyuge titular, que le permita dar cobertura a su necesidad de vivienda, si es posible hacer frente a la obligación con otros bienes, etc. Especial consideración debería prestarse a la existencia de hijos, sobre todo menores, que conviven y dependen económicamente de los cónyuges. 4.- Que el plazo en el que se permite al grupo familiar continuar en el uso de la vivienda no fuera tan dilatado que pudiera perjudicar al acreedor.

