

LA PROBLEMÁTICA DEL EMBARGO Y ENAJENACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA FAMILIAR ADJUDICADA EN USO A UNO DE LOS CÓNYUGES

MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN
Doctora en Derecho Procesal

Sumario: I. EMBARGO DE VIVIENDA FAMILIAR U OBJETOS DE USO ORDINARIO PROPIEDAD DE UNO O AMBOS CONSOR-
TES.—I.1. Embargo indebido de los objetos de uso ordinario de la vi-
vienda.—I.2. Embargo de la vivienda familiar.—A) Vivienda titularidad
del cónyuge al que no se ha atribuido el uso.—a) Subasta de la vi-
vienda familiar en ejecución dirigida frente al propietario y oponibi-
lidad frente al rematante o adjudicatario del derecho de uso.—b) Pro-
ceso de ejecución contra el cónyuge al que ha sido atribuido el
uso.—c). Embargo indebido en proceso de ejecución dirigido frente a
un tercero: preclusión del plazo para interponer una tercera de do-
minio.—B) Vivienda propiedad de ambos cónyuges pro indiviso.—II.
EMBARGO DE VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TER-
CERO.—II.1. Derecho de uso sobre vivienda arrendada.—A) Deficien-
cias del art. 15 de la LAU.—B) Título posesorio del beneficiario del de-
recho de uso.—C) Requerimiento para la presentación del título
posesorio. —D) Incidente para resolver el derecho a permanecer en la
vivienda tras su enajenación forzosa.—a) Legitimación.—b) Compare-
cencia de las partes.—c) Prueba.—d) Resolución del incidente.—e) Cri-
terios para decidir sobre la subsistencia o extinción del arrenda-
miento y del derecho de uso.—E) Ejercicio del derecho de
retracto.—II.2. Derecho de uso sobre vivienda ocupada en usufruc-
to.—II.3. Derecho de uso sobre vivienda ocupada en virtud de un de-
recho de habitación.—A) Derecho de habitación titularidad de ambos
cónyuges.—B) Derecho de habitación titularidad de un cónyuge.—II.4.
Derecho de uso sobre vivienda de los padres cedida *propter nuptias*.

En la sociedad actual en que las situaciones de crisis matrimonial resultan demasiado habituales —lo que ha tenido su reflejo en ciertas medidas legislativas que han flexibilizado los motivos por los que puede iniciarse un proceso de separación y divorcio— constituye una cuestión digna de especial reflexión la relativa a la adjudicación del derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, generalmente la mujer, aunque no en todo caso, máxime teniendo en cuenta la introducción en nuestro ordenamiento civil de la polémica posibilidad de que el vínculo matrimonial una a dos personas del mismo sexo.

En esta tesitura, el presente artículo pretende analizar los perjuicios que ocasiona al cónyuge a quien ha sido atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar su enajenación forzosa en un proceso de ejecución dirigido tanto frente a su antigua pareja como frente a un tercero (arrendador, nudo propietario, familiar de uno de los consortes en caso de cesión *propter nuptias* de la posesión de la vivienda etc.).

El elenco de situaciones que pueden plantearse justifican un detenido estudio de esta cuestión, deslindando los mecanismos procesales que el legislador —fiel a las sugerencias del propio Tribunal Constitucional¹— ha introducido *ex novo* en la vigente LEC (arts. 661 y 675) en aras de dilucidar en el propio proceso de ejecución el problema relativo al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles su-

¹ El derecho de los terceros ocupantes de inmuebles subastados a permanecer en los mismos tras su venta forzosa en una ejecución dirigida contra el arrendador es una cuestión harto conflictiva que ha llegado al propio TC que ha mantenido a este respecto una línea jurisprudencial vacilante: así, en las sentencias 6/1992, de 16 de enero de 1992 y 21/1995 de 24 de enero, otorgó el amparo a sendos arrendatarios desalojados a consecuencia de la subasta del inmueble que ocupaban con independencia de que dichos arrendamientos hubieran sido concertados con posterioridad a la hipoteca del inmueble. No obstante, en otras resoluciones matizó su postura, considerándola inaplicable tanto a los arrendamientos que pudieran reputarse fraudulentos por su duración o renta (Auto 309/1994, de 14 de noviembre) cuanto a otro tipo de poseedores como los usufructuarios (STC 69/1995 de 9 de mayo). Posteriormente, el TC, invirtiendo la tesis defendida en un principio, desestimó sucesivos recursos de amparo interpuestos por arrendatarios desalojados a consecuencia de la subasta del inmueble ocupado, considerando que no se vulneraba su derecho de defensa al poder acudir para defender sus derechos a un ulterior juicio declarativo (SSTC 158/1997 de 2 de octubre, 174/1997 de 27 de octubre, 223/1997 de 4 de diciembre, 227/1997 de 15 de diciembre y 42/1998 de 14 de febrero).

La problemática suscitada por esta cuestión y la insatisfacción de nuestro Alto Tribunal de remitir a un posterior proceso de declaración, propició que dicho Tribunal hiciera un llamamiento al legislador para que regulara la posibilidad de dilucidar este problema en el propio proceso de ejecución, lo que tuvo su traducción práctica en los arts. 661 y 675 de la LEC que establecieron un incidente sumario a instancias del ejecutante o rematante respectivamente para resolver dentro del proceso de ejecución sobre el rápido desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles objeto de enajenación forzosa.

bastados sin la imperante necesidad de demorar la cuestión a un ulterior juicio declarativo.

La problemática relativa a la subsistencia o extinción del derecho de uso tras la venta forzosa de la vivienda familiar obliga a conciliar diversos intereses (familiares, patrimoniales, de protección a los terceros que operan en el tráfico jurídico), lo que exige ponderar factores tales como el título ostentado por los cónyuges sobre el inmueble (propiedad, arrendamiento, usufructo, derecho de habitación, precario, comodato...), el momento en que surgió el derecho de uso en relación al embargo y su constancia registral.

I. EMBARGO DE VIVIENDA FAMILIAR U OBJETOS DE USO ORDINARIO PROPIEDAD DE UNO O AMBOS CONSORTES

El derecho a una vivienda digna y adecuada reviste una especial trascendencia en nuestros días e incluso se encuentra investido de rango constitucional en el art. 47 de nuestra Carta Magna. De todos modos, dicha relevancia no llega hasta el extremo de que el ordenamiento procesal excepcione o subordine su embargo al de otros bienes inmuebles, sin perjuicio de que existan propuestas doctrinales en este sentido². No obstante, el concepto de «vivienda familiar» engloba tanto el continente (espacio físico) como el contenido (muebles, objetos y enseres)³ y a tenor de lo dispuesto en el art. 606 de la LEC han de reputarse inembargables *el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia en lo que no pueda considerarse «superfluo»*, por lo que aun cuando dicho adjetivo es un concepto jurídico indeterminado tildado de subjetivismo, entendemos vedada la traba de lo que clásicamente se denomina «ajuar doméstico» con exclusión de las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor (art. 1321.2 del CC).

En una situación de crisis matrimonial, el uso de la vivienda que ha servido de hogar a la familia⁴ así como los objetos de uso ordinario de la misma, corresponde —a falta de acuerdo entre los cónyuges—

² Cfr. ALGARRA PRATS, E. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (comentario al hilo de la STS 106/2002, de 6 de mayo). *Revista Derecho Privado y Constitución*. Núm. 16. 2002, p. 36.

³ Cfr. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado». *RCDI*. Núm. 596. 1990, p. 94.

⁴ En la SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005 se atribuye el uso de una vivienda todavía en construcción a la esposa e hijos comunes, sin que sea obstáculo alguno el que la misma no haya sido ocupada todavía por la familia habida cuenta que dicha vivienda estaba llamada a servir de hogar familiar.

ges— a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden o, en su defecto, al cónyuge más necesitado de protección (art. 96 CC), sin perjuicio de que también resulte admisible —aunque no aconsejable— la concesión alternativa del uso a ambos cónyuges⁵ o la atribución del uso del hogar familiar a uno de ellos y el de la segunda vivienda al otro⁶, aunque en algunos casos —que no por excepcionales dejan de merecer cierta mención— no resulte posible conceder el uso a ninguno de los consortes⁷.

El derecho de uso previsto en el art. 96 del CC no se puede asimilar al derecho real de uso que prevé el art. 524.1 codicilar, el cual, al referirse a inmuebles fructíferos normalmente recae sobre fincas rústicas o empresas, sino que supone la atribución a un cónyuge, tras una situación de crisis matrimonial, de la facultad de usar la vivienda familiar, excluyendo al otro consorte de una posesión que hasta entonces era compartida, sin perjuicio de que el título de posesión ostentado con anterioridad no sufra modificación por la atribución de dicho derecho de uso.

Cuando el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma sea atribuido al cónyuge no propietario, o propietario sólo en parte, resulta un imperativo insoslayable dotarle de medios procesales de defensa para salvaguardar sus intereses frente al embargo y ulterior enajenación forzosa del inmueble.

I.1. EMBARGO INDEBIDO DE LOS OBJETOS DE USO ORDINARIO DE LA VIVIENDA

Ab initio, y con carácter previo a analizar los mecanismos procesales de defensa del titular del derecho de uso frente a la traba de la vivienda

⁵ En la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 9 de mayo de 2002 se admite la concesión alternativa del uso de la vivienda dado que la duración del matrimonio fue escasa y no había hijos. En la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de febrero de 2005 se atribuyó el uso de la vivienda familiar a la esposa y a la hija común hasta que ésta alcanzara 24 años y, posteriormente, alternativamente a los esposos.

⁶ SSAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de mayo de 2002; de Málaga, Sección 6.ª, de 15 de junio de 2004.

⁷ En la SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 6 de febrero de 2002 no se consideró oportuno atribuir el uso de la vivienda familiar en exclusiva a ninguno de los cónyuges, dado que la misma era ocupada, con anterioridad a la demanda de separación, por la hermana del esposo (propietaria del 50%) y en el momento de dictarse la presente sentencia se encontraba instalada en ésta desde hacía más de dos años, no pudiendo adoptarse medida alguna respecto a esta ocupante por ser una persona ajena al litigio matrimonial.

Asimismo, tampoco podrá atribuirse el uso de la vivienda a un cónyuge cuando el otro consorte la posea en arrendamiento o precario por razón de su profesión.

familiar en su consideración de *inmueble*, no resulta ocioso deslindar los mecanismos de que dispone para denunciar el embargo indebido de los *objetos y enseres de uso ordinario* que se hallen en ésta⁸.

El art. 606.1.º de la LEC declara la inembargabilidad de dichos objetos y el 609 sanciona con la *nulidad de pleno derecho* la traba de bienes inembargables; disponiendo que para denunciar dicha nulidad el ejecutado deberá interponer los recursos ordinarios o impugnar esta irregularidad por simple comparecencia ante el órgano judicial, si no se hubiera personado ni deseara hacerlo en la ejecución.

A estos efectos, y con relación al referido precepto se suscitan dos óbices procesales:

En primer lugar, procede preguntarse *qué ocurre si el embargo se ha acordado en el auto despachando ejecución, en una providencia de mejora de embargo o en un acta de embargo, ya que dichas resoluciones son irrecurribles* (arts. 551.2 y 612 de la LEC) *y tampoco las actas pueden recurrirse*. En nuestra opinión, y habida cuenta que la literalidad de los arts. 551.2 y 612 de la LEC pudiera vaciar el contenido lo dispuesto en el art. 609 ocasionando indefensión a los justiciables, estimamos que resulta obligado interpretar que el art. 609 constituye *lex specialis* de aplicación preferente a aquellos preceptos, por lo que decretado el embargo de bienes inembargables en el auto despachando ejecución o en una providencia de mejora de embargo, dicha traba podrá ser objeto de *recurso*, no sólo por aplicación del mentado art. 609 sino también a tenor de lo prevenido en el art. 562 de la LEC que contempla la utilización de los recursos para denunciar la infracción de normas legales (como son las que prohíben el embargo de cierto tipo de bienes). De todos modos, si la traba hubiera tenido lugar en un acta —en tanto que las mismas no pueden recurrirse por no tener la consideración de resoluciones— estimamos que el ejecutado podrá *presentar un escrito ante el Juzgado* que será proveído por medio de una resolución judicial que en caso de no alzar el embargo, podrá ser recurrida. No obstante, en todos estos casos, si el ejecutado no se hubiere personado ni deseara hacerlo, bastará con que denuncie dicha irregularidad por medio de una *mera comparecencia* ante el Juzgado.

En segundo lugar, otra cuestión que se suscita es *qué ocurre si el ejecutado no denunciar el embargo indebido del mobiliario y enseres*

⁸ La atribución del uso del ajuar doméstico no se encuentra condicionado a que el mismo se utilice obligatoriamente en el domicilio familiar, pudiendo trasladarse al domicilio donde habiten los hijos (SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 12 de abril de 2005).

ordinarios de la vivienda cuando éstos, aun de su propiedad, hubieran sido atribuidos en uso a su antiguo consorte. En estos supuestos, la vigente LEC presenta una laguna normativa, pues tan sólo permite al cónyuge del deudor utilizar los mismos mecanismos de defensa que el ejecutado para la defensa de bienes gananciales (art. 541), pero no cuando dicha sociedad de gananciales se hubiera disuelto a consecuencia de un proceso de crisis matrimonial.

Bien es cierto que, merced a la analogía, el art. 541 pudiera considerarse aplicable al caso que nos ocupa, pero, siendo conscientes de que dicha interpretación supondría forzar en exceso los términos legales, entendemos que al menos debe admitirse que el cónyuge adjudicatario del uso pueda poner de manifiesto el embargo indebido en una *mera comparecencia ante el Juzgado*, debiendo aceptarse sus manifestaciones por idéntica *eadem ratio* que se aceptan las del ejecutado no personado cuando pretende el alzamiento de la traba de bienes inembargables.

I.2. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

A) Vivienda titularidad del cónyuge al que no se ha atribuido el uso

En este epígrafe vamos a analizar la problemática suscitada cuando siendo la vivienda familiar titularidad de un cónyuge y habiéndose atribuido el uso a su consorte, dicha vivienda resulte embargada en un proceso de ejecución.

A estos efectos procede diferenciar tres situaciones con distintas respuestas jurídicas:

a) Subasta de la vivienda familiar en ejecución dirigida frente al propietario y oponibilidad frente al rematante o adjudicatario del derecho de uso

En el supuesto de que el proceso de ejecución se dirija contra el cónyuge que ostente la titularidad de la vivienda, el embargo y posterior enajenación forzosa de ésta puede afectar al derecho de uso adjudicado a su consorte, sin que en estos casos resulte aplicable el art. 96.4 del CC que establece que *para disponer de la vivienda familiar o bienes de uso ordinario existentes en la misma adjudicados en uso al cónyuge no titular, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o,*

en su caso, *autorización judicial*⁹, ya que la aplicación de esta norma se exceptúa en los supuestos de venta forzosa del inmueble, dado que en ésta se prescinde de la voluntad del ejecutado y que dicho acto se encuentra respaldado por el *imperium* de un órgano judicial.

No obstante, a tenor de lo previsto en el apartado quinto del art. 144 del RH, *cuando la ley exige el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, constando este carácter en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de la vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo haya sido notificado al cónyuge del titular embargado*. Dicho apartado quinto se introdujo en el Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y fue objeto de ulteriores reformas por Reales Decretos de 10 de octubre de 1984 y 4 de septiembre de 1998 respectivamente, siendo esta última la que más afectó a su contenido en tanto que modificó la necesidad de notificar la *demanda* al cónyuge no titular —bastando con la notificación del *embargo*— y, además, suprimió la presunción favorable al carácter familiar de la vivienda, pues tras la reforma si no consta en el Registro la consideración de vivienda familiar no es necesaria la notificación al otro cónyuge e incluso, si consta, tampoco será necesaria dicha notificación cuando del mandamiento resulte el carácter no familiar de la vivienda¹⁰. Este precepto ha desatado, con razón, críticas doctrinales¹¹: *ab initio*, por la dificultad que supone que el carácter familiar de la vivienda figure en el mandamiento si no se ha llamado al

⁹ El art. 96.4 del CC ha de extenderse a todas las formas de titularidad, debiendo exigirse el acuerdo de ambos cónyuges o la supletoria autorización judicial para actos tales como renunciar al derecho de usufructo o de habitación, extinguir unilateralmente el contrato de arrendamiento y otros similares (cfr. GARCÍA VARELA, R. «Comentario al Art. 96». *Comentarios del Código Civil*. Coordinador Ignacio Sierra Gil. Ed. Bosch. T. II. Barcelona. 2000, p. 105. VVAA. *Manual Jurídico de la familia*. La Ley. Madrid, 2003, p. V-107).

¹⁰ La alusión al hecho de que el propio mandamiento de embargo pueda determinar que el inmueble no está afecto al destino de vivienda familiar, puede resultar contradictorio con la circunstancia de que el propio precepto delimite su aplicación exclusivamente a aquellos casos en que aquel destino conste expresamente en el Registro (cfr. MORALEJO IMBERNÓN, N. «El embargo de bienes gananciales. Algunas reflexiones sobre la reforma del art. 144 del RH por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre». *Ar. C.* 1998-III, p. 157).

¹¹ Cfr. YÁNEZ VIVERO, F. «El embargo de la vivienda familiar y su anotación: reforma del Reglamento Hipotecario y nueva Ley de Enjuiciamiento civil». *El consultor Inmobiliario*. Núm. 20. Julio-agosto. 2002, pp. 23, 24. ALGARRA PRATS, E. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros. Comentario al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *op. cit.*, p. 30.

proceso al cónyuge del titular y, en segundo lugar, porque aun cuando conste en el mandamiento dicho carácter si no figura en el Registro, la ley no preceptúa notificación alguna al cónyuge del ejecutado, siendo que en puridad sería lo adecuado.

En los casos en que en un proceso de ejecución se proceda a la enajenación forzosa de la vivienda familiar procede preguntarse *cómo podrá oponerse el derecho de uso al tercer adquirente del inmueble*.

En primer lugar, para hacer valer dicha oponibilidad será conveniente que el derecho de uso haya **accedido al Registro de la Propiedad**, lo que resulta posible al amparo de lo previsto en la legislación procesal en los arts. 727.6.º y 755.2 de la LEC y en la normativa registral en los arts. 2.2.º de la LH y 7.2.º del RH (que permiten el acceso al Registro de la Propiedad de los títulos con trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifiquen alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles). Cuando el derecho de uso conste en el Registro *con anterioridad a la anotación preventiva de embargo* constituirá una carga oponible a terceros (arts. 71 de la LH, 175 del RH, 668.3.º y 674.2 de la LEC), si bien, resulta criticable la inexistencia de unos parámetros que permitan proceder a su correcta valoración a los efectos de practicar la oportuna *liquidación de cargas* en aras de fijar el tipo de la subasta. De hecho, ha sido criticado por la doctrina¹² que el legislador no haya previsto unos criterios objetivos que faciliten a los Secretarios Judiciales la valoración de ciertas cargas como las servidumbres y, en general, la mayor parte de los derechos inscritos que no sean una mera anotación de embargo o hipoteca.

De todos modos, y en segundo lugar, procede preguntarse si el derecho de uso también podrá oponerse al rematante o adjudicatario en la subasta en el caso de que **figure inscrito en el Registro con posterioridad a la anotación preventiva de embargo o cuando ni siquiera tenga constancia registral**. En nuestra opinión, con carácter general se puede predicar que si hubiera accedido al Registro con posterioridad a la anotación preventiva de embargo deberá recibir el mismo tratamiento que toda carga o gravamen posterior, *debiendo extinguirse* a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, no siendo oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del Registro¹³. No obstante, toda regla ge-

¹² Cfr. FRANCO ARIAS, J. «Comentario al art. 666». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Ed. Lex Nova. 2.ª edición. Valladolid, 2000, p. 3335.

¹³ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». A.C. 1986-I, p. 1335.

neral conlleva la existencia de excepciones que atemperan su rigidez y, en cierto modo, confirman su contenido, y en el caso que nos ocupa el TS¹⁴ ha entendido procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral cuando —aun no figurando el derecho de uso en la certificación de cargas— resultare probada su falta de buena fe y su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, ya que la buena fe no puede derivarse exclusivamente de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que la alega, sin perjuicio de que su apreciación no exija una investigación a ultranza de la situación posesoria.

A estos efectos, y habida cuenta la oponibilidad frente a terceros del derecho de uso otorgado a uno de los cónyuges tras una situación de crisis matrimonial aun en los supuestos en que carezca de constancia registral¹⁵, no resta sino apuntar el **agravio comparativo que a este respecto puede sufrir el cónyuge del ejecutado en situaciones de normalidad matrimonial**, pues la legislación procesal tan sólo brinda mecanismos de defensa al cónyuge no deudor en los supuestos de embargo de bienes gananciales (art. 541 de la LEC y 1373 del CC), pero no cuando la vivienda pertenezca a uno de los esposos, en cuyo caso el otro *no podrá oponer a los acreedores de su cónyuge, como un derecho autónomo frente al embargo, el uso de dicha vivienda como hogar de la familia*¹⁶. En esta tesitura, hubiera resul-

CAMPUZANO TOMÉ, H. «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004». *CCJC*. Núm. 67. Enero-abril. 2005, p. 181.

¹⁴ STS de 4 de diciembre de 2000 (RAJ 10430), véase: CORTADA CORTIJO, N. «Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial». *CCJC*. Abril-septiembre. Núm. 56. 2001, pp. 609 y ss. MONDÉJAR PEÑA, M.I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000». *Revista de derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi. Num. 8. 2002-1, pp. 440 y ss.

¹⁵ SSTs de 11 de diciembre de 1992 (RAJ 10136), 31 de diciembre de 1994 (RAJ 10330), 22 de abril de 2004 (RAJ 2713).

Cfr. CAMPUZANO TOMÉ, H. «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004». *CCJC*. Núm. 67. Enero-abril. 2005, pp. 171 y ss.

¹⁶ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», op. cit., p. 1322. Este autor pone de relieve que en situación de normalidad matrimonial no se puede hablar de un derecho de ocupación con propia autonomía.

En el mismo sentido: ALGARRA PRATS, E. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (comentario al hilo de la STS 106/2002, de 6 de mayo), op. cit., pp. 36 y ss.

tado oportuno que nuestro legislador, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Europa¹⁷, hubiese previsto, constante matrimonio, la concesión al cónyuge no titular de la vivienda familiar de un singular derecho de ocupación.

Asimismo, el cónyuge que en una situación de normalidad matrimonial ocupa la vivienda también se encuentra más desprotegido frente a los *actos voluntarios de disposición de su consorte*, pues mientras, constante matrimonio y conforme al art. 1320 del CC, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y sobre los muebles de uso ordinario es necesario el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial y *la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no puede perjudicar al adquirente de buena fe*, esta última precisión no se contempla en el art. 96.4 del CC (que es el *alter ego* del art. 1320 en los casos en que el cónyuge tenga atribuido un derecho de uso sobre la vivienda), por lo que procede interpretar que a la luz del art. 96.4 resulta posible anular la enajenación de la vivienda si el cónyuge que tiene adjudicado el derecho de uso no ha prestado su consentimiento ni existe autorización judicial y ello aun cuando el adquirente del inmueble sea de buena fe¹⁸.

De todos modos, la oponibilidad del derecho de uso frente a quien haya adquirido la vivienda en una subasta judicial tendrá carácter temporal¹⁹, habida cuenta la provisionalidad del derecho de uso que se extinguirá por la desaparición de las causas que motivaron su atribución judicial a uno de los cónyuges²⁰ o por su **reconciliación**.

¹⁷ Proyecto de Recomendación del Consejo de Europa de 1981.

¹⁸ Cfr. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado». *RCDI*. Núm. 596. 1990, p. 113. GARCÍA-MAURINO, S y CARPIO FIES-TAS, V. «Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*». *A.C.* 1994-1, p. 88.

¹⁹ En el caso de figurar inscrito el derecho de uso en el Registro, el asiento registral deberá indicar este carácter temporal, contingente y transitorio (Cfr. 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». *B.C.R.E.* Agosto. Núm. 18. 1996, p. 1762).

²⁰ A estos efectos, se pueden considerar causas de extinción: la privación por decisión judicial de la guarda y custodia de los hijos o cuando dichos hijos dejen de estar en su compañía (aunque si existen varios hijos no afectará que alguno llegue a la mayoría de edad o se independice), la defunción del usuario, el contraer segundas nupcias o convivir maritalmente con otra persona (si el derecho de uso no se le atribuyó por tener los hijos en su compañía o si así se pactó expresamente en el convenio regulador), la falta de uso de la vivienda sin motivo razonable, su destrucción o expropiación, la renuncia del usuario, la desaparición de las causas que justificaron la atribución judicial o el cambio de fortuna de los cónyuges que den lugar a que el ini-

De hecho, en este último caso los cónyuges no podrán invocar al carácter familiar de la vivienda para seguir ocupando la misma cuando ésta haya sido enajenada a un tercero en un proceso de ejecución, lo que también resulta paradójico, pues si los cónyuges no se hubieran reconciliado, dicho tercero hubiera tenido que respetar el derecho de uso adjudicado al cónyuge no propietario, lo que avala la tesis defendida *supra* de que la vivienda familiar se encuentra más protegida en situaciones de crisis matrimonial.

b) Proceso de ejecución contra el cónyuge al que ha sido atribuido el uso

Cuando en un proceso de ejecución dirigido frente al cónyuge al que se le ha atribuido el uso, fuere embargada la vivienda titularidad del otro consorte, éste se verá compelido a acudir al correspondiente juicio ordinario de **tercería de dominio** para interesar el alzamiento de la traba, a menos que opere la denominada tercería registral y que intentada la oportuna anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad ésta se deniegue por no constar inscrita la vivienda a favor del ejecutado sino a nombre de su antiguo consorte. (arts. 38.3 y 20 de la LH).

A estos efectos, procede reseñar que el cónyuge al que se le ha adjudicado el uso sobre la vivienda titularidad de su consorte no ostenta por este hecho ningún derecho embargable sobre la misma, a diferencia del que pudiese tener p. ej. un usufructuario, ya que mientras el derecho de usufructo puede ser objeto de traba salvaguardando la nuda propiedad; por el contrario, y con independencia de la naturaleza jurídica que otorguemos al derecho de uso —cuestión harto discutida por la doctrina²¹— estimamos que se ha de reputar

cialmente beneficiario no sea el más necesitado de protección etc (Cfr. ALBALADEJO, M. «Comentario al art. 96». *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. EDESA. Madrid. 1982. p. 410. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar». *R.D.F.* Ed Lex Nova. Núm. 2. Enero. 1999. pp. 34 y ss. O, CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho e ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», op. cit., p. 1338. FELIX BALLESTA, M.A. «Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio». *R.J.C.* 1985, p. 197. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», op. cit., p. 114.

²¹ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho e ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», op. cit., p. 1333. ISAAC AGUILAR, A. «Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal». *RCDI*. III 1986, p. 1732. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. «Protección legal de la vivienda familiar». *RCDI*. 1988, p. 1612. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», op. cit., p. 100. GALVÁN ARIAS, J.

inembargable, habida cuenta su carácter inalienable y personalísimo, pues resultaría incoherente que un tercero pudiera adquirir en pública subasta un derecho cuyo único objeto es amparar al cónyuge más necesitado de protección tras una situación de crisis matrimonial.

De todos modos, en el caso de que el órgano judicial al proceder al embargo de la vivienda tuviere *motivos racionales para entender que no pertenece al ejecutado* (beneficiario del derecho de uso), entendemos aplicable el art. 593.3 de la LEC que contiene una acertada previsión legal para evitar *a priori* el embargo de bienes pertenecientes a terceras personas.

No obstante, en este supuesto se plantea la cuestión de si tratándose de bienes susceptibles de inscripción registral tan sólo podrá evitarse su traba presentando la correspondiente **certificación registral** que acredite su pertenencia al otro consorte²² o, por el contrario, resultará aplicable la prerrogativa que establece el citado precepto para cuando se trate de la *vivienda familiar de un tercero*, en cuyo caso resulta suficiente con que se presente **documento privado** de adquisición para *suspender el embargo*²³, dándose traslado a las

R. «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial». *R.J.C.* 1992, pp. 149 y ss. GARCÍA-MAURIÑO, S y CARPIO FIESTAS, V. «Atribución de uso de la vivienda familiar y *actio communi dividundo*», op. cit., pp. 80 y ss. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», op. cit., p. 27. MONDEJAR PEÑA, M.I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10439)». *Revista de Derecho Patrimonial*. Ed. Aranzadi. Núm. 8. 2002-1, p. 442. VVAA. *Manual Jurídico de la familia*. La Ley. Madrid, 2003, p. V-106. CAMPUZANO TOMÉ, H. «Comentario a la STS de 22 de abril de 2004», op. cit., p. 176.

²² En este caso la previsión legal puede parecer rigurosa, pero responde al deseo del legislador de evitar una práctica, más o menos extendida, consistente en formalizar escrituras de venta a favor de personas de confianza del deudor que sin inscribir su título lo mantienen oculto hasta el momento en que se produce el embargo por deudas del transmitente (cfr. RIVAS TORRALBA, R. «Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil». *B.C.R.E.* Centro de Estudios Registrales. Año XXXV. Núm. 61 (2.ª época). Junio de 2000, p. 1193).

²³ En estos casos, al igual que cuando los bienes no son susceptibles de inscripción registral, la doctrina ha puesto de manifiesto el riesgo que se corre durante el lapso de tiempo en que se suspende la traba, ya que el ejecutado puede llevar a cabo actuaciones que más tarde hagan imposible el embargo o excluyan la efectividad del mismo, por lo que sería deseable que el art. 593 de la LEC previera la posibilidad de que se adoptaran ciertas medidas para evitar dicho riesgo (cfr. CACHÓN CADENAS, M. J. «Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de L.E.C.». *Presente y futuro del proceso civil*. Dirigido por PICÓ I JUNOY. Barcelona, 1998, p. 525 y en «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes». *Presupuestos, ac-*

partes por cinco días²⁴. Lo cierto es que aun cuando el tenor literal de la norma pudiera abogar por la primera opción, no vemos inconveniente alguno para efectuar una interpretación *lato sensu* del citado precepto, considerando dicho inmueble *vivienda familiar* de su titular, pues aun cuando no la habite en ese momento, ha sido precisamente por su carácter de hogar de la familia por lo que su uso ha sido adjudicado al otro consorte que incluso puede ocuparla con los hijos comunes de ambos.

Sea como fuere, el supuesto resulta de escasa operatividad en la práctica, pues, por un lado, *si el embargo lo practica la Comisión judicial o el correspondiente Servicio Común en el propio domicilio del ejecutado*, será harto infrecuente que éste pueda presentar en ese mismo acto justificante que acredite que su antiguo consorte ostenta la titularidad de la vivienda, ya que dicha documentación se hallará normalmente en poder de su propietario que raramente se encontrará en la misma con esos documentos. Además, por otro lado, el ámbito de aplicación de dicho precepto es bastante restringido, habida cuenta que resulta inaplicable *cuando la traba se practique por el órgano judicial en una resolución judicial* y no en una mera diligencia de embargo (art. 587 de la LEC), pues cuando dicha resolución sea notificada al ejecutado, aunque manifieste que los bienes trabados no son de su propiedad y presente los oportunos justificantes, el órgano judicial ya no podrá *ni suspender el embargo* —pues conforme al art. 587 LEC se entiende practicado desde que se dicta la oportuna resolución judicial— *ni alzar de oficio la traba* —pues el propio epígrafe que encabeza el art. 593 se lo prohíbe²⁵— por lo que deberá conferir

tos procesales, recursos y ejecución en la LEC 1/2000. Ejecución forzosa y medidas cautelares en la LEC 1/2000. Recursos y ejecución provisional en la LEC1/2000. Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. III. Madrid, 2001, p. 372).

²⁴ La Ley exige el consentimiento de ambas partes para que no se proceda al embargo de dicho inmueble, si bien, a nuestro juicio, resultaría suficiente con que el ejecutante manifestara su conformidad en que no se trabara el bien, por lo que *de lege ferenda* podría resultar oportuno que el legislador flexibilizara los términos legales.

²⁵ *De iure condendo*, sería deseable que se permitiera el alzamiento de oficio del embargo en aquellos casos en que, con posterioridad a éste, al órgano judicial le constara fehacientemente la pertenencia a un tercero del bien trabado (cfr. CALZADO JULIÁ, J. «El despacho de ejecución en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil». *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de la L.E.C.* Murcia, 1997, p. 303. HERNÁNDEZ MARTÍN, T. «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil». *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*. AAVV. Dirigidos por FONT SERRA. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1999, p. 182).

En nuestra opinión, para que en la práctica fuera posible dicha facultad judicial bastaría con que se reformara el epígrafe del art. 593 de la LEC: «*Pertenencia al ejecutado. Prohibición de alzamiento de oficio del embargo*», pues, por extraño que pa-

traslado al ejecutante para que alegue lo que a su derecho convenga sobre el alzamiento del embargo.

c) *Embargo indebido en proceso de ejecución dirigido frente a un tercero: preclusión del plazo para interponer una tercería de dominio*

Cuando la vivienda atribuida en uso al cónyuge no titular resulte embargada indebidamente en un proceso de ejecución dirigido frente a un tercero y el cónyuge propietario no interponga la oportuna tercería de dominio para pedir el alzamiento del embargo ni opere lo previsto en los arts. 38.3 de la LH y 658 de la LEC al no coincidir la realidad registral con la extrarregistral —por haberse producido la transmisión del inmueble en documento privado— se plantea el arduo problema de que la vivienda sea enajenada en pública subasta con el consiguiente perjuicio para el titular del derecho de uso.

En este supuesto, el art. 594 de la LEC, zanjando una cuestión harto polémica entre la doctrina científica y jurisprudencial²⁶, sanciona la *eficacia del embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan*

rezca, en el texto del referido precepto no se hace alusión alguna a la prohibición del levantamiento de oficio de la traba, lo que puede resultar paradójico, teniendo en cuenta que los epígrafes de los artículos pretenden resumir sumariamente su contenido. De todos modos, *de lege data* algún autor mantiene la posibilidad de que el órgano judicial, previa audiencia de las partes, pueda decretar de oficio el alzamiento del embargo (Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J. «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», op. cit., p. 373).

²⁶ Hasta que el art. 594 de la LEC ha venido a dar respuesta a este problema existían dos orientaciones exegéticas respecto a la conflictiva cuestión relativa a la enajenación forzosa de una finca no perteneciente al ejecutado cuando el verdadero titular no hubiera interpuesto en tiempo oportuno la correspondiente tercería de dominio:

Por un lado, se encontraba la tesis que defendía que *el rematante no podía inscribir a su favor el bien adquirido en pública subasta*, ya que en virtud de lo dispuesto en los arts. 44 de la LH y 1923.4 del CC las anotaciones de embargo no otorgan preferencia sobre los actos dispositivos anteriores, aunque no hayan sido inscritos; además, se alegaba que en estos supuestos la enajenación era nula por recaer sobre cosa ajena, considerando inaplicable el art. 34 de la LH por entender que éste tan sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, pero no del propio. En este sentido se pronunció la DGRN en sus Resoluciones de 16 de octubre de 1974 (RAJ 5053), 17 de diciembre de 1975 (RAJ 1976/2519), 5 de marzo de 1982 (RAJ 2317), 12 de septiembre de 1983 (RAJ 7013), 3 de octubre de 1985 (RAJ 5270) y el TS en las sentencias de 8 de julio de 1975 (RAJ 2946) y 8 de marzo de 1993 (RAJ 2052).

Por el contrario, a favor de la *prevalencia del derecho del rematante* se esgrimía lo dispuesto en la regla 2 del art. 175 del RH, del que se deduce la procedencia de cancelar la inscripción del *verus dominus* al inscribir el inmueble a favor del que haya re-

al ejecutado, estableciendo que el propietario del inmueble que no haga valer sus derechos sobre el mismo por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación del bien embargado si el rematante o adjudicatario lo hubiera adquirido de modo irrevindicable.

En consecuencia, el *verus dominus* perderá la propiedad de la vivienda y, por consiguiente, también se producirá la extinción del derecho de uso otorgado a su consorte, ya que éste no podrá oponerle al rematante o adjudicatario en la subasta, pues difícilmente éstos conocerán su existencia.

No obstante, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del art. 594. de la LEC el cónyuge titular de la vivienda además de intentar la nulidad de la enajenación —de difícil eficacia en estos casos— podrá ejercitar las oportunas acciones de *enriquecimiento sin causa o de rescimiento frente al ejecutado* por haber permitido la enajenación de un bien que ya no le pertenecía. A estos efectos, procede preguntarse si el cónyuge a quien se hubiera atribuido el derecho de uso podrá *percibir parte de la indemnización* que pudiera recibir su consorte

sultado rematante en la subasta celebrada en el proceso de ejecución dirigido frente al que indebidamente se ha considerado dueño del bien y ello por estar inscrita la titularidad del dominio del verdadero propietario con posterioridad a la anotación preventiva de embargo (Cfr. DE LA RICA ARENAL, R. «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas». *R.C.D.I.* T. XXXI. 1958, p. 794. SARMIENTO RAMOS, J. *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1993, p. 234. SÁNCHEZ GIL, J. L. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V. *Cien cuestiones registrales*. Ed. Tecnos. Madrid. 1995. pp. 91 y 92. PARDO NÚÑEZ, C. *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Madrid. 1997, p. 113). Según esta postura del mismo modo que la apariencia registral de que el ejecutado es propietario del bien posibilitó el embargo, también ha de posibilitar la inscripción del mismo a favor del rematante, correspondiendo a quien contradiga dicha apariencia la carga de la iniciativa procesal (STS de 13 de abril de 1993, RAJ 2999). A favor de esta tesis se alegaba que la mera inscripción de un título anterior a la traba no podía obstaculizar que el rematante inscribiera su derecho, pues esto atentaba contra el principio de prioridad registral (art. 17 de la LH). Este criterio fue en un principio seguido por la R.D.G.R.N. de 20 de mayo de 1944 (RAJ 688) y aunque fue secundado por la Resolución de 24 de junio de 1944, pronto fue abandonado, teniendo después su reflejo en el art. 175 del RH reformado por R.D. 1368/1992 de 13 de noviembre. Posteriormente, esta postura fue defendida en las Resoluciones de 23 de marzo de 1993 (RAJ 2364) y 5 de mayo de 1993 (RAJ 4206), en las que se revoca el auto apelado que desestimaba la inscripción en el Registro de la Propiedad de un auto de adjudicación de un inmueble, por aparecer el mismo inscrito a favor de un tercero que lo había adquirido con anterioridad a la anotación preventiva de embargo, pero lo había inscrito con posterioridad a ésta. El TS mantuvo este mismo criterio en la Sentencia de 13 de abril de 1993 (RAJ 2999).

en el juicio instado frente al ejecutado, si bien lo más oportuno es entender que su consorte no tendrá obligación alguna de compartir la suma obtenida, sin perjuicio de que proceda una modificación de las medidas acordadas en el proceso matrimonial y que dicha cantidad sea tenida en cuenta para graduar el importe que le deba satisfacer en sustitución de la prestación *in natura*²⁷.

De todos modos, lo que resulta injusto es que el cónyuge a quien se haya atribuido el uso sobre la vivienda propiedad de su antiguo consorte pierda dicho derecho por la negligencia o descuido de éste que no interpuso en tiempo y forma una tercería de dominio. A estos efectos, procede preguntarse hasta qué punto no podría concedérsele *legitimación para interponer la oportuna tercería de dominio* en caso de que el propietario de la vivienda descuidara su ejercicio, ya que la vigente LEC, a diferencia de la anterior, permite en el art. 595.2 instar dicha tercería no sólo al propietario del bien embargado sino a quienes *sean titulares de derechos que puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa* y, a nuestro juicio, entre estos podría incluirse sin especial dificultad al cónyuge titular de un derecho de uso sobre una vivienda de su antiguo consorte.

B) Vivienda propiedad de ambos cónyuges *pro indiviso*

Cuando la vivienda pertenezca en *pro indiviso* o comunidad ordinaria a ambos consortes ora por haberse adjudicado a los dos en la liquidación de la sociedad de gananciales ora por regir en el matrimonio el régimen de separación de bienes o participación, podrá atribuirse el derecho de uso a uno de los cónyuges, con la consiguiente concentración de facultades a su favor, al serle adjudicada la utilización exclusiva de una vivienda que tan sólo le pertenece en parte.

En esta tesitura, si se dirigiera un proceso de ejecución frente al cónyuge a quien no le hubiera sido atribuido el derecho de uso, únicamente podría embargarse su parte de vivienda²⁸, pues sólo vigente

²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», op. cit., p. 43. En opinión de este autor cuando el cónyuge titular de la vivienda pierda la propiedad de la misma por desaparición física o pérdida jurídica, si surgiera a su favor un derecho a ser indemnizado, no procederá que el no titular a quien se hubiera adjudicado el derecho de uso sobre la misma perciba parte de dicha indemnización sino que ésta se tendrá en cuenta para graduar la suma a satisfacer en el futuro en sustitución del derecho de uso de la vivienda.

²⁸ La doctrina considera aplicable lo dispuesto en el art. 144.5 del RH para la práctica de la anotación preventiva de embargo de la vivienda familiar tanto pertenezca a

la sociedad de gananciales puede llegar a trabarse la totalidad de la vivienda consorcial²⁹ por deudas contraídas por un solo consorte bien directamente si el débito fuera responsabilidad de la sociedad conyugal bien subsidiariamente, en defecto de bienes privativos del deudor, si la deuda fuera propia del mismo (arts. 1373 del CC y 541 de la LEC).

A diferencia de cuando se embarga una vivienda perteneciente a ambos cónyuges *pro indiviso*, vigente la sociedad de gananciales el cónyuge que sufre el embargo del total de la vivienda ganancial por deudas de su consorte, no puede interponer con éxito una tercería de dominio para lograr el alzamiento del embargo sobre la «parte» que pudiera corresponderle en la misma, pues, en opinión del TS³⁰, *durante el matrimonio la sociedad de gananciales no da nacimiento a una copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y siguientes del CC al faltar por completo el concepto de parte proporcional característica de la comunidad de tipo romano, ya que antes de la disolución y liquidación*

un solo cónyuge como a ambos *pro indiviso*, por lo que si en el Registro figura el carácter familiar de la vivienda será necesario notificar al otro consorte el embargo de la parte de vivienda perteneciente al ejecutado a menos que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter (Cfr. MONDEJAR PEÑA, M. I. «Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000», op. cit., p. 445).

²⁹ No obstante, este criterio no rige en todas las Compilaciones Forales, así el art. 46 de la Compilación Aragonesa prevé expresamente que los acreedores deben salvaguardar *el valor* que en el patrimonio consorcial ostente el otro cónyuge, además de los derechos de los acreedores consorciales. Procede reseñar que este precepto no salvaguarda *la mitad* sino *el valor* que en el patrimonio común ostente el otro cónyuge —término que resulta mucho más acertado— pues puede ocurrir que un cónyuge contraiga con frecuencia deudas que, ante la insuficiencia de sus bienes privativos, recaigan sobre el acervo común y no sería justo que siempre se pudiera embargar la mitad de los bienes consorciales con independencia de las obligaciones de reembolso que el deudor tuviera pendientes. Por consiguiente, en el activo común neto hay que contar los créditos por anticipos realizados a los cónyuges y en el valor de la participación de cada cónyuge hay que computar como ya recibido el montante de los bienes consorciales empleados en pagar débitos privativos y que todavía no se han reembolsado (Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A. *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*. J. M. Bosch. Barcelona, 1992, p. 576).

³⁰ Véanse: SSTS 1 de agosto de 1922, 23 de enero de 1958 (RAJ 545), 4 de diciembre de 1958 (RAJ 4036), 27 de febrero de 1960 (RAJ 937), 2 de julio de 1984 (RAJ 3788), 26 de enero de 1985 (RAJ 300), 26 de septiembre de 1986 (RAJ 4790), 20 de febrero de 1987 (RAJ 701), 29 de diciembre de 1987 (RAJ 9656), 13 de julio de 1988 (RAJ 5992), 26 de septiembre de 1988 (RAJ 6859), 19 de julio de 1989 (RAJ 5727), 6 de junio de 1990 (RAJ 4740), 12 de junio de 1990 (RAJ 4754), 4 de marzo de 1994 (RAJ 1652), 29 de abril de 1994 (RAJ 2946), 8 de julio de 1997 (RAJ 5576), 8 de febrero de 2001 (RAJ 1167), 31 de mayo de 2002 (RAJ 4581), 17 de junio de 2003 (RAJ 5644).

de la sociedad cada cónyuge no ostenta sino un derecho expectante que no le legitima para entablar una tercería de dominio, no teniendo la cualidad de tercero que resulta esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción y, además, tampoco ostenta la propiedad exclusiva de los bienes en litigio. Lo cierto es que, dejando aparte la conflictiva naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales³¹ y aun cuando los argumentos esgrimidos por el TS no nos resulten del todo convincentes³², la solución final de desestimar la tercería de dominio en estos

³¹ En torno a las diversas teorías sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales: cfr. HERNÁNDEZ ROS «Naturaleza de la comunidad conyugal. Administración y poder de disposición: ¿cuando se transfieren a la mujer?». *R.D.P.* 1943, pp. 507 y ss. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho civil*. T. IV. Derecho de familia. Ed. Revista de Derecho privado. EDESA. Madrid, 1983, p. 129. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español y foral*. T. V. Derecho de familia. Duodécima edición. Revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid, 1994, pp. 401 y ss.

La mayoría de la doctrina civilista ha venido manteniendo que la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico, especialmente desde que sostuvo esta tesis CASTÁN TOBEÑAS, J. «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos». *R.G.L.J.* 1929.

De todos modos, a raíz de la reforma del Código Civil de 13 de julio de 1981 la doctrina ya no se muestra tan conforme con estos postulados, pues, en cierto modo, contradicen la legislación vigente que posibilita a un cónyuge ejercitar derechos actuales, contempla numerosos supuestos de disolución de la sociedad conyugal y en algunos preceptos reconoce implícitamente la idea de cuota, entre ellos el propio art. 1373 (cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L.F. *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987, p. 45. ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S. «La comunidad ganancial». *AASN*. 1988, p. 143 y en «Los límites de la responsabilidad ganancial». *A.A.S.N.* 1989, p. 163. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1991, pp. 77 y ss. MAGARIÑOS BLANCO, V. «Sociedad de gananciales y sociedad civil». *A.A.S.N.* Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. Madrid, 1989, p. 305 y ss. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*. Ed. Tecnos. 1992, p. 37).

³² En primer lugar, el llamado «derecho expectante» aducido por el TS para desestimar las tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge no deudor —generalmente la mujer— encuentra sus antecedentes clásicos en la máxima *mulier non est proprie socia, sed speratur fore*, que refleja una etapa histórica en la que el marido era prácticamente el dueño de los bienes gananciales, si bien tras la igualdad legal de ambos cónyuges, nuestro TS se ha venido aferrando al mismo argumento, por lo que la doctrina se pregunta que si tanto el marido como la mujer no tienen sino un «derecho expectante» sobre el patrimonio conyugal ¿quién es mientras su dueño? ¿será *res nullius*? (Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Afianzamiento y régimen económico del matrimonio». *Cuadernos de Derecho Judicial XVI. Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*. Madrid. 1995. pp. 242 y 243)

En segundo lugar, el TS ha estimado que el cónyuge no deudor carece de legitimación para interponer una tercería de dominio por no tener la *propiedad exclusiva y excluyente* sobre los bienes embargados, lo que, a nuestro parecer, es un argumento carente de fundamento, ya que en ningún precepto de la anterior LEC ni de la actual se exige al tercerista dicho requisito. Además, dicha tesis es contradictoria con el

supuestos resulta a nuestro modo de ver oportuna³³, sin perjuicio de poder oponerse con base en otros mecanismos procesales (arts. 541 de la LEC y 1373 del CC). En consecuencia, *a sensu contrario*, procede entender que cuando la vivienda pertenezca en régimen de comunidad romana a ambos cónyuges y resulte embargada la totalidad de la misma en una ejecución dirigida frente a uno de ellos, el otro podrá ejercitar con éxito una terceraía de dominio para que se alce el embargo sobre su parte.

De todos modos, aun cuando tan sólo se embargare la parte de la vivienda correspondiente al ejecutado, si el otro consorte tuviera atribuido judicialmente un derecho de uso, estimamos que podrá *oponerlo al rematante o adjudicatario en la subasta* en aras de que no se extinga dicho derecho siempre que concurren los presupuestos analizados *supra*.

Además, también podrá defender sus intereses participando como postor en la subasta e incluso ejercitando un ***derecho de retracto*** dada su condición de comunero, lo que conllevaría la extinción del derecho de uso por confusión.

propio art. 1385.2 del C.C. que permite a cada cónyuge por separado ejercitar la defensa de sus bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción; pues de seguir estos argumentos también se tendría que desestimar la terceraía de dominio interpuesta por uno solo de los cónyuges para alzar la traba recaída sobre un bien ganancial embargado erróneamente en una ejecución dirigida contra un tercero.

En tercer lugar, el TS no fundamenta convenientemente por qué el cónyuge no deudor ***no ostenta la cualidad de tercero***, ya que en el proceso de ejecución no sólo es tercero aquél que no contrajo la deuda sino que el art. 538 de la LEC da un concepto mucho más amplio de «parte» y el cónyuge no deudor, en tanto puede utilizar los mismos mecanismos de oposición que el propio ejecutado, no debe ser considerado tercero.

³³ Un importante sector doctrinal defendía bajo la vigencia de la anterior LEC la procedencia de interponer una terceraía de dominio en estos supuestos: cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1984». *C.C.J.C.* N. 6. Sept-dic. 1984, p. 1941. REBOLLEDO VARELA, A. «Deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales». *La Ley*. T. II. 1986, p. 602. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad». *A.D.C.* T. XXXIX. Fasc. II. Abril-junio, 1986, pp. 494 y ss. «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales». *A.A.S.N.* Ed. Revista de Derecho Privado. EDESA. Madrid, 1989, p. 292. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, op. cit., p. 541. RAMS ALBESA, J. *La sociedad de gananciales*, op. cit., p. 386 y en «Comentario al artículo 46». *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*. Actas del foro de derecho aragonés. Segundos encuentros. Ed. Justicia de Aragón. Zaragoza, 1993, p. 181. BELLO JANEIRO, D. *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1993, pp. 543 y ss. BARRAL DÍAZ, J. M. «La responsabilidad de los bienes gananciales frente a terceros». *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación*. C.G.P.J. T. I. Civil. Madrid. 1993. pp. 5 a 32.

En otro caso, si fuera un tercero el que adquiriera el inmueble en la venta forzosa, procede preguntarse si, *a posteriori*, éste podrá ejercitar la ***actio communi dividundo***, lo que a nuestro juicio merece una respuesta afirmativa, sin perjuicio de que el derecho de uso deba mantenerse indemne a otra eventual venta de la vivienda en pública subasta³⁴.

II. EMBARGO DE VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TERCERO

II.1. DERECHO DE USO SOBRE VIVIENDA ARRENDADA

Cuando con carácter previo a una situación de crisis matrimonial los cónyuges ocuparan la vivienda familiar en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges, nada obsta para que en un proceso de nulidad, separación o divorcio el derecho de uso pueda adjudicarse al otro consorte, a menos que dicha vivienda estuviera ocupada en *arrendamiento o precario por razón del cargo* (porteros³⁵, militares etc.) en cuyo caso dicha atribución, por ser personalísima, no podrá transmitirse al otro cónyuge³⁶.

El art. 15 de la vigente LAU de 24 de noviembre de 1994 prevé el supuesto en que siendo titular del arrendamiento un solo consorte, se produzca una situación de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, disponiendo que el cónyuge no arrendatario podrá *continuar en el uso de dicha vivienda* cuando le sea atribuida en el proceso matrimonial *ex arts. 90 y 96 del CC*, debiendo comunicar dicha eventualidad al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución o del particular de la misma que afecte al uso de la vivienda.

³⁴ SSTs de 22 de diciembre de 1992 (RAJ 10684), 20 de mayo de 1993 (RAJ 3807), 17 de julio de 1994 (RAJ 6439), 16 de diciembre de 1995 (RAJ 9144).

³⁵ «Arrendamientos para empleados de fincas urbanas». *Según Net Revista. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 246. Abril, 2004, p. 26. Respecto de los empleados de fincas urbanas, hay que diferenciar entre el portero y el resto de empleados (conserjes, jardineros, guardas de día o de noche etc), puesto que los primeros para gozar de tal calificación, conforme a la Ordenanza laboral, deben disponer de casa destinada a tal fin, mientras que los demás no tienen derecho alguno al respecto.

³⁶ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *op. cit.*, p. 1335.

LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado», *op. cit.*, p. 104.

Ab initio, resulta loable dicha previsión normativa, pues al menos ha tenido la virtualidad de colmar una laguna existente en el articulado del TR de la LAU de 24 de diciembre de 1964 bajo cuya vigencia resultaba habitual que los arrendadores aprovecharan la adjudicación del uso de la vivienda familiar al cónyuge que no hubiera suscrito el contrato de arrendamiento para instar la resolución contractual alegando cesión inconsentida del contrato (art. 114.5 del TR), por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 de dicho texto legal que exigía el previo consentimiento del arrendador para la cesión *inter vivos*.

Sin embargo, dicha interpretación normativa resultaba demasiado forzada habida cuenta que la temporalidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge cesionario o subrogado estaba en contradicción con el carácter definitivo de la cesión o subrogación³⁷, por lo que en esta tesitura, el problema intentó solventarse entendiendo, con base en la doctrina defendida por el TC en la sentencia de 31 de octubre de 1986³⁸, que aunque un solo cónyuge hubiese suscrito el contrato locaticio existía una *cotitularidad arrendaticia*, lo que obviaba la necesidad de cumplir los requisitos impuestos por el art. 24. 2 del TR, al no operar cesión voluntaria alguna que debiera ser consentida por el arrendador por existir previamente una situación de cotitularidad compartida. No obstante, dicha interpretación tampoco resultaba convincente al dejar sin contenido el propio art. 24 que prescribía la posibilidad de que *el inquilino que hubiera celebrado el contrato de arrendamiento pudiera subrogar en los derechos y obligaciones del mismo a su cónyuge*, ya que la cesión no resultaba ni necesaria ni posible si se entendía que con independencia de quien hubiera suscrito el contrato, existía en todo caso una cotitularidad de ambos consortes. En consecuencia, y en esta tesitura, se vino a defender³⁹ que tan sólo si el arrendamiento se concertaba por un cón-

³⁷ Cfr. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado», op. cit. p. 102. FELIX BALLESTA, M. A. «Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio». *RJC*. 1985, p. 194.

³⁸ En la STC 135/1986, de 31 de octubre nuestro Alto Tribunal otorgó el amparo a la esposa adjudicataria del derecho de uso de una vivienda arrendada a la que no se permitió comparecer en un juicio de desahucio por falta de pago instado contra su esposo por haber firmado éste únicamente el contrato de arrendamiento.

En esta polémica sentencia el TC sienta la doctrina de la cotitularidad compartida del arrendamiento por parte de ambos cónyuges aun cuando sólo uno sea el firmante del contrato. (cfr. VENDRELL FERRER, E. «La vivienda familiar y su protección. Comentario a la STC de 31 de octubre de 1986». *RJC*. 1987. pp. 157 y ss.).

³⁹ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial». *Ar.C.* 1994-I, p. LXXXV y ss.

yuge, *constante la sociedad de gananciales*, tenía carácter ganancial y, por tanto, ambos consortes ostentaban desde un principio la titularidad arrendaticia, por lo que la subrogación del art. 24 debía quedar reservada para el caso de que rigiera el régimen de separación de bienes o cuando el contrato hubiera sido suscrito por uno de los consortes antes de la celebración del matrimonio.

Afortunadamente, la LAU de 24 de noviembre de 1994 vino a poner fin a esta situación de inseguridad jurídica, ya que en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a apartado 2, el art. 15 de dicho texto normativo extendía su ámbito de aplicación a los contratos de arrendamiento subsistentes que hubieran sido concertados bajo la anterior regulación, sin perjuicio de que se tratara de una retroactividad de grado mínimo, al no ser aplicable a los contratos anteriores cuando la sentencia de nulidad, separación o divorcio hubiera sido dictada previamente⁴⁰. Asimismo, el art. 15 también se ha de considerar de aplicación a las viviendas suntuarias⁴¹, pero sólo en defecto de pacto en contrario (art. 4.2 de la LAU).

A) Deficiencias del art. 15 de la LAU

Con independencia de que el art. 15 haya puesto fin a una situación de incertidumbre jurídica existente bajo la anterior regulación arrendaticia, resulta obligado reconocer que dicho precepto presenta ciertas lagunas, deficiencias y ambigüedades que van a objeto de nuestro análisis a continuación:

En primer lugar, el citado precepto —a diferencia de otras normas del mismo texto legal como los arts. 12.4 y 16b— silencia su aplicación a los *convivientes more uxorio* que se separen; sin embargo, entendemos que dicha interpretación no puede admitirse, pues podría incurrirse en una inconstitucionalidad por omisión similar a la decretada por el TC en la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre (que declaró inconstitucional el art. 58 del TR de la LAU de 24 de diciembre de 1964 por no incluir en el beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido de modo marital y es-

⁴⁰ Cfr. DÍEZ MARTÍNEZ, 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». A.C. 1998-2, p. 366.

⁴¹ Viviendas cuya superficie exceda de 300 metros cuadrados de superficie o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda 5,5 veces el salario mínimo interprofesional.

table con el cónyuge fallecido) y ello sin perjuicio de reconocer que las uniones de facto no son una situación equivalente a los matrimonios (STC 19/1990, de 19 de noviembre y ATC 156/1989) al no serles de aplicación en todo caso la normativa reguladora de las relaciones personales y patrimoniales que rigen la unión matrimonial⁴², ya que en palabras de la STS de 17 de enero de 2003 (RAJ 4) *la situación de convivencia de hecho es alegal, no ilegal, ajurídica no anti-jurídica, por lo que el jurista en general y el juez en particular no pueden ignorar su existencia*⁴³.

En segundo lugar, el art. 15 también obvia su operatividad cuando la adjudicación del uso de la vivienda a un cónyuge se realice como **medida provisional en un proceso matrimonial**, si bien lo más oportuno es que también en este supuesto se aplique lo dispuesto en dicho art. 15, notificándose al arrendador la adjudicación, pues si ulteriormente resulta revocada la medida provisional⁴⁴, esta eventualidad podrá solventarse con una nueva notificación al arrendador⁴⁵.

⁴² Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, J. J. «La inconstitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (la subrogación *mortis causa* del cónyuge supérstite y del que hubiera convivido *more uxorio* con el arrendatario). Consideraciones del tribunal Constitucional sobre la familia, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial». A.C. 1994-1. pp. 50 y ss.

DÍEZ MARTÍNEZ, 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», op. cit., p. 379.

VV.AA. *Sevin Net Revista. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 252. Nov. 2004, p. 55.

Asimismo, sobre la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la ruptura de una convivencia *more uxorio*: STS 11 de julio de 2002 (RAJ 7144).

⁴³ Cfr. SALAS CARCELLER, A. «Efectos patrimoniales de la convivencia *more uxorio*. Comentario de la sentencia de la Sala 1.ª del TS núm. 5/2003, de 17 de enero de 2003 (RJ 2003, 4)», p. 76.

⁴⁴ Las medidas provisionales son sustituidas por las medidas establecidas en sentencia, aunque ésta no sea firme por haber sido recurrida, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la anterior LEC, en que aquellas medidas sólo eran sustituidas por las de la sentencia cuando ésta devenía firme (SAP Madrid, Sección 24.ª, 22 de abril de 2004).

⁴⁵ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Comentario al art. 15». *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Lex Nova. Valladolid, 1994, p. 191 y en «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU». *Ar. C.* 1998-III, p. 92. FUENTES LOJO, J. V. *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*. T. I. Barcelona, 2001, p. 146. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. «Comentario al art. 15». *LAU. Comentario articulado*. 2.ª edición. Comares editorial. Granada, 2001, p. 111. VÁZQUEZ BARROS, S. *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios, formularios y jurisprudencia*. Ed. Tecnos. 2004, p. 121.

En contra: CARRASCO PERERA, A. «Comentario al art. 15». *Comentarios a la LAU. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi Editorial. Dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, p. 340. Este autor considera que no parece razonable aplicar sin más el art. 15 sometiendo al cónyuge a la carga de notificar la adjudicación provisional del derecho de uso.

Afortunadamente, en el texto definitivo del art. 15 —ya desde el Proyecto de 1992— se incluyó en su ámbito de aplicación, por influencia de la legislación italiana, el supuesto de que la decisión sobre el uso de la vivienda fuera consecuencia de un acuerdo entre los cónyuges en el **convenio regulador** (art. 90 del CC), pues de lo contrario podrían haber quedado excluidos incluso los supuestos en que el convenio hubiera sido homologado judicialmente⁴⁶.

En tercer lugar, resulta polémico si pueden subsumirse en el art. 15 las situaciones en que uno solo de los cónyuges, **constante la sociedad de gananciales**, haya firmado el contrato locaticio, pues pudiera estimarse que existe una *cotitularidad arrendaticia de ambos consortes* y que el arrendamiento es un derecho de carácter ganancial (art. 1347.3.º del CC)⁴⁷. De todos modos, dicha interpretación no es cohonorable con el principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* y si el art. 15 no establece ninguna matización al respecto, no procede restringir, sin base legal alguna, su ámbito de aplicación, limitándolo a las situaciones en que rija un régimen de separación de bienes o a los supuestos en que el contrato hubiera sido concertado por un cónyuge antes del matrimonio⁴⁸.

En cuarto lugar, el art. 15 establece la necesidad de notificar al arrendador, en el plazo de dos meses, la continuación en el uso de la vivienda del cónyuge que no suscribió el contrato de arrendamiento, acompañando copia de la resolución judicial o del particular correspondiente⁴⁹; sin embargo, el citado precepto no especifica quién resulta **obligado** a practicar dicha notificación y tampoco prevé las **consecuencias del incumplimiento** de esta obligación. En cuanto a la primera cuestión, procede entender que aunque lo normal es que sea el cónyuge beneficiario del derecho de uso quien efectúe dicha

En similares términos: PÉREZ UREÑA, A. «La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil». *Abogados de familia*. La Ley, p. 6.

⁴⁶ Respecto de la operatividad de los convenios no homologados judicialmente cfr. FERNÁNDEZ TAMALLO, P. «Eficacia de los convenios matrimoniales no sometidos a autorización judicial». *Abogados de familia*. La Ley. Núm. 29. 3 de julio de 2003, pp. 2 y ss.

⁴⁷ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Comentario al art. 15». *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit. p. 191. y en «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», op. cit., pp. 73 y ss.

⁴⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al art. 12», op. cit., p. 261.

DÍAZ MARTÍNEZ, 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», op. cit., p. 368.

⁴⁹ No es necesario aportar testimonio de la sentencia sino una mera copia.

comunicación, nada obsta a que su practica se realice por cualquier persona⁵⁰, siempre que se lleve a cabo de modo que pueda acreditarse su recepción⁵¹. Respecto a las consecuencias de la falta de comunicación, estimamos que no puede reputarse como causa de extinción del contrato de arrendamiento que pueda invocar el propio arrendador⁵² o, en su caso, el ejecutante o rematante si la vivienda llegara a subastarse en un proceso de ejecución dirigido contra dicho arrendador. Por consiguiente, disentimos de las opiniones doctrinales que con base en los arts. 1124 del CC y 27.2 de la LAU defienden esta tesis alegando que aunque pudiera parecer una penalidad excesiva, todavía sería peor dejar sin castigo el incumplimiento de una obligación legal⁵³. Bien es cierto que en contra de la opinión que mantenemos se podría alegar que en el texto definitivo del art. 15 se ha suprimido para el caso de la falta de esta notificación lo dispuesto en el Proyecto de diciembre de 1992 que preveía que *la situación dejaba de ser eficaz en lo que pudiera perjudicar al arrendador*, pero esta supresión no puede ser interpretada en el sentido de que la *voluntas legislatoris* pretenda sancionar con la extinción del contrato la omisión de la obligación de notificación⁵⁴.

B) Título posesorio del beneficiario del derecho de uso

A tenor de lo previsto en el art. 661.1 de la LEC *cuando por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo*⁵⁵, *conste en el procedimiento la existencia e iden-*

⁵⁰ Cfr. FUENTES LOJO, J. V. *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., p. 144.

⁵¹ Será conveniente que la notificación se efectúe por vía notarial, burofax o entrega personal con firma de recibí, ya que otros medios no permiten acompañar documentos y en este caso el art. 15 de la LAU exige la entrega de la copia de la resolución judicial o de la parte de la misma correspondiente a la adjudicación del uso (cfr. VVAA. «Notificación de la separación o divorcio del arrendatario». *Sepín Net Revista. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 257. Arrendamientos Urbanos, p. 14.

⁵² SSAP Las Palmas, Sección 1.ª, 8 de octubre de 1996; Las Palmas, Sección 5.ª, de 19 de septiembre de 2002.

⁵³ Cfr. VAZQUEZ BARROS, S. *Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios, formularios y jurisprudencia*, op. cit., p. 122.

VV.AA. «Notificación de la separación o divorcio del arrendatario». *Sepín Net Revista. Arrendamientos Urbanos*, op. cit., p. 14.

⁵⁴ Cfr. GUILARTE GUITÉRREZ, V. «Comentario al art. 15». *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., pp. 188 y 194.

⁵⁵ La LEC no concreta a qué otros modos se refiere, lo que en la práctica forense propicia que en más ocasiones de las que sería deseable en los anuncios de las subastas tan sólo se haga constar que «se desconoce la situación posesoria del inmueble».

tividad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble, se les deberá notificar la existencia de dicho proceso para que en un plazo de diez días presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación.

Ab initio, si la vivienda se encuentra ocupada por el cónyuge que no ha suscrito el contrato de arrendamiento y al que le ha sido adjudicado el derecho de uso en un proceso matrimonial, el primer problema que se nos plantea es determinar el título posesorio que ostenta, ya que el art. 15 de la LAU omite deliberadamente el título que causaliza la continuación posesoria del titular del derecho de uso⁵⁶. No obstante, lo que a nuestro juicio queda claro es que no se trata de una cesión del derecho arrendaticio ni una sucesión en el arrendamiento similar a la contemplada en el art. 6.2 de la Ley de arrendamientos urbanos italiana de 27 de julio de 1978, pues el titular del derecho no desaparece de la relación contractual, diferenciándose este supuesto del previsto en el art. 8.1 de la LAU que contempla la *cesión del contrato de arrendamiento*, subrogándose el cesionario en la posición del cedente frente al arrendador, lo que supone que dicho cedente salga de la relación jurídica, exigiéndose el consentimiento escrito del arrendador⁵⁷ frente a la mera notificación, en el plazo de dos meses, que tan sólo previene el art. 15⁵⁸.

A estos efectos, la redacción definitiva del art. 15 de la LAU dista bastante de la de los Proyectos que le precedieron: así, el de 30 de diciembre de 1992 establecía en su art. 13 que el cónyuge que no hubiera suscrito el contrato de arrendamiento *adquiriría también la con-*

ble», lo que obliga a los postores a realizar costosas averiguaciones o a formular sus ofertas en unas condiciones de auténtica incertidumbre, por lo que su situación resulta parangonable a la existente bajo la vigencia de la LEC de 1881 y que nuestro legislador mostró especial empeño en desterrar como manifiesta en la Exposición de Motivos de la vigente LEC (cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J. «La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados». *RCDI*. Núm. 681. Enero-febrero, p. 12)

⁵⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, A. «Comentario al Art. 15». *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., p. 341

⁵⁷ No resulta necesario que el documento donde se exprese dicho consentimiento revista una formalidad *ad substantiam*, debiendo considerarse como suficiente su prueba por cualquiera de los medios admitidos en derecho (cfr. REGLERO CAMPOS, F. «Comentario al Art. 8». *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi Editorial. Dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, p. 152).

⁵⁸ No obstante, hay quien opina que la solución que más protegería al conjunto de personas que van a seguir ocupando la vivienda sería la de transmitirles la condición de sujetos exclusivos del derecho arrendaticio (cfr. VENDRELL FERRER, E. «La vivienda familiar y su protección. Comentario a la STC de 31 de octubre de 1986», op. cit. p. 1003).

dición de arrendatario por ministerio de la ley y, en parecidos términos, el Proyecto de 21 de febrero de 1994 dotaba al cónyuge no arrendatario *de forma solidaria de dicha condición por ministerio de la ley*, siendo el Proyecto de 30 de junio de 1994 el que estableció de forma definitiva que el cónyuge no arrendatario *podía continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le fuera atribuido de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del CC*, lo que suponía, por un lado, preservar en la titularidad arrendaticia al cónyuge que hubiera suscrito el contrato aunque no se le hubiera adjudicado el derecho de uso de la vivienda y, por otro lado, desterrar la tesis de la cotitularidad arrendaticia, pues de la *voluntas legislatoris* no se deriva que con independencia de quien haya concertado el contrato locaticio ambos cónyuges sean titulares de la relación arrendaticia, pues, si así fuera, el citado art. 15 de la LAU no se referiría al «cónyuge no arrendatario».

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, el cónyuge ocupante de la vivienda no carece de título posesorio, puesto que su derecho procede de la decisión de una autoridad judicial en un proceso matrimonial, debiendo considerarse que *el título que viniera amparando la ocupación durante la convivencia familiar no sufrirá modificación tras la crisis matrimonial*, de suerte que si se trataba de un arrendamiento, ese mismo carácter tendrá la posterior ocupación por un solo cónyuge⁵⁹, dado que su derecho de posesión se fundamenta en el contrato que suscribió su antigua pareja con el arrendador, por lo que si éste pierde la propiedad del inmueble al ser objeto de enajenación forzosa en un proceso de ejecución, el derecho de uso correrá la misma suerte que —según la legislación sustantiva— deba correr el contrato de arrendamiento, ya que la atribución judicial del uso no crea un derecho nuevo frente al arrendador⁶⁰, ni modifica la esencia del contrato, sino que simplemente altera las facultades de goce del titular contractual que temporalmente pasa a segundo plano hasta que se extinga el derecho de uso o hasta que, por las causas legalmente previstas, deba terminar el contrato que le sirve de base.

C) Requerimiento para la presentación el título posesorio

Partiendo de la premisa de que la adjudicación a un cónyuge del derecho de uso sobre la vivienda familiar arrendada no origina un ti-

⁵⁹ Cfr. SSAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2001; de Madrid, Sección 14.ª, de 23 de diciembre de 2003; de Jaén, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2004.

⁶⁰ SAP de Murcia, Sección 3.ª, de 22 de octubre de 2002.

tulo posesorio nuevo que pueda resultar oponible al ejecutante o al rematante en el proceso de ejecución dirigido frente al arrendador, resta por solventar el problema de quién habrá de ser requerido en dicho proceso para que justifique su situación posesoria si *el actual ocupante de la vivienda* (beneficiario del derecho de uso) o bien *el cónyuge titular del contrato de arrendamiento* (único firmante del mismo) cuyo derecho de posesión se encuentra temporalmente suspendido.

En principio, de la literalidad del art. 661.1 de la LEC se deduce que habrá de notificarse la existencia de la ejecución a las *personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble para que en el plazo de diez días presenten los títulos que justifiquen su situación*. Por consiguiente, siendo que el ocupante de la vivienda es el adjudicatario del derecho de uso, en una primera aproximación epidérmica pudiera pensarse que éste ha de ser el único destinatario de dicha notificación que, en puridad y a tenor del art. 149.4.º LEC, es más bien un requerimiento, pues le compele a llevar a cabo una determinada conducta (presentar el título de posesión).

No obstante, siendo que el título que debe ponderar el Juez de la ejecución en aras de determinar el derecho a seguir poseyendo la vivienda tras la subasta, no es la sentencia que adjudica el uso a uno de los consortes sino el originario contrato de arrendamiento por el cual se ocupa la vivienda, a nuestro juicio también resultará oportuno que el titular de dicho contrato sea requerido, pues aun cuando no sea el actual ocupante del inmueble mantiene su condición de arrendatario, habida cuenta que el art. 15 de la LAU no establece para estos casos una cesión ni subrogación arrendaticia⁶¹.

De hecho, si se mostrara reticente en presentar el contrato de arrendamiento, estimamos que pudiera resultar oportuno aperebirle con multas coercitivas periódicas *ex art.* 591 de la LEC, pues aunque con carácter general el contenido de dicho precepto no integra el requerimiento que se practica a los ocupantes para que presenten los títulos de posesión, ello se debe a que tampoco resulta necesario, dado que normalmente ellos son los únicos perjudicados de tal omisión; sin embargo, en el caso que nos ocupa el principal perjudicado es el beneficiario del derecho de uso y actual ocupante de la vivienda, por lo que resultará justificado que el órgano judicial adopte las medidas oportunas para evitar que la desatención del requerimiento

⁶¹ SSAP de Valencia, Sección 11.ª, de 10 de octubre de 2002; de Madrid, Sección 14.ª, de 23 de diciembre de 2003; de Jaén, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2004.

por parte de su consorte (titular del arrendamiento) deje en situación de indefensión al adjudicatario del derecho de uso.

D) Incidente para resolver el derecho a permanecer en la vivienda tras su enajenación forzosa

En los casos en que conste que la vivienda embargada se encuentra ocupada por terceras personas distintas del ejecutado, nuestra ley civil rituaría no sólo prescribe notificar (*rectius* requerir) a dichos ocupantes la existencia del proceso de ejecución para que presenten en el plazo de diez días los títulos de posesión, sino que en aras de resolver sobre su situación posesoria en dicho proceso —sin demorar la cuestión a un ulterior juicio declarativo— prevé la sustanciación en la ejecución de un **incidente** ora con carácter previo al anuncio de la subasta (art. 661.2), ora en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble en la venta forzosa y siempre que no se haya sustanciado con anterioridad (art. 675).

a) Legitimación

Cuando el incidente se inste *con anterioridad al señalamiento de la subasta*, en principio y de una interpretación literal del art. 661.2 de la LEC se infiere que el único **legitimado activamente** para instar su celebración es el ejecutante⁶². Sin embargo, cuando el incidente se sustancie *con posterioridad a la subasta*, ostentará legitimación activa el adjudicatario o rematante, así como el adquirente del bien enajenado por otros medios de realización forzosa alternativos a la subasta⁶³ e incluso —aunque la ley no lo especifique— el cesionario de

⁶² Cfr. FRANCO ARIAS, J. «Comentario al art. 661». *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. III. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2000, p. 3324. Este autor estima que también ostenta legitimación a estos efectos el ejecutado o cualquier otro sujeto que sea parte del proceso; lo que a nuestro juicio resulta difícil de sostener *de lege data*, pues la actual regulación relega al ocupante de la vivienda a una posición pasiva, no quedándole más remedio que permanecer inactivo a la espera de que el ejecutante, o en su defecto el rematante, pretendan su lanzamiento, sin perjuicio de que *a posteriori* le quede expedito el derecho de instar un juicio declarativo para hacer valer sus intereses en caso de ser desalojado.

⁶³ Aunque el art. 675 —al igual que el 661— se encuentra sito en la sección 6.ª del Capítulo VI, Título IV, del Libro III denominado «De la subasta de bienes inmuebles», dichos preceptos también se deben considerar aplicables cuando el inmueble sea objeto de enajenación forzosa en virtud de un *convenio de realización* o sea vendido por *persona o entidad especializada*, así como cuando se enajene en un *proceso de ejecución hipotecaria*.

remate aun cuando en ningún caso estará legitimado el tercero que adquiriera el bien con posterioridad⁶⁴. El *dies ad quem* para instar su pretensión es el plazo de un año⁶⁵ desde la adquisición⁶⁶, por lo que expirado dicho término se verán compelidos a acudir a un juicio declarativo para instar el desalojo de los ocupantes del inmueble.

Mayores problemas plantea la **legitimación pasiva en este incidente**; si bien, dejando aparte la polémica suscitada a raíz de la STC 135/1986, de 31 de octubre⁶⁷ en orden a determinar si el con-

⁶⁴ Cfr. UCEDA OJEDA, J. «Comentario al art. 675». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Coordinadores CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ. Aranzadi Editorial. Navarra, 2001, op. cit., p. 3072.

⁶⁵ Este plazo fue producto de la enmienda núm. 1337 al Proyecto de Ley, presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Catalán (BOCG. VI Legislatura. Congreso. Serie A. Núm. 147-9. pp. 360 y ss.). En parecidos términos se presentó la enmienda Núm. 578 por el Grupo Socialista, pero no se mantuvo para su debate en el pleno.

La previsión de este plazo constituye, a nuestro modo de ver, un acierto legislativo al encontrarse en armonía con lo que dispone el apartado 4 del art. 460 del C.C. que prevé *la pérdida de la posesión de un bien por el hecho de poseerlo otra persona, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año*, pues en otro caso, y habida cuenta la duración que suelen tener los procesos de ejecución que se demoran varios años en el tiempo, se estaría dejando al arbitrio del adquirente la posibilidad de solicitar el lanzamiento mucho tiempo después de la adquisición del inmueble en la enajenación forzosa, lo que podría resultar perturbador para los poseedores, de ahí que dicha laguna legal, existente en el Anteproyecto y Proyecto de la LEC, fuera objeto de crítica por parte de la doctrina (cfr. IGLESIAS MEJUTO, J. «Posesión judicial del adjudicatario en la ejecución hipotecaria y Anteproyecto de L.E.C.» *Presente y futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV. Dirigido por PICÓ Y JUNOY. Barcelona, 1998, p. 654).

⁶⁶ El cómputo de este plazo nos lleva a efectuar una cuidada exégesis del párrafo segundo *in fine* del art. 675 que establece que la petición de lanzamiento del tercer ocupante deberá efectuarse *«en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble»*. Algún autor entiende que ha de estarse a la fecha del auto de adjudicación (Cfr. ARROYO GARCÍA, S. *Comentarios prácticos a la nueva L.E.C.* AAVV. Ed. Trivium S.A. Madrid, 2000, p. 615), si bien a nuestro juicio, dado que cuando se dicta dicho auto todavía no se ha consignado por el rematante el resto del precio, no se puede considerar que en dicho momento se haya adquirido el inmueble, por lo que entendemos que el plazo de un año debe contarse desde la expedición por el Secretario Judicial del testimonio comprensivo del auto de aprobación del remate en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

⁶⁷ En la STS 135/1986, de 31 de octubre se llega a afirmar que el art. 96 del CC ha creado un litisconsorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular del arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual, tesis que ha suscitado las críticas de la más autorizada doctrina (cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de las crisis matrimoniales», op. cit., pp. LX-XIX y LXXXIV).

trato de arrendamiento —con independencia de que lo haya suscrito un solo cónyuge— coloca a ambos consortes en la misma posición jurídica o si, por el contrario, tan sólo es un derecho personal del firmante del mismo⁶⁸; estimamos que en el caso que nos ocupa ostentará legitimación tanto el *titular del contrato de arrendamiento* como el *ocupante del inmueble* (adjudicatario del derecho de uso), ya que, por un lado, la legitimación de este último se deriva de la literalidad de los arts. 661.2 y 675.3 que prescriben la citación a una vista para decidir sobre su derecho de posesión al *ocupante u ocupantes del inmueble distintos del ejecutado* y, por otro lado, la legitimación del titular del contrato locaticio se halla justificada por su condición formal de arrendatario y por su interés legítimo en que subsista el arrendamiento, habida cuenta que cuando se extinga el derecho de uso podrá hacer efectiva su condición poseyendo de nuevo la vivienda.

⁶⁸ La jurisprudencia se encuentra dividida sobre este particular, véanse entre otras:

SAP de Madrid, Sección 14.ª, de 23 de diciembre de 2003, en esta sentencia se establece la obligación solidaria del pago de la renta del cónyuge titular del contrato de arrendamiento y del cónyuge no contratante al que se le ha atribuido el derecho de uso.

En el mismo sentido la SAP de Zamora, Sección 1.ª, de 22 de julio de 2004 estima que aun cuando sólo uno de los cónyuges suscribiera el contrato de arrendamiento son deudores de la renta ambos consortes, puesto que estando la vivienda destinada a domicilio familiar, es un gasto dedicado al sostenimiento de la familia según el art. 1362 del CC y, por tanto, una carga de la sociedad de gananciales.

Por el contrario, en distintos términos se pronuncian otras sentencias:

En la SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 10 de octubre de 2002, se establece que el titular del contrato —y no el otro consorte a quien se le ha atribuido el uso— es quien asume los derechos y obligaciones frente al arrendador.

La SAP de Madrid, Sección 13.ª, de 18 de febrero de 2003 considera que la acción de resolución de la relación arrendaticia urbana de vivienda sólo tiene que dirigirse contra la persona del arrendatario, es decir, frente a quien en tal concepto suscribió el contrato de arrendamiento, sin que, además, deba ser demandada su cónyuge.

En la SAP de Jaén, Sección 2.ª, de 2 de junio de 2004, se niega la condición de arrendatario y la falta de legitimación pasiva del cónyuge no firmante a quien se había atribuido el derecho de uso.

Las SSAP de Las Palmas, Sección 5.ª, de 2 de enero de 2005 y de 2 de marzo de 2005 consideran que no ostenta la condición de arrendatario el cónyuge no firmante, sin perjuicio de que el contrato tenga efectos internos entre los cónyuges dependiendo del régimen económico matrimonial.

En similares términos, la prestigiosa revista *Sepín* considera que cuando el arrendamiento está firmado por una persona y no consta que lo hiciera también en representación de su cónyuge, toda la relación debe llevarse con el firmante (*Revista Sepín. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 234. Marzo. 2003, p. 60). El arrendamiento debe ser considerado un derecho personal del firmante incluso si rigiera en el matrimonio el régimen de gananciales («Comentario a la SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 31 de diciembre de 2002». *Revista Sepín. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 238. Julio-agosto, p. 44).

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, cabría preguntarse si habría de citarse al adjudicatario del derecho de uso cuando no se hubiera notificado dicha adjudicación al arrendador en el plazo de dos meses desde que le fue notificada la sentencia en el proceso matrimonial, pues aun cuando la ley omite las consecuencias de dicha omisión, la interpretación más coherente es considerar que tan sólo ocasiona una *falta de eficacia frente al arrendador del cambio posesorio producido en la vivienda*. No obstante, a nuestro juicio, dicha doctrina no resulta de aplicación al caso que nos ocupa, pues el legitimado para instar este incidente no es el arrendador sino —como hemos comentado *supra*— el ejecutante o el adquirente en la venta forzosa y si a éstos consta por manifestación de bienes del ejecutado o de cualquier otro modo que la vivienda embargada se encuentra ocupada por un tercero distinto del ejecutado, deberán interesar su citación con independencia de que la atribución del derecho de uso no se haya comunicado al arrendador.

b) Comparecencia de las partes

Llegado el día fijado para la vista, se celebrará de acuerdo a lo previsto para el juicio verbal, sin perjuicio de que, a diferencia de lo que viene siendo la tónica general en la vigente LEC, en la normativa reguladora de este incidente no se remita expresamente a dicho juicio.

En el caso de que **no comparezca a la vista quien ha promovido el incidente** se le tendrá por desistido; si bien, la ley no aclara si no compareciendo el ejecutante a la vista señalada con anterioridad al anuncio de la subasta, podrá promoverse otro incidente por el adquirente del inmueble tras la enajenación forzosa, pues el art. 675.2 limita dicha posibilidad a *no haberse procedido previamente conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 661*, lo que suscita el problema de si tan sólo resulta vedado instar un incidente tras la venta forzosa cuando se hubiera dictado auto resolviendo sobre el desalojo o si tampoco procederá si se hubiere dictado auto de desistimiento por no comparecer el ejecutante. La verdad es que a nuestro juicio, y en aras de no dejar desprotegido al tercer adquirente de la vivienda en la venta forzosa —al que se compelería a acudir a un juicio declarativo posterior— estimamos que si no se ha llegado a resolver sobre el desalojo de los ocupantes en el incidente promovido por el ejecutante, por no haber comparecido a la vista, podrá promoverse otro incidente tras la venta forzosa por el rematante Empe-

ro, si ha sido el ejecutante el que ha resultado adjudicatario en la subasta, sería contrario a las normas de la buena fe y al principio *venire contra factum proprium non potest* permitirle instar otro incidente tras la venta forzosa siendo que dejó de comparecer sin justa causa al que promovió con anterioridad a la subasta.

Cuando hayan sido **citados en legal forma** el cónyuge que ostenta el derecho de uso sobre la vivienda y su antigua pareja titular del contrato de arrendamiento, podrán adoptar las siguientes conductas:

- a) *Asistir ambos a la comparecencia*, en cuyo caso se procederá a la práctica de la prueba propuesta y admitida.
- b) *No comparecer ninguno*, en cuyo caso perderán toda posibilidad de defensa y, con independencia de lo que se alegue y prueba por el promotor del incidente, se decretará el desalojo tras la venta forzosa de los ocupantes de la vivienda, extinguiéndose el contrato de arrendamiento y, en consecuencia, el derecho de uso, pudiendo resultar perturbador que sin sentencia de desahucio que lo autorice, se decrete el desalojo de los ocupantes de la vivienda en un mero auto irrecurrible dictado en el seno de un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador.
- c) *Comparecer uno de los cónyuges*, en cuyo caso deberá seguir la vista para los fines que le es propia. Lo más habitual es que el cónyuge que comparezca sea el ocupante de la vivienda (beneficiario del derecho de uso), pero si éste no concurriera y lo hiciera su consorte (titular del arrendamiento), estimamos que la vista debería continuar a los efectos oportunos, pues en tanto que el pronunciamiento final es inescindible, aun cuando no haya comparecido el actual ocupante de la vivienda, no por ello puede decretarse sin más trámites el desalojo, habida cuenta que al otro consorte —en tanto titular del contrato locaticio— le puede interesar defender su subsistencia a fin de poder recuperar la posesión de la vivienda cuando se extinga el derecho de uso.
- d) *Asistir a la vista pero sin Abogado ni Procurador*, en cuyo caso se plantea el problema de si procede tenerlos por comparecidos en legal forma, pues los arts. 661 y 675 silencian la necesidad de comparecer con dichos profesionales y tampoco aportan respuesta alguna otros preceptos legales que pudieran resultar aplicables, pues, por un lado, el art. 539 de la LEC se

refiere exclusivamente a la asistencia de Abogado y representación por Procurador de quienes ostenten la posición de ejecutante y ejecutado en el proceso de ejecución —pero nada dice de los terceros— y, por otro lado, el supuesto que nos ocupa tampoco se puede subsumir en ninguno de los apartados de los arts. 23 y 31 de la LEC como excepciones a la intervención de estos profesionales. A nuestro juicio, y en aras de solventar dicha omisión, lo más oportuno es que, merced a la analogía, se considere aplicable a los terceros lo que el art. 539 de la LEC dispone en relación a las partes en el proceso de ejecución, resultando preceptiva la intervención de Abogado y de Procurador en este incidente, salvo si se sustancia en el seno de una ejecución de sentencia dictada en un juicio verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros o cuando se hubiera despachado ejecución en un juicio monitorio que tampoco supere dicha cantidad (teniendo en cuenta en ambos casos el principal, sin costas ni intereses). En otro caso, y a pesar de la sencilla tramitación de este incidente —dada su naturaleza sumaria y que generalmente la única prueba que se practica es la documental— estimamos que resulta adecuado considerar que la intervención de dichos profesionales será preceptiva, pues si el incidente lo promoviera el ejecutante —antes de la subasta o *a posteriori* por resultar adjudicatario en la misma— no resultaría coherente que se le eximiera de valerse de Abogado y Procurador en dicho trámite y se le exigiera en el proceso de ejecución del que dimana precisamente dicho incidente. Asimismo, si la comparecencia la instara *ex art.* 675.3 un tercero adquirente en la enajenación forzosa, también se debería seguir el mismo criterio, pues la necesidad de Abogado y de Procurador no se puede hacer depender de que el incidente lo promueva el ejecutante o un tercer rematante⁶⁹. En todo caso, y en aras de no causar indefensión, estimamos que en la citación que se practique a la comparecencia se deberá advertir sobre la necesidad de acudir con dichos profesionales si su intervención fuera necesaria, lo que ocurrirá en la mayoría de los casos, habida cuenta que en virtud del principio de

⁶⁹ Habida cuenta la laguna legal existente al respecto, consideraríamos oportuna la reforma del art. 539 de la LEC, donde se regula la intervención de Abogado y Procurador en el proceso de ejecución, no sólo respecto al tema que nos ocupa, sino también a otros efectos. Así, a nuestro juicio resultaría procedente, *de iure condendo*, que el legislador estableciera expresamente la exención de la utilización de dichos profesionales en los procesos de ejecución de títulos no judiciales o de laudos arbitrales en que la cantidad no excediera de 900 euros.

suficiencia del embargo (art. 584 de la LEC) resulta harto improbable que se embargue una vivienda —a no se que tenga muchas cargas o sea el único bien que se encuentre del ejecutado— en un proceso cuya cuantía no supere los 900 euros.

c) Prueba

En la vista se practicará la prueba que se proponga y resulte admitida que generalmente se limitará a la documental. Algún autor⁷⁰ estima que el Juez podrá conceder un período probatorio si no resulta posible practicar todos los medios de prueba en dicho acto; si bien, a nuestro modo de ver, dicha interpretación resulta difícil de conciliar con el carácter sumario del incidente y con el tenor literal de la ley.

Por lo demás, es preciso reseñar que en materia de prueba el apartado tercero del art. 675 —al que se remite a su vez el art. 661— no presenta una redacción muy acertada, ya que establece que en la comparecencia «los ocupantes (...) podrán alegar y probar lo que estimen oportuna respecto de su situación», por lo que parece obviar que en aras de defender sus pretensiones el mismo derecho tendrá el que inste el incidente en pro de su derecho de audiencia.

Asimismo, la doctrina⁷¹ ha puesto de manifiesto que ley también silencia si en el acto de la vista se podrán aportar los títulos que justifiquen la ocupación en el caso de que en el plazo de diez días concedido *ex art.* 661.1 de la LEC no se hayan presentado, lo que estimamos merece una respuesta positiva, ya que no parece oportuno restringir sin base legal alguna los derechos de los justiciables, máxime teniendo en cuenta que en esta comparecencia no se establece ninguna limitación en materia de prueba.

d) Resolución del incidente

El incidente terminará por auto que, aunque la ley no lo establece, estimamos que el Juez no deberá dictar en un plazo superior a diez

⁷⁰ Cfr. UCEDA OJEDA, J. «Comentario al Art. 661». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol II. Coordinadores CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ. Aranzadi Editorial. Navarra. 2001, p. 3073.

⁷¹ Cfr. MORENO CATENA, V. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. IV. *La ejecución forzosa*. Coordinado por CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA. Ed. Tecnos. Madrid. 2000, p. 138.

días por analogía con lo dispuesto para la sentencia en los juicios verbales.

Dicha resolución tiene carácter irrecurrible, pero, cualquiera que sea su contenido, dejará a salvo los derechos de los interesados que podrán ejercitar en el juicio que corresponda, lo que concuerda con lo previsto en el art. 447.2 de la LEC que prevé la **ausencia de cosa juzgada** para todos los procesos en los que se tutele de forma sumaria la posesión⁷². A estos efectos, si el auto declara que el arrendamiento debe extinguirse a consecuencia de la subasta, estimamos que podrán instar un juicio declarativo posterior para interesar su subsistencia no sólo el titular del arrendamiento sino también el cónyuge titular del derecho de uso, ya que éste debe gozar de las acciones propias de un poseedor legal.

Por lo demás, resulta criticable el carácter **irrecurrible** de este auto, resultando adecuado que la ley permitiera la interposición de un recurso de apelación, pues tampoco tienen efectos de cosa juzgada las sentencias dictadas en los juicios verbales que pretenden la tutela sumaria de la posesión y no por ello se les priva de la posibilidad de recurso⁷³.

e) Criterios para decidir sobre la subsistencia o extinción del arrendamiento y del derecho de uso

El órgano judicial para decidir sobre el derecho a permanecer en la posesión de la vivienda tras su venta forzosa no atenderá al derecho de uso que tiene adjudicado el ocupante en un proceso matrimonial, sino que tan sólo deberá ponderar la normativa sustantiva aplicable al contrato locaticio que subyace a esta situación posesoria puesto que el título que viniera amparando durante la convivencia familiar la ocupación no sufrirá modificación alguna por la adjudicación a un cónyuge del uso de la vivienda⁷⁴.

⁷² Cfr. NADAL GÓMEZ, I. «Comentario al art. 704». *Comentarios a la LEC*. Vol. II. Coordinadores CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ, Aranzadi editorial. Navarra. 2001, p. 596.

⁷³ Cfr. FRANCO ARIAS, J. «Comentario a los arts. 661 y 675» *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 3324 y 3360. Para este profesor ningún perjuicio produciría la interposición de un recurso de reposición o de uno de apelación sin efecto suspensivo, pues, lejos de producir dilaciones indebidas, evitaría en muchos casos la necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

⁷⁴ STS de 31 de diciembre de 1994 (RAY 10330), SAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 14 de noviembre de 2001

A este respecto, procede reseñar que el problema relativo a la subsistencia o extinción del contrato arrendamiento tras la enajenación forzosa del inmueble en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador, resulta una cuestión harto conflictiva dada su deficiente regulación en el derecho sustantivo.

Así, resulta sumamente criticable que tan sólo el art. 13 de la LAU de la LAU de 24 de noviembre de 1994, contemple expresamente este supuesto⁷⁵, pues aun cuando dicho precepto resulta acreedor de nu-

⁷⁵ A tenor de lo previsto en el art. 13 de la LAU cuando la resolución del derecho del arrendador tenga lugar *durante los cinco primeros años de duración del contrato de arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial*, éste subsistirá hasta que se cumpla dicho plazo de cinco años. Sin embargo, si el derecho del arrendador quedare resuelto *una vez transcurridos los cinco primeros años del contrato*, este se extinguirá, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso continuará por la duración pactada.

El Art. 13 de la LAU resulta merecedor a nuestro juicio de las siguientes **críticas**:

En primer lugar, *el legislador olvida otros procesos de ejecución* que no traen causa de una hipoteca o de una sentencia de condena, tales como los derivados de títulos no judiciales, laudos arbitrales o autos de cuantía máxima en los que, obviamente, también pueden enajenarse fincas arrendadas.

En segundo lugar, *silencia el criterio aplicable a los arrendamientos para uso distinto a vivienda*, pues el art. 13 de la LAU tan sólo resulta de aplicación —por su ubicación en la ley— a los arrendamientos de viviendas.

En tercer lugar, *concede el mismo tratamiento legal a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo que a los anteriores no inscritos en el Registro*, lo que puede propiciar fraude de ley.

En cuarto lugar, *no brinda una adecuada protección a los arrendamientos anteriores a la hipoteca o al embargo no inscritos en el Registro de la Propiedad*, pues se extinguen si en el momento de la venta forzosa hubieran transcurrido cinco años desde el contrato.

En quinto lugar, *concede el mismo tratamiento legal a los arrendamientos anteriores al embargo inscritos en el Registro que a los posteriores a la traba que consten inscritos antes de la anotación preventiva de embargo*, pues, en ambos casos subsisten por la duración pactada, lo que no resulta justo.

Resulta paradójico que la realización forzosa comporte la extinción de verdaderos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y que, por el contrario, subsistan los contratos de arrendamiento posteriores por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años (RDGRN de 24 de febrero de 2000, RAJ 1048). La subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a un asiento registral que denuncia la inestabilidad del título —hipoteca o anotación preventiva de embargo— implica una alteración de los principios registrales de buena fe y de inoponibilidad de los derechos no inscritos que se justifica en la necesidad de proteger al arrendatario durante un plazo de cinco años aunque sea a costa de sacrificar los principios registrales (cfr. MARTÍN LÓPEZ, J. J. «Comentario al art. 13». *Comentarios a la LAU*. Coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi editorial. Navarra, 1995, p. 286. CARBALLO PIÑEIRO, L. *Ejecución de condenas de dar*. J. M. Bosch editor. Barcelona. 2001, p. 257). En

merosas críticas; la situación todavía es más alarmante si el arrendamiento se rige por el *TR de 24 de diciembre de 1964*⁷⁶ o el *Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril sobre medidas de política económica*⁷⁷, pues dicha normativa sustantiva obvia cualquier solución al respecto, lo que se agrava por el hecho de que el legislador tampoco haya previsto, por vía de disposiciones transitorias, la extensión del contenido del art. 13 a los arrendamientos urbanos sometidos a la anterior legislación locativa⁷⁸, debiendo buscarse la respuesta en la juris-

esta tesitura, procede cuestionarse si no hubiera sido más adecuado dar a los arrendamientos posteriores a la hipoteca o al embargo el mismo tratamiento que a los arrendamientos otorgados por un usufructuario o un superficiario, los cuales se extinguen al término del derecho del arrendador (art. 13. 2 de la LAU). Esta solución que hace cincuenta años se propuso por la doctrina (cfr. MORO LEDESMA, S. «La relación entre el arrendamiento y la hipoteca». *A.D.C. T. IX.* 1956, p. 1346) fue objeto de una enmienda al Proyecto de 1992; sin embargo, nuestro legislador prefirió optar por la protección a ultranza del arrendatario.

⁷⁶ La *LAU de 24 de diciembre de 1964* silencia toda referencia sobre el particular, sin embargo con base en el art. 57 (que establece la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones) y en el art. 114 (que prevé unas causas limitadas de extinción del arrendamiento entre las que no se encuentra la enajenación forzosa del inmueble) se ha venido propugnando la subsistencia del arrendamiento tras la subasta del inmueble aun cuando dicho contrato hubiere sido estipulado con posterioridad a la hipoteca o al embargo, lo que a nuestro parecer no resulta acertado.

⁷⁷ En cuanto a los arrendamientos que se rigen por el *Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril sobre medidas de política económica* (D.T. 1.ª de la L.A.U. de 1994) aunque no les resulta aplicable el régimen de prórroga forzosa previsto en el art. 57 de la LAU de 1964, tampoco contienen previsión alguna respecto a la posible extinción del arrendamiento a consecuencia de la enajenación forzosa del inmueble, por lo que se plantea el problema de si es posible que subsista dicho arrendamiento, pues aunque su extinción sería lo más oportuno, la cuestión no resulta pacífica. De todos modos, si el contrato de arrendamiento se concierta por el ejecutado con carácter indefinido o por un plazo previsiblemente superior al que ha de permanecer el bien en su poder, se ha entendido por la doctrina que debería extinguirse por manifiesto abuso de derecho (cfr. FRANCO ARIAS, J. *El procedimiento de apremio*. Ed. Bosch. Barcelona. 1987, p. 248. «El procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992 de 16 de enero y algunas reflexiones sobre la misma». *Justicia*. Núm. IV. 1992, p. 955, nota 48 y en «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*. Ed. CGPJ. 1997, p. 110, nota 23, p. 2255. GARCÍA GARCÍA, J. M. «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991). *RCDI*. Núm. 607. Noviembre-diciembre. 1991. POVEDA BERNAL, M. I. «Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas». *RCDI*. Núm. 652. Mayo-junio. 1999, p. 917). En parecidos términos: RRDGRN 19 de noviembre 1987 (RAJ 8737); y de 20 de noviembre de 1987 (RAJ 8738).

⁷⁸ Cfr. FRANCO ARIAS, J. «Algunas consideraciones sobre el apremio de bienes inmuebles». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles (II). La vía de*

prudencia⁷⁹ que, en relación a la subsistencia de los arrendamientos a consecuencia de la subasta de los inmuebles arrendados, viene mostrando una posición vacilante aunque tendente a favorecer a los arrendatarios con independencia de que la fecha del contrato sea posterior a la hipoteca o al embargo y salvo que se aprecie fraude o simulación⁸⁰.

apremio. Ed. CGPJ. Madrid. 1997, p. 112. Este autor considera que, la solución más conveniente, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, hubiera sido la de considerar que en la anterior regulación existía una laguna legal en cuanto al régimen de los arrendamientos urbanos en caso de apremio y, por consiguiente, aplicar el art. 13 de la actual LAU a dichos casos por analogía.

⁷⁹ El Tribunal Supremo se había pronunciado a favor de la extinción del arrendamiento en sus sentencias de 5 de febrero de 1945 (RAJ 502) —cfr. FLÓREZ DE QUIÑONES, V. «Comentario de la STS de 5 de febrero de 1945». *R.D.P.* 1945, p. 531 y ss.— 22 de diciembre de 1945 (RAJ 1305), 22 de mayo de 1963 (RAJ 3587), 31 de octubre de 1986 (RAJ 6022), 23 de diciembre de 1988 (RAJ 9814) y 17 de noviembre de 1989 (RAJ 7890). Por el contrario, se decantó por declarar subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca en las sentencias de 19 de febrero de 1968 (RAJ 1153), 9 de junio de 1990 (RAJ 4749), 23 de febrero de 1991 (RAJ 1591), 6 de mayo de 1991 (RAJ 3566), 23 de junio de 1992 (RAJ), 20 de abril de 1995 (RAJ 3485), 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) y 14 de junio de 1997 (RAJ 4658).

⁸⁰ En la STS de 9 de mayo de 1996 (RAJ 3784) se declara que la doctrina defendida por dicho Tribunal de la subsistencia del arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca quiebra: «a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (Sentencia de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7890); b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando en el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario».

El TC también viene denegando el amparo a los arrendatarios cuando aprecia fraude (ATC 309/1994 de 14 de noviembre)

En estos casos no se está cuestionando la prevalencia de la ejecución sobre el arrendamiento sino elevando la cuestión a la teoría general sobre la eficacia y validez de los contratos (cfr. AYALA RODRÍGUEZ, M. «La situación del tercero arrendatario ante la ejecución hipotecaria» *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ. Madrid. 1992, p. 733).

No obstante, la dificultad radica en probar dichas conductas fraudulentas, por lo que a estos efectos sería interesante para distinguir la posible confabulación o fraude entre arrendador y arrendatario tener en cuenta ciertos factores como la cuantía o la propia existencia de una renta real, así como la fecha del arrendamiento, pues, aun siendo posterior a la hipoteca, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el procedimiento o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial (VELA TORRES, P. J. «Subsistencia de los arrendamientos urbanos tras la ejecución hipotecaria de la finca arrendada». *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*. Ed. CGPJ. Madrid. 1992, p. 721. NUÑO DE LA ROSA AMORES, A. P. «Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales». *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid. 1998, p. 264).

E) Ejercicio del derecho de retracto

En el caso de que la vivienda resulte subastada en un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador otro problema que se plantea es el relativo a la operatividad de los derechos de tanteo y retracto previstos en la legislación arrendaticia.

A nuestro juicio, lo más oportuno es considerar que no habrá posibilidad de hacer efectivo el derecho de tanteo porque la celebración de la subasta impide notificar con carácter previo al arrendatario el precio en que va ser enajenada la finca, así como el nombre del adquirente. Por el contrario, la jurisprudencia⁸¹ viene admitiendo —aunque esta cuestión no resta exenta de debate⁸²— el ejercicio del **derecho de retracto**⁸³, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1640 del CC que regula las ventas judiciales de fincas enfiteúticas, máxime teniendo en cuenta que la subasta reúne todos los elementos del contrato de compraventa conforme al art. 1445 del CC.

⁸¹ SSTs de 2 de marzo de 1959 (RAJ 1498), 23 de enero de 1971 (RAJ 289), 3 de noviembre de 1971 (RAJ 4522), 30 de octubre de 1990 (RAJ 8268), 1 de julio de 1991 (RAJ 5311), 11 de julio de 1992 (RAJ 6280), 22 de abril de 1992 (RAJ 3320), 30 de junio de 1994 (RAJ 5997), 30 de junio de 1994 (RAJ 5997), 12 de febrero de 1996 (RAJ 955), 14 de mayo de 2004 (RAJ 2758).

⁸² Cfr. VV.AA. *Encuesta Jurídica*. «El art. 13.1 de la LAU mantiene el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años aunque haya cambio de titularidad por adjudicación judicial y otros supuestos. En estos casos, ¿cabe retracto por el arrendatario conforme el art. 25 de la LAU?». *Sepín Net Revista Arrendamientos Urbanos*. Núm. 251. Octubre. 2004, p. 3 y ss.

⁸³ Sobre el cómputo del plazo del retracto: SSTs de 6 de marzo de 2000 (RAJ 1363), 14 de noviembre de 2002 (RAJ 9919), 13 de febrero de 2004 (RAJ 646); SSAP, La Rioja, Sección Única, de 17 de julio de 2002; Cantabria, Sección 1.ª, de 2 de junio de 2004.; Madrid, Sección 10.ª, de 28 de junio de 2004; Málaga, Sección 5.ª, 25 de mayo de 2004.

Sobre la consignación del precio: Cfr.. VV.AA. *Encuesta Jurídica*. «Teniendo en cuenta la nueva redacción del Art. 266.3 de la LEC y del art. 1518 del CC ¿es necesario exigir el pago o consignar el precio para ejercitar el derecho de retracto?». *Revista Sepín. Arrendamientos Urbanos*. Núm. 237. Junio 2003, p. 7 y ss.

La consignación no tiene que ser necesariamente en metálico, admitiéndose el talón conformado y el aval bancario: SSTs de 27 de septiembre de 1994 (RAJ 7304), 30 de mayo de 1995 (RAJ 4204), 16 de julio de 1996 (RAJ 5579), 8 de abril de 2000 (RAJ 2474), 16 de febrero de 2004 (RAJ 1132) y SSTC 27 de enero de 1992, 30 de junio de 1998, 10 de julio de 2000).

Asimismo, en relación a la acción de retracto, procede reseñar que conforme a lo dispuesto en el art. 42 de la LH, es recomendable la anotación preventiva de demanda de retracto en el Registro de la Propiedad a fin de evitar la aparición de un tercero hipotecario (cfr. PÉREZ UREÑA, A. «El retracto en los arrendamientos urbanos ¿su carácter *erga omnes* le concede prioridad frente a los terceros adquirentes del inmueble retraído?». *Boletín de Arrendamientos Urbanos*. Núm. 38. Febrero. 2004, pp. 3 y ss.).

De hecho se reconoce el derecho de retracto aun cuando el arrendador hubiera participado como licitador en la subasta no igualando ni superando la puja del mejor postor⁸⁴.

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, procede preguntarse si en el caso que nos ocupa el derecho de retracto podrá ejercitarlo *el titular del contrato de arrendamiento que no ocupa la vivienda o el beneficiario del derecho de uso que no suscribió el contrato de arrendamiento*⁸⁵.

En nuestra opinión, tan sólo se encontrará legitimado el cónyuge titular del contrato de arrendamiento, pues el derecho de retracto, al igual que el de tanteo, deriva de la propia condición de arrendatario (arts. 48 LAU de 1964 y 25 LAU 1994)⁸⁶ y el beneficiario del derecho de uso por ese mismo hecho no se subroga en la titularidad del contrato suscrito por su antiguo consorte, no produciéndose por dicha adjudicación una novación subjetiva en la posición de arrendatario. Bien es cierto que este criterio pudiera perjudicar al cónyuge ocupante de la vivienda, el cual puede estar más interesado en convertirse en propietario del inmueble que su propio consorte que ni siquiera la habita, pero *de lege data* no se puede defender otra tesis. De hecho, dicha eventualidad ha sido esgrimida por algún autor⁸⁷ como argumento para defender que atribuido el uso de la vivienda al cónyuge no firmante del contrato de arrendamiento se debe producir una auténtica subrogación contractual *ope legis* a favor del cónyuge adjudicatario, asumiendo éste las cargas y ventajas derivadas del arrendamiento, lo que en nuestra opinión, y habida cuenta la literalidad del art. 15 de la LAU, resulta más que discutible.

De todos modos, si el cónyuge titular del contrato de arrendamiento ejercitara su derecho de retracto sobre la vivienda, debería

⁸⁴ STS de 30 de junio de 1994 (RAJ 5997).

⁸⁵ Cfr. VV.AA. *Encuesta Jurídica*. «A la vista del art. 15 de la LAU en caso de adjudicación judicial del uso de la vivienda al cónyuge no titular, ante la venta de la vivienda ¿quién tiene el derecho de retracto? ¿el titular del contrato o el cónyuge adjudicatario?». *Según Net Revista Arrendamientos Urbanos*. Núm. 265. Febrero. 2005, p. 4 y ss. En esta encuesta cinco de los encuestados se decantan por considerar que la legitimación la ostenta el titular del contrato y cuatro consideran que está legitimado el cónyuge adjudicatario, opinión que basan en la premisa —desafortunada a nuestro modo de ver— de que la atribución del derecho de uso comporta una subrogación en la posición de arrendatario del cónyuge que ocupa la vivienda.

⁸⁶ El derecho de retracto no puede ejercitarse por otra persona que no sea el arrendatario aun cuando tenga derecho a subrogarse en un futuro en la posición del arrendatario (cfr. VÁZQUEZ BARROS, S. *Ley de Arrendamientos Urbanos*, op. cit., p. 163).

⁸⁷ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos». *Ar. C.* 1998-III, p. 94.

respetar el derecho de uso adjudicado a su antiguo consorte hasta la extinción del mismo, siendo que cualquier otro rematante en la subasta podrá poner fin al derecho de uso cuando proceda la extinción del arrendamiento. A estos efectos, el cónyuge que haya ejercitado el derecho de retracto no podrá interponer un juicio de desahucio contra su consorte ni por expiración del plazo ni, desde luego, por falta de pago, pues cuando la vivienda adjudicada en uso a uno de los cónyuges es propiedad del otro no existe obligación de pago de cantidad alguna en concepto de renta, sin perjuicio de que el cónyuge que la habita pueda hacerse cargo de los gastos ordinarios, como son los de comunidad.

Por lo demás, y con relación al retracto, también procede preguntarse si el arrendatario podrá ejercitar dicho derecho cuando el arrendamiento deba extinguirse tras la enajenación forzosa. La verdad es que estimamos que dicha pregunta merece una respuesta positiva, ya que el TS ha declarado que el derecho de retracto lo podrá ejercitar *quien ostente la condición de arrendatario en el momento de la enajenación del bien aunque el arrendamiento sea anulable o resuelto en fecha posterior* (STS de 28 de junio de 2003, RAJ 4267), por lo que tanto se declare por el órgano judicial la extinción del arrendamiento con anterioridad a la subasta en el incidente promovido por el ejecutante (art. 661 LEC) como con posterioridad a la misma a instancia del rematante (art. 675 LEC), en ambos casos la efectividad de la extinción se produce tras la subasta del bien, por lo que quien ostente en dicho momento la condición de arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto.

II.2. DERECHO DE USO SOBRE VIVIENDA OCUPADA EN USUFRUCTO

En este apartado vamos a analizar el problema que puede plantearse cuando ocupando los cónyuges la vivienda familiar en virtud de un derecho de usufructo, se adjudique el derecho de uso en un procedimiento matrimonial a uno de ellos y, ulteriormente, se embargue la vivienda *en un proceso de ejecución dirigido contra el nudo propietario*.

En estos casos, tan sólo la nuda propiedad podrá ser objeto de traba y enajenación forzosa, pues **si erróneamente se llegare a embargar la titularidad plena de la vivienda**, el usufructuario podrá instar el alzamiento de la traba interponiendo el oportuno juicio ordinario de tercería de dominio —a menos que no fuera necesario

por operar la denominada tercería registral del art. 38.3 de la LH⁸⁸—ya que la vigente LEC, a diferencia de su predecesora, otorga expresamente legitimación para interponer una tercería de dominio a los titulares de otros derechos distintos del de propiedad, reflejando así el legislador lo que ya bajo la anterior regulación, y al margen de la letra de la ley, se venía aceptando por la jurisprudencia⁸⁹ y la doctrina científica⁹⁰ que otorgaban legitimación al usufructuario y al nudo propietario; al vendedor, al comprador y al cesionario en los bienes sujetos a reserva de dominio⁹¹, así como al usuario de bienes cedidos

⁸⁸ A tenor de lo previsto en el art. 38.3 de la LH se sobreseerá todo procedimiento de apremio sobre un bien inmueble cuando por certificación del Registro de la Propiedad conste en autos que dicho bien figura inscrito a favor de persona distinta de aquélla contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento a no ser que se hubiera dirigido contra ella la acción en concepto de heredera.

Por consiguiente, por aplicación de dicho precepto y del art. 20 de la LH, el Registrador denegará la oportuna anotación preventiva de embargo sobre la totalidad del dominio cuando conste en el Registro que el ejecutado tan sólo ostenta la nuda propiedad, en cuyo caso tan sólo podrá embargarse ésta.

⁸⁹ El TS ya con la anterior LEC defendió este criterio que ha venido manteniendo con la actual regulación: cfr. SSTs 28 de febrero de 1986 (RAJ 939), 19 de mayo de 1989 (RAJ 3778), 18 de diciembre de 1990 (RAJ 10283), 16 de julio de 1993 (RAJ 6450), 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025), 19 de mayo de 1997 (RAJ 3887), 17 de febrero de 2000 (RAJ 1338), 23 de diciembre de 2001 (RAJ 1037), 28 de diciembre de 2001 (RAJ 1647), 8 de febrero de 2002 (RAJ 2238), de 12 de marzo de 2003 (RAJ 2574), 7 de octubre de 2002 (RAJ9265), 18 de noviembre de 2003 (RAJ 8331), 30 de diciembre de 2003 (RAJ 9000), 23 de enero de 2004 (RAJ 208), 12 de abril de 2004 (RAJ 2610), 14 de octubre de 2004 (RAJ 8038).

⁹⁰ Con la anterior LEC la doctrina venía otorgando legitimación en la tercería de dominio a titulares de derechos distintos del de propiedad: cfr. CACHÓN CADENAS, M. J. *El embargo*. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1991, p. 298. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *La tercería de dominio*. Ed. Montecorvo SA. Madrid. 1980. pp. 155 y ss., 356 y ss. *El proceso de ejecución*. Palma de Mallorca. 1992. pp. 289, 290 y en *Derecho Procesal Civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*. 4.ª edición. Ed. Centro de estudios Ramón Areces. S.A. Madrid. 1995, p. 381. FRANCO ARIAS, J. *El procedimiento de apremio*. op. cit., p. 358. MORENO CATENA, V. *Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*. 4.ª edición. Ed Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1995, p. 494. ORTIZ NAVACERRADA, S. *La tercería de dominio según la jurisprudencia última*. Actualidad Editorial. S.A. Madrid. 1995. pp. 27 y ss., 42 y ss. VICENTE ROJO, J. *Manual práctico de tercerías de dominio*. Ed. Práctica de Derecho S.L. Valencia. 1997. pp. 59 y ss. DE LA OLIVA VÁZQUEZ, A. «Posición del tercero en el proceso de ejecución. Tercería de dominio y tercería de mejor derecho». *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. El orden jurisdiccional civil. Ejecución, recursos y servicios comunes. Comentarios sobre algunos aspectos del Código Penal de 1995*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid. 1998, p. 89.

⁹¹ El vendedor —acreedor del precio— que enajenó un bien con reserva de dominio puede interponer a su elección una tercería de dominio o una de mejor derecho e incluso las dos acumuladas eventualmente si el bien resulta embargado en una ejecución despachada contra el comprador. Por lo demás, tampoco parece desmesurado

en «leasing» etc.⁹². De hecho y partiendo de esta premisa, incluso consideramos legitimado para interponer una tercería de dominio al cónyuge no titular del derecho de usufructo a quien se haya adjudicado el derecho de uso, pues el art. 595.2 otorga legitimación para instar dicha tercería a los *titulares de derechos que puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa*.

El elenco de derechos distintos al de dominio que permiten interponer una tercería de dominio nos permite proponer —siguiendo los postulados de Guasp⁹³ respecto a la evolución de la terminología procesal— un cambio en la denominación de dicha tercería que, a nuestro juicio, sería oportuno que viniera a llamarse «tercería de alzamiento de embargo» dado que el *petitum* de la demanda no solicita que se declare propietario al demandante sino que se alce la traba de un bien sobre el que el tercerista ostenta un derecho que, por expresa disposición legal, puede oponerse al embargo o a la realización forzosa⁹⁴.

entender que el comprador con reserva de dominio pueda instar una tercería de dominio si el bien comprado es embargado en una ejecución despachada contra un tercero o, incluso, contra el vendedor, al menos si alega y prueba el fraude. Cfr. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. «Comentario al art. 595». *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. AAVV. Coordinadores FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A; RIFÁ SOLER, J. M y VALS GOMBAU, J. M. Iurgium editores. Atelier Editorial. S. L. T. III. 2000, p. 2875.

⁹² De todos modos, aunque resulta loable que la vigente LEC, a diferencia de la anterior, otorgue expresamente legitimación para interponer una tercería de dominio a los titulares de otros derechos distintos del de propiedad, resulta desmesurada la exigencia del art. 595.2 de la LEC de que su derecho para oponerse al embargo conste en una *disposición legal expresa* y tampoco se alcanza a comprender la previsión de fundar la tercería de dominio en derechos que puedan oponerse a la *realización forzosa*, pues si el derecho del que sea titular el tercero no puede oponerse al embargo, que pueda oponerse a la realización forzosa resulta irrelevante (cfr. VEGAS TORRES, J. «Comentario al art. 595». *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Civitas. Madrid. 2001, p. 1037).

⁹³ Cfr. GUASP, J. «Vieja y nueva terminología en el Derecho Procesal». *R. D.Pr.* Año II. Núm. I. Enero-febrero-marzo. 1946, p. 93. Para este autor el oponerse a innovaciones terminológicas en el ámbito del derecho procesal no indica más que una actitud de arcaísmo totalmente rechazable, pues a una ciencia y a una técnica en movimiento corresponde una terminología en movimiento.

En contra: UN TOGADO. «La Ley procesal civil y la terminología de algunos comentaristas». *R.G.D.* Año I. Núm. 10 y 11. Julio-agosto. 1945, p. 422: «Notamos una tendencia enfermiza a innovar el léxico empleado no sólo en las leyes vigentes, sino en las obras de los más calificados comentadores».

⁹⁴ SSTs de 19 de mayo de 1989 (RAJ 3778), 5 de junio 1989 (RAJ 4291), 16 de febrero de 1990 (RAJ 692), 8 de octubre de 1990 (RAJ 7482), 18 de diciembre de 1990 (RAJ 10283), 24 de julio de 1992 (RAJ 6453), 2 de febrero de 1994 (RAJ 861), 19 de mayo de 1997 (RAJ 3887), 7 de abril de 2000 (RAJ 2498), 6 de abril de 2003 (RAJ 3746), 10 de mayo de 2004 (RAJ 2729).

De todos modos, **si tan sólo se embargara la nuda propiedad** de la vivienda, procede preguntarse en qué afectaría a los cónyuges, pues siendo obvio que el derecho de usufructo no se verá afectado, *queda por resolver si al adquirente en la venta forzosa le será oponible el derecho de uso que uno de los cónyuges pueda ostentar sobre la vivienda familiar.*

A nuestro entender, y en tanto que el título que viniera amparando la ocupación durante la convivencia familiar no sufre modificación por virtud de la atribución del derecho del uso a uno de los cónyuges, *el que adquiera la nuda propiedad de la vivienda en la enajenación forzosa no consolidará la propiedad hasta que se extinga el usufructo, momento en el que también quedará extinguido el derecho de uso.*

A estos efectos procede diferenciar dos situaciones:

- En primer lugar, que **el titular del usufructo sea el cónyuge al que no se le ha adjudicado el uso de la vivienda**, en cuyo caso el cónyuge adjudicatario perderá su derecho cuando se extinga el usufructo por las causas específicas previstas en el art. 513 del CC, a excepción de la renuncia del usufructuario para evitar fraude de ley.
- En segundo lugar, que el **usufructo sea ganancial**, en cuyo caso lo normal es que se haya constituido con carácter sucesivo por el tiempo que tarde en morir el cónyuge que más viva, por lo que tanto premuera el titular del derecho de uso como su consorte, el usufructo subsistirá hasta la muerte del otro consorte, momento en el que quien haya adquirido en pública subasta la nuda propiedad pasará a ostentar el pleno dominio de la vivienda⁹⁵.

II.3. DERECHO DE USO SOBRE VIVIENDA OCUPADA EN VIRTUD DE UN DERECHO DE HABITACIÓN

En el supuesto de que el matrimonio ocupe la vivienda familiar en virtud de un derecho real de habitación, procede diferenciar dos supuestos:

⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ CHACÓN, R. «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», op. cit., pp. 56 y 57.

A) Derecho de habitación titularidad de ambos cónyuges

Cuando el derecho real de habitación se haya constituido a favor de ambos cónyuges, no reviste problema alguno la adjudicación del derecho de uso de la vivienda a uno de ellos en un proceso de crisis matrimonial, pues dicha atribución no va a desvirtuar su condición de habitacionista.

En el caso de que se dirija un **proceso de ejecución contra cualquiera de los cónyuges** en modo alguno podrá embargarse el derecho real de habitación, dado su carácter personalísimo, por lo que resultará salvaguardado el derecho de uso otorgado en sentencia matrimonial.

Por el contrario, la vivienda podrá ser embargada en un **proceso de ejecución dirigido frente a su propietario**, pero si llegare a subastarse, el adquirente deberá respetar el derecho de habitación como carga anterior del inmueble hasta que proceda su extinción por las mismas causas que opera la extinción del usufructo, así como por abuso grave, siendo en dicho momento cuando también quedará extinguido el derecho de uso.

B) Derecho de habitación titularidad de un cónyuge

En el supuesto de que uno solo de los cónyuges sea titular del derecho real de habitación, resulta conflictiva la posibilidad de otorgar al otro el uso de la vivienda en un proceso matrimonial, ya que mientras hay quien opina que dicha atribución no es posible por el carácter personalísimo de este derecho⁹⁶, otras voces doctrinales⁹⁷ efectúan una interpretación extensiva del art. 525 del CC que prescribe *que el derecho de habitación no se puede traspasar a otro por ninguna clase de título*, defendiendo que dado que el propio concepto del derecho de habitación incluye las necesidades de las personas de la familia del habitacionista, si ocupa su cónyuge la vivienda no se transmite al mismo el propio derecho de habitación sino que tan sólo ocurre que dicho cónyuge y, en su caso los hijos, ocupan la vivienda por la mera razón de ser personas de su familia.

En estos casos, figurando inscrito el derecho de habitación en el Registro de la Propiedad, éste deberá respetarse, como carga ante-

⁹⁶ Cfr. LUCINI CASALES, A. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado». *RCDI*, op. cit. p. 103.

⁹⁷ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», op. cit., p. 1335.

rior, por quien resulte rematante o adjudicatario en la subasta celebrada en un proceso de ejecución dirigido contra el propietario. De todos modos, una vez extinguido el derecho de habitación, con independencia del tiempo o circunstancias por los que haya podido otorgarse el derecho de uso en el proceso matrimonial, éste también deberá extinguirse como derecho accesorio al de habitación.

II.4. DERECHO DE USO SOBRE VIVIENDA DE LOS PADRES CEDIDA «PROPTER NUPTIAS»

Resulta en cierto modo habitual en nuestros días la cesión gratuita de una vivienda por parte de los propietarios a alguno de sus hijos por razón de matrimonio a fin de que sirva de residencia para éste y su familia. El problema se suscita si a consecuencia de una situación de crisis matrimonial el derecho de uso de dicha vivienda es atribuido al otro consorte⁹⁸.

En estos casos, procede reseñar que *la atribución del uso no puede otorgar una protección posesoria de rigor superior a la anteriormente existente*, ya que la sentencia adjudicando el uso a un cónyuge es respecto de los propietarios del inmueble *«res inter alios acta»*, pues si fuera susceptible de constituir un título que les fuera oponible, se les dejaría en una situación de franca indefensión al no haber intervenido ni podido intervenir en el proceso matrimonial⁹⁹.

A estos efectos, y aunque el propio TS ha llegado a declarar que el derecho de uso constituye *un derecho oponible a terceros y una carga que pesa sobre el inmueble*¹⁰⁰, dicha doctrina debe ser interpretada en sus justos términos sin que pueda generalizarse a los supuestos en que los cónyuges no son titulares dominicales de la vivienda, ya que dicho derecho de uso no es susceptible de otorgar a uno de los esposos un título de entidad superior al ostentado con anterioridad¹⁰¹, por

⁹⁸ En algunas sentencias se intenta salvar dicho óbice, así en la SAP de Lugo, Sección 2.ª, de 25 de abril de 2005 a fin de evitar futuros procedimientos habida cuenta que la vivienda familiar era propiedad de los padres del marido, se considera más apropiado no atribuir el uso de la vivienda a la esposa y a cambio elevar la cuantía de la pensión compensatoria.

⁹⁹ SSAP de Madrid, Sección 10.ª, 2 de febrero de 1998; Valencia, Sección 3.ª, de 17 de mayo de 2000; Madrid, Sección 10.ª, de 15 de enero de 2000.

¹⁰⁰ SSTs de 11 de diciembre de 1992 (RAJ 10136), 31 de diciembre de 1994 (RAJ 10330), 4 de diciembre de 2000 (RAJ 10430), 22 de abril de 2004 (RAJ 2713).

¹⁰¹ Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V. «Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial», op. cit., p. LXXXII y LXXXIII.

lo que el derecho de uso, aun atribuido por decisión judicial, no se puede considerar oponible ni al propietario del inmueble ni a un tercero que lo adquiera de éste, sin que a ello sea óbice la incuestionable protección que merece la vivienda en la legislación civil y en nuestra Carta Magna (art. 47).

De hecho, si se llegare a embargar la vivienda y fuera objeto de subasta, el cónyuge ocupante **no podrá hacer valer el derecho de uso adjudicado judicialmente para permanecer en la posesión del inmueble tras su enajenación forzosa**, por lo que, instado por el ejecutante o el rematante de la subasta el incidente contemplado en los arts. 661 y 675 de la LEC, el Juez deberá acordar en todo caso el desalojo de los terceros ocupantes (cónyuge beneficiario del derecho de uso e hijos en su caso), máxime teniendo en cuenta que en estos supuestos ni siquiera el derecho de uso habrá accedido al Registro de la Propiedad¹⁰², pues dicho acceso tan sólo será posible cuando se ostente por uno o ambos cónyuges un título inscribible que tenga constancia registral (propiedad, usufructo, habitación...) ¹⁰³.

A nuestro juicio, y aunque dicha cuestión es muy controvertida¹⁰⁴, la cesión gratuita *propter nuptias* de una vivienda para que los consortes fijen su domicilio habitual, constituye un supuesto de *precario*¹⁰⁵ y ello, no sólo con base en la tesis, un tanto superada, de que el *comodato* tan solo puede recaer sobre muebles al consistir en la en-

¹⁰² En la RDGRN de 21 de junio de 2004 (RAJ 5487) se deniega la inscripción de la sentencia que atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo al constar en el Registro una previa inscripción de usufructo a favor del padre del esposo, el cual no intervino en el procedimiento matrimonial ni suscribió el convenio regulador.

¹⁰³ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», op. cit. p. 1336. ISAAC AGUILAR, A. Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal», op. cit. p. 1722.

¹⁰⁴ Cfr. COBO PLANAS, J. J. «Consideración como precario o comodato de los supuestos de atribución por sentencia matrimonial a un cónyuge e hijos del uso de la vivienda cuando ésta es propiedad de la familia del otro cónyuge del que está separado». *Según Arrendamientos Urbanos*. Núm. 226. Junio. 2002, p. 29 y ss.

VV.AA. *Encuesta Jurídica* «En el supuesto de atribución judicial del uso de la vivienda por nulidad, separación o divorcio a uno de los cónyuges, siendo propiedad de la familia del otro cónyuge que tiene que abandonar la misma, a efectos de reclamar la devolución de la vivienda ¿estamos ante la figura del precario o del comodato?». *Según Arrendamientos Urbanos*. Núm. 232. Enero. 2003, p. 9 y ss.

¹⁰⁵ SSAP, de Valencia, Sección 3.ª, de 17 de mayo de 2000; de Girona, Sección 2.ª, de 28 de noviembre de 2000; de Granada, Sección 3.ª, de 14 de diciembre de 2000; de Baleares, Sección 3.ª, de 9 de mayo de 2002; de Baleares, Sección 3.ª, de 3 de octubre de 2003; Valladolid, de 9 de octubre de 2003.

trega de una cosa fungible¹⁰⁶ sino también porque el contrato de comodato se distingue del precario en el pacto de un plazo o uso específico, por lo que el comodante no puede reclamar mientras tanto la cosa salvo urgente necesidad; sin embargo, *la mera cesión de una vivienda para hogar familiar no constituye sino el destino y la finalidad genérica del inmueble* o, dicho de otro modo, la ocupación de una vivienda para ocuparla no implica ningún uso determinado sino el propio y genérico de la misma, sin que la situación de precario se desvirtúe por el hecho de que el ocupante venga abonando los gastos que comporta el uso de la cosa como los de agua, gas, electricidad o gastos de comunidad¹⁰⁷.

De aplicar el argumento de que la vivienda se cedió con el pacto tácito de que se ocupara mientras fuera necesaria para hogar familiar, resultaría difícil no extenderlo a todos los casos en que se permite a otra persona el uso de una finca urbana no apta para el desarrollo de actividades comerciales¹⁰⁸, por lo que en estos supuestos no vemos inconveniente alguno en que el propietario de la vivienda pueda interponer un *juicio verbal de precario* para el desalojo del cónyuge adjudicatario del derecho de uso, aunque en algunas sentencias se desestime dicha pretensión¹⁰⁹ con el argumento de que se trata de un *comodato* habida cuenta que la cesión se efectuó para un uso preciso y determinado e incluso se viene a considerar que la *complejidad de la cuestión* no puede ser debatida en un juicio verbal de precario¹¹⁰. En esta tesitura, y en aras de evitar que uno de los cónyuges pueda poseer gratuitamente la vivienda cedida *propter nup-*

¹⁰⁶ Este criterio todavía es defendido en algunas sentencias: SSAP de Valencia, Sección 3.ª, de 29 de enero de 1998 y 5 de mayo de 1999.

¹⁰⁷ S.S.A.P. de Zaragoza, Sección 2.ª, de 22 de febrero de 1999; de Málaga, Sección 7.ª, de 16 de julio de 2004.

¹⁰⁸ Cfr. DÍEZ MARTÍNEZ, 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». A. C. 1998-2, p. 376.

¹⁰⁹ STS de 2 de diciembre de 1992 (RAJ 10250); SSAP de Santa Cruz de Tenerife; Sección 1.ª, de 13 de noviembre de 1999; de Madrid, Sección 10.ª, de 15 de enero de 2000; de Vizcaya, Sección 3.ª, de 28 de abril de 2000, de Madrid, Sección 9.ª, de 26 de enero de 2001; de las Palmas, Sección 4.ª, de 2 de febrero de 2001, de Valencia, Sección 7.ª, de 28 de febrero de 2003..

¹¹⁰ No obstante, hay quien considera que con la vigente LEC el juicio verbal de precario carece de naturaleza sumaria, no pudiendo aplicarse la consolidada línea jurisprudencial según la cual no pueden ventilarse en su ámbito cuestiones de naturaleza compleja que presenten como dudosa la verdadera situación de los demandados respecto de los bienes objeto de desahucio (cfr. PÉREZ UREÑA, A. «La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las «uniones de hecho» desde la praxis judicial. El artículo 96 del CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC». R.D.F. Núm. 18. Enero de 2003, p. 63 y ss.

tias por los padres de su antigua pareja, la doctrina¹¹¹ ha esgrimido que sería conveniente que el Juez fijara un alquiler que debiera pagar el cónyuge adjudicatario del derecho de uso.

De todos modos, con independencia de que esta situación posesoria se catalogue como precario o comodato, si la vivienda fuera objeto de enajenación forzosa en un proceso de ejecución dirigido contra el propietario, estimamos que en todo caso el cónyuge beneficiario del derecho de uso debería desalojar la vivienda tras la venta de la misma.

En suma, y como corolario del presente artículo procede esgrimir que aunque la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges tras una situación de crisis conyugal se encuentra regulado en el art. 96 del CC, dicho precepto se confiesa insuficiente para solventar todas las cuestiones conflictivas que en relación a esta materia se suscitan en la práctica forense, por lo que en esta tesitura hemos considerado justificado centrar nuestra investigación en el problema relativo al *embargo y subasta de la vivienda familiar en un proceso de ejecución dirigido frente a persona distinta del titular del derecho de uso*, en aras de aportar soluciones útiles y de efectuar propuestas *de lege ferenda* en una materia que no por su especificidad merece ser descuidada por la doctrina y por el propio legislador.

¹¹¹ Cfr. FELIX BALLESTA, M. A. «Asignación de la vivienda familiar en supuestos de nulidad, separación y divorcio», op. cit., p. 193.