

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora asociada de Derecho Civil UNED
Secretaria de IDADFE

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ, *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (artículo 96 p. 1, 2 y 3 del CC): Teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas-Aranzadi, Madrid, 2005, 453 págs.

La autora de esta monografía, María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, es una consumada experta en el régimen jurídico de la vivienda familiar. Así lo acredita el largo elenco de trabajos publicados sobre esta conflictiva materia; en particular y entre otros, cabe destacar el volumen titulado *Compraventa financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, Civitas, Madrid, 2002, o los artículos «Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición», *AC*, 19, 2005, «Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (artículo 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), *RCDI*, 1996; y también, entre otros, «Comentario a la Sentencia de 16 de diciembre de 1995», *CCJC*, 41, 1996.

En este sentido, y como acredita la temática de los títulos enunciados, son muchos y diversos los puntos conflictivos que afectan al régimen aplicable a la sede jurídica de la familia. Si MARTÍN MELÉNDEZ en su monografía titulada *Compraventa financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, analizaba tanto el su-

puesto de su adquisición —previa al comienzo de la sociedad de gananciales por uno de los cónyuges— mediante compraventa con plazos concedidos por el propio vendedor como la realizada mediante préstamo hipotecario, en este nuevo volumen que ahora se comenta aborda, específicamente, el destino de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimoniales.

Como recoge la Profesora MARTÍN MELÉNDEZ en el título de esta nueva monografía, la materia está presidida por los criterios legales previstos en el artículo 96 del Código civil. Este precepto, cuya redacción se remonta a la Ley 30/1981, de 7 de julio, y que no ha sido afectado por las últimas reformas en materia de matrimonio y divorcio, determina los criterios atributivos en cuatro párrafos y supuestos diferentes: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. —Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente—. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.- Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

En definitiva, uno de los elementos a los que se ha de atender en las medidas provisionales, en la propuesta del convenio regulador, si lo hubiere, y en las medidas judiciales definitivas en los procesos matrimoniales, es la asignación del uso de la vivienda habitual. Y ese es el objeto, como decimos, de esta obra dividida en cuatro partes diferenciadas. La primera de ellas está dedicada a la exposición de las generalidades y conceptos previos; la segunda parte se detiene en la atribución de la vivienda cuando existan hijos; la siguiente parte se ocupa del supuesto contrario, es decir, del examen de los criterios de atribución cuando en la pareja matrimonial no concurren hijos. En el cuarto y último bloque la autora se detiene en la aplicabilidad del artículo 96 a la vivienda común a ambos esposos.

En cuanto al concreto análisis de cada parte, corresponde destacar que en la primera de ellas, que lleva por título «Generalidades», la autora se detiene en diversos aspectos especialmente relevantes empleando para ello cinco capítulos distintos. En los tres primeros capítulos aborda cuestiones previas como la atribución del uso de la vi-

vienda familiar en la sentencia de separación, divorcio o nulidad y una referencia a las uniones de hecho. Una vez se ha ocupado de estos elementos preliminares, conviene singularizar el capítulo cuarto sobre «La vivienda familiar como objeto sobre el que recae el uso atribuido», ya que el concepto de vivienda familiar a la vista de los preceptos que de ella se ocupan no es unívoco. En particular y teniendo presente el artículo 96 del Código civil, la autora aboga por un contenido restrictivo. También, y como base para el análisis del precepto, la Profesora MARTÍN MELÉNDEZ diferencia entre los «criterios de atribución» y el «fundamento de la atribución». Estos fundamentos de la atribución son las expectativas generadas por el matrimonio respecto a la vivienda familiar frente a los criterios que son dos: el interés familiar más necesitado de protección como criterio principal y, subsidiariamente, el segundo criterio relativo a la titularidad. Este interés familiar excluye el de otras personas no integrantes de la familia en sentido nuclear, de modo tal que no habrán de ser tenidos en cuenta los de otros parientes o amigos por mucho que, como pudiera pasar con los abuelos, convivieran con la familia en crisis.

La segunda parte, «La atribución del uso existiendo hijos», está dividida en dos capítulos distintos donde se abordan, a su vez, los dos diferentes supuestos contemplados por el Código civil. Será el caso de la pareja matrimonial en crisis que tiene descendencia y estos hijos quedan en compañía de uno solo de los progenitores, y el supuesto ratificado por la resolución judicial donde los hijos queden separados entre ambos cónyuges. Así, el primer capítulo de esta segunda parte sobre los «Hijos encomendados a uno solo de los cónyuges: el artículo 96.1» se ocupa de la defensa del interés más digno de tutela que parece ser el de los hijos, de la relativa automaticidad del uso al cónyuge que se quede con los hijos mayores o menores y del caso de la concurrencia de hijos comunes y no comunes entre la pareja en crisis.

En síntesis, existiendo hijos el uso será atribuido al cónyuge en cuya compañía queden y, en los casos de guarda y custodia compartida y ante su falta de previsión expresa, MARTÍN MELÉNDEZ propone que, de conformidad con el actual artículo 96, si se atribuye alternativamente la guarda también habrá de ser atribuido alternativamente el uso, siendo los progenitores los que entren y salgan de la vivienda. A su vez, podría valorarse entre las mudanzas periódicas de los hijos o la atribución de la vivienda al cónyuge guardador pero siempre atendiendo al interés superior del menor. Ya que habrá de entenderse que «el interés de los hijos en la vivienda

familiar es el más necesitado de protección y que, por tanto, la atribución del uso quedará vinculada a la potestad de guarda», todo ello con la cautela de la casuística que preside la materia y la dificultad consecuente de elaborar y sentar normas generales.

Por fin, dos cuestiones relevantes ponen término a este primer capítulo de la segunda parte. De una parte, la especificación de que los hijos a que se refiere el artículo 96 en su párrafo primero son sólo los menores de edad o incapacitados, excluyéndose los mayores. En cuanto a la titularidad del derecho de uso, la autora defiende que corresponderá única y exclusivamente al cónyuge beneficiario con quien hayan quedado los hijos y no a éstos, ni solos, ni conjuntamente con el progenitor en cuya compañía estén.

El segundo capítulo, que cierra esta segunda parte, se ocupa del supuesto de «hijos en compañía de un cónyuge e hijos en compañía del otro: el art. 96, P.2 CC». Este supuesto presenta la dificultad de recoger el caso de los hijos separados entre los dos progenitores, por lo que, a su vez, habrá que resolver casuísticamente cuál es el interés más digno de protección.

En cuanto a la tercera parte que lleva por título «La atribución del uso si no existen hijos» presenta, a su vez, tres capítulos dedicados sucesivamente a la «Inexistencia de hijos: el art. 96, P. 3 CC: criterios a aplicar para decidir la atribución de la vivienda familiar», «Atribución al cónyuge no titular» y «Atribución al esposo titular». En definitiva, esta tercera parte ventila las particularidades que pueda presentar la aplicación del tercer punto del artículo 96 del Código civil por cuanto prevé que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». De modo que la premisa mayor es el pacto y, sólo en su ausencia, serán de aplicación los dos criterios sentados por el precepto que se acaba de transcribir. Y además habrá de destacarse la excepcionalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. MARTÍN MELÉNDEZ también entiende subsumido en este supuesto, el caso de que no haya habido hijos comunes, el de los hijos mayores de edad independizados o no y también, el de los hijos sólo de uno de los esposos.

El segundo capítulo de esta tercera parte, sobre «la atribución al cónyuge no titular», pone de manifiesto que en los casos de parejas matrimoniales sin hijos, los criterios son más exigente ya que deben atender tanto al «interés más necesitado» como a las circunstancias

«que hagan aconsejable la atribución al esposo no titular». Una vez analizados estos dos elementos y examinada también la jurisprudencia dictada sobre el caso en cuestión, la autora pasa al estudio del supuesto de presencia de hijos convivientes cuando éstos sean mayores de edad. A su juicio, el interés de estos hijos no es el que contempla el punto primero del artículo 96, pese a que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias sí los incluyen. Con todo, estima que también puede tenerse presente para atribuir la vivienda al cónyuge no titular si con ello se consigue que el esposo que convive con ellos pueda llegar a tener él el interés más necesitado de protección por su causa, siempre que se den determinadas circunstancias especiales. Repárese en esta cuestión ya que MARTÍN MELÉNDEZ estima que la titularidad del uso corresponde al esposo beneficiario únicamente. El último caso tratado en esta tercera parte es el de la atribución al esposo titular cuando no exista un interés más digno de tutela en ninguno de los dos, por lo que será mantenido en el uso de su vivienda.

En la cuarta y última parte sobre la «Atribución del uso de la vivienda común», la autora aborda el supuesto de vivienda común a ambos en comunidad ordinaria o ganancial, o a un esposo y un extraño, ocupándose en definitiva de la liquidación de gananciales. En el primer capítulo de esta parte sobre la «Aplicabilidad del artículo 96 del Código civil a la vivienda común a ambos esposos existiendo un interés más necesitado de protección», también recoge la comunidad postganancial habida cuenta de que si el régimen económico matrimonial era el de gananciales, éste será mantenido hasta su disolución por sentencia, momento en que la masa común pasará a formar parte de dicha comunidad postganancial hasta que ésta desaparezca con la liquidación. Por ello destaca este elemento ya que «si la vivienda es común en régimen de comunidad ordinaria, cada cónyuge ostentará una cuota sobre la titularidad de la vivienda», frente a los supuestos de la titularidad por razón de la existencia de la comunidad de ganancias o postganancial donde cada uno de ellos ostentará una cuota del conjunto del patrimonio. En cuanto a los criterios del artículo 96, especialmente los previstos en los dos primeros párrafos, resultarán de aplicación plena ya que el legislador no distingue la titularidad de la vivienda. Por el contrario, ofrece más resistencias el párrafo tercero ya que, cuando no haya hijos, ni la doctrina ni la jurisprudencia encuentran aplicable este precepto al caso de la vivienda común. Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del párrafo tercero al caso de vivienda ganancial. Se cierra este capítulo con el caso de la vivienda en comunidad ordinaria donde la única solución posible será el ejercicio

de la acción de división sin que el beneficiario de uso ostente un derecho de adjudicación preferente.

En cuanto a la «Inexistencia de interés más necesitado», constituye el objeto del segundo capítulo de esta cuarta y última parte que finaliza con unas «Breves notas de Derecho comparado». Por su parte, la obra también recoge las principales aportaciones bibliográficas de la doctrina.

En suma, no cabe duda de que la atribución de la vivienda familiar es uno de los aspectos más controvertidos tanto entre las propias parejas matrimoniales en crisis como por la aplicación judicial de los criterios de asignación de uso en virtud del artículo 96. Por ello, esta obra ha de ser bienvenida por la propia elección del tema y porque su autora la Profesora MARTÍN MELÉNDEZ, nuevamente, ha sabido presentar un trabajo riguroso que sin desdeñar la necesaria claridad expositiva aborda exhaustivamente las vertientes más conflictivas de la atribución de la vivienda familiar.