

**EJECUCION NO DINERARIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.**

**ADELA TAMAYO GÓMEZ**

**Letrado de la Administración de Justicia. Juzgado de 1ª instancia 4 de Valladolid.**



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**Ejecución en los procedimientos de familia**

**9 y 10 de mayo de 2022.**

## SUMARIO

<i>RESUMEN</i>	3
<b>1. EJECUCIÓN NO DINERARIA. REGLAS GENERALES</b>	<b>4</b>
1.1. INTRODUCCIÓN	4
1.2. EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER PERSONALÍSIMA Y ENTREGAR COSA DETERMINADA.	4
1.3. EJECUCIÓN DEBERES DE ENTREGAR COSAS.	5
<b>2. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</b>	<b>5</b>
2.1. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	6
2.2. DEMANDA EJECUTIVA	7
2.3. AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN	7
<b>3. OBLIGACION DE ENTREGA DE LA ROPA Y OBJETOS DE USO PERSONAL</b>	<b>8</b>
3.1. CAUCE PROCESAL PARA RESOLVER CONTROVERSIAS SOBRE LOS BIENES Y OBJETOS QUE PUEDEN SER RETIRADOS DE LA VIVIENDA.	9
3.2. PLAZO PARA LA RETIRADA DE LOS ENSERES Y OBJETOS DE USO PERSONAL	9
3.3. PROBLEMÁTICA EN LOS INTERCAMBIOS DE GUARDA Y CUSTODIA CUANDO LOS MENORES SE TRASLADAN DE DOMICILIO SIN ROPA Y ENSERES PROPIOS.	10
3.4. TRAMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN	11
<b>4. ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL: EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CON LA MAYORÍA DE EDAD DE LOS HIJOS</b>	<b>13</b>
4.1. INTRODUCCIÓN	13
4.2. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	16
4.3. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL ART.96 CC.	17
4.4. TRATAMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART.96 CC	19
<b>5. EXTINCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR ENTRADA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA.</b>	<b>20</b>
<b>6. BIBLIOGRAFIA</b>	<b>22</b>

## **RESUMEN**

*El análisis de este trabajo es analizar, partiendo de la ejecución forzosa como cauce procesal establecido para alcanzar el cumplimiento íntegro de la obligación contenida en un título ejecutivo contra el obligado a hacerlo de manera voluntaria cuando, transcurrido el plazo, no lo ha cumplido. En concreto los artículos 699 a 720 que dedica la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución no dineraria se encuadran en cuatro capítulos, el primero de los cuales se dedica a las disposiciones generales, el segundo a la ejecución de la deuda de entrega de cosas, el tercero a la de hacer y no hacer, y el cuarto a la liquidación de daños y perjuicios, frutos rentas y rendición de cuentas.*

*Las disposiciones generales del Capítulo I se despliegan en dos artículos, el 699 y el 700 LEC que ordenan trámites de aplicación común a todos los supuestos incardinables en la ejecución no dineraria. Cuando el proceso de ejecución se fundamenta en un título ejecutivo que establece el deber de una persona a realizar a favor de otra una prestación distinta de la entrega de una cantidad de dinero, nos encontramos ante la ejecución no dineraria que está regulada en el Título V del libro III de la LEC. Analizando los supuestos que con más frecuencia se plantean en los juzgados de familia a diario, así como los problemas de interpretación, particular en el art.704 LEC, que regula la entrega de vivienda de bien inmueble, y también dentro de la obligación de entrega de la vivienda, la obligación de entrega de todos los objetos y enseres que se encuentran en ella, plazo para retirada de enseres y objetos de uso personal.*

*Además el estudio del art.96 CC que ha sido objeto de reforma en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación procesal y civil a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que en particular, en este art.96 CC, introduce un límite temporal, al atribuir el uso de la vivienda hasta que el menor de los hijos alcanza la mayoría de edad, y los problemas en la ejecución de estas sentencias, cuando extinguido el uso si se puede acordar el lanzamiento si el otro cónyuge decide no marcharse, analizando la postura de las distintas Audiencias al respecto. Así como en el apartado segundo de dicho precepto, cuando equipara a los hijos en situación de discapacidad a los hijos menores, en este caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, y el análisis de esta nueva regulación que venía siendo reclamada por la doctrina y sobre todo por la Jurisprudencia y en particular la del T.S, analizando los distintos supuestos cuando los hijos alcancen la mayoría de edad para la atribución del uso de la vivienda, analizando sentencias anteriores y otras sentencias del T.S que resuelven la extinción del uso de la vivienda familiar por entrada de un tercero.*

# **1. EJECUCIÓN NO DINERARIA. REGLAS GENERALES**

## **1.1. INTRODUCCIÓN**

Existen dos formas de cumplimiento de las obligaciones: voluntaria y forzosamente.

El cumplimiento voluntario consistirá en aquel supuesto en el que el obligado, llegado el momento de cumplir, realiza espontáneamente la prestación consistente en dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa.

El cumplimiento forzoso o ejecución forzosa, a diferencia de la anterior, se da en aquel supuesto en el cual el obligado se niega o no cumple voluntariamente la prestación modo que el acreedor se ve obligado a acudir al órgano jurisdiccional para que actúe coactivamente, realizando los requerimientos necesarios e, incluso si es preciso, el empleo de la fuerza pública.

La ejecución forzosa es el cauce procesal establecido para alcanzar el cumplimiento íntegro de la obligación contenida en un título ejecutivo contra el obligado a hacerlo de manera voluntaria cuando, transcurrido el plazo, no lo ha cumplido.

Los artículos 699 a 720 que dedica la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución no dineraria se encuadran en cuatro capítulos, el primero de los cuales se dedica a las disposiciones generales, el segundo a la ejecución de la deuda de entrega de cosas, el tercero a la de hacer y no hacer, y el cuarto a la liquidación de daños y perjuicios, frutos rentas y rendición de cuentas.

Las disposiciones generales del Capítulo I se despliegan en dos artículos, el 699 y el 700 LEC que ordenan trámites de aplicación común a todos los supuestos incardinables en la ejecución no dineraria.

Cuando el proceso de ejecución se fundamenta en un título ejecutivo que establece el deber de una persona a realizar a favor de otra una prestación distinta de la entrega de una cantidad de dinero, nos encontramos ante la ejecución no dineraria que está regulada en el Título V del libro III de la LEC, es decir, cuando el título ejecutivo se basa en una condena consistente en una obligación de hacer o no hacer o entregar cosa que no sea suma de dinero. La ley lo primero que pretende es que el título ejecutivo se cumpla en sus propios términos, pero la práctica judicial diaria nos demuestra que esto no es lo habitual, y a veces resulta imposible encontrándonos con una ejecución dineraria sustitutoria dirigida a proporcionar al ejecutante una cantidad de dinero suficiente para indemnizarle los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la falta de cumplimiento como establecía el título en su origen. Además, en ocasiones es necesario tramitar una ejecución dineraria complementaria para satisfacer al ejecutante los gastos que le cause la ejecución dineraria que se ha visto obligado a presentar.

## **1.2. EJECUCIÓN DE OBLIGACIONES DE HACER PERSONALÍSIMA Y ENTREGAR COSA DETERMINADA.**

Considera, Cobeña Rondan, que “en los arts.699 y 700 LEC, se contienen disposiciones generales aplicables a todas las ejecuciones no dinerarias, y en las que no se hace, mención a la forma de iniciación del procedimiento, a quiénes son las partes, los requisitos de postulación, ni el órgano competente, entendiéndose que, en este ámbito, serán de aplicación las normas de la ejecución forzosa con las particularidades recogidas en los capítulos de la ejecución no dineraria.”

El legislador ha catalogado los casos de incumplimiento del régimen de visitas, como “una obligación de hacer no pecuniaria de carácter personalísimo” conforme establece el

art.776.2 LEC, ya que entre el resto de las medidas adoptadas en los procedimientos matrimoniales no existe otra que pueda conceptuarse como tal.

La LEC no establece las medidas que procede adoptar para dar cumplimiento al régimen de visitas y estancias que se haya establecido a favor de los hijos y del progenitor no custodio. Es más, y siguiendo a Fernando Toribios, nos hacemos la pregunta, en qué lugar de la ejecución se puede encajar, desde el punto de vista procesal, No es correcto hacerlo en el capítulo II del título V” De la ejecución por deberes de entregar cosa ”ya que el concepto de entregar cosa no encajan con la entrega de los hijos, éstos no son cosa .El capítulo III del mismo título que regula la” ejecución por obligaciones de hacer”, se plantea este autor si se puede aplicar, las normas de este capítulo, ya que para el cumplimiento del régimen de visitas se requieren dos acciones, una del progenitor custodio que entrega el hijo al otro progenitor, y una segunda, que este último recoja al menor y lo devuelva una vez finalizado el plazo de la visita o estancia.

Examinaremos la atribución del uso de la vivienda familiar y la problemática planteada en relación con la entrega de los objetos de uso ordinario que corresponden a los hijos y al cónyuge custodio, respecto a las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, el del incumplimiento por el progenitor custodio del régimen de visitas. el art 776.2 LEC.

### 1.3. EJECUCIÓN DEBERES DE ENTREGAR COSAS.

El art.701 LEC regula la entrega de cosa mueble y determinada y el ejecutado no lo lleva a cabo dentro del plazo concedido, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios necesarios.

Este precepto establece un régimen que trata de agotar la posibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación de entrega, previendo una alternativa sustitutoria cuando, a pesar de todo, esa no sea posible.

En la ejecución de resoluciones de familia cuando se contienen pronunciamientos que constituyen de obligaciones de hacer, como es el supuesto de la entrega de bienes muebles, y alguna de las partes se niega a devolver o entregar algún bien que en la liquidación de la sociedad se adjudica a la contraparte y pasado el plazo que se le haya concedido al ejecutado, es cuando se hace necesaria la utilización de apremios, tales como la entrada en lugar cerrado para proceder a la entrega de los oportunos bienes ,pudiendo auxiliarse de la fuerza pública hasta poner al ejecutante en poder de la cosa debida.

Si a pesar de lo anterior no se logra la entrega de la cosa, a instancia del ejecutante se acudirá a la formula sustitutiva del apartado 3 de este artículo 701, esto es, si la ejecución fuese imposible se produce la transformación de la obligación en pecuniaria.

## 2. ATRIBUCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En el libro III, Titulo Capitulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula dentro de la ejecución no dineraria, la ejecución por deberes de entregar cosas, en el art.703 LEC, se regula la entrega de bienes inmuebles y el art .704 LEC, trata de la entrega del bien inmueble sea la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependan.

El art.704 LEC establece”1- Cuando el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera la vivienda habitual del ejecutado o de quienes de él dependen el secretario judicial, les dará un plazo de un mes para desalojarlo. De existir motivo fundado, podrá prorrogarse dicho plazo un mes más. Transcurridos los plazos

señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en a la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga”.

2.Si el inmueble a cuya entrega obliga el título ejecutivo estuviera ocupado por terceras personas distinta del ejecutado y de quienes con el compartan la utilización de aquel, el secretario judicial responsable de la ejecución, tan pronto como conozca su existencia, les notificara el despacho de ejecución o la pendencia de ésta, para que, en el plazo de diez días, presenten los títulos que justifiquen su situación.

El ejecutante podrá pedir al tribunal el lanzamiento de quienes considera ocupantes de mero hecho o sin título suficiente. De esta petición se dará traslado a las personas designadas por el ejecutante, prosiguiendo las actuaciones conforme a lo previsto en los apartados 3 y 4 del art.675.”

Por tanto, se deduce de este precepto una protección al titular de la vivienda habitual cuando va a ser desalojado de ella, sin obligarle a salir de su casa súbitamente, este beneficio se extiende a la persona que de él dependa.

Se plantea la doctrina que se debe entender por persona dependientes, considera, Nadal Gómez,” que son aquellas personas que conviven y comparten con el ejecutado la utilización del inmueble, de forma que, si lo ocupan por haberle sido atribuido en la sentencia de separación “en principio, puesto que no conviven con el ejecutado no pueden considerarse como uno de los supuestos en los que puede considerarse el plazo para el desalojo. A estos sujetos se les considera como terceros y tendrán los derechos que a tales efectos les reconoce el apartado segundo de este artículo”.

En cuanto al plazo que establece el mencionado precepto, considera Cuadrado Salinas, “que a diferencia del plazo inicial de desalojo en el mes que deberá respetarse íntegramente, el plazo de prórroga es discrecional, de forma que el Letrado de la Administración de Justicia tiene como límite máximo un mes, pero puede conceder un plazo inferior en atención a las circunstancias concurrentes”.

Este plazo se empezará a contar desde que sea notificado al ejecutado el despacho de ejecución o el decreto por el que el Letrado de la Administración de Justicia autoriza la prórroga.

La práctica judicial demuestra que el plazo de un mes no debe de regir taxativamente en el ámbito de la ejecución de los pronunciamientos sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal en los procesos de familia, ya sea como medida provisional o definitiva, siendo aconsejable que en los procesos de familia, la resolución judicial fijase el plazo o el día en que se ha de producir ese abandono siendo recomendable establecer una plazo no superior a los diez días siendo esta precisión de plazo de especial importancia cuando es el juzgado de instrucción quien adopta la medida de uso del domicilio en el Auto de orden de protección.

Los artículos 703 y 704. LEC deben ser analizarlos en relación al 774.5 LEC, que establece que las medidas acordadas en la sentencia deben ser de inmediato, estos dos preceptos fijan un plazo para el desalojo de la vivienda, y por otro, conforme establece el art 774.5 LEC en casos de “uso y disfrute de la vivienda familiar” la entrega debería ser inmediata, atendiendo al interés superior del menor entre otros derechos.

## 2.1. CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Como punto de partida, resulta necesario establecer una definición del concepto de vivienda familiar. Sin embargo, nos encontraremos con que el Código Civil no ofrece una descripción clara y precisa del mismo, sino que debemos acudir a la jurisprudencia y a la doctrina para comprender todos los elementos que abarca.

Producida una crisis matrimonial llega el momento de decidir sobre la vivienda familiar, que es un bien familiar, por encima del patrimonial y además de seguir estando destinada a cubrir las necesidades de la familia, esto se puede determinar por acuerdo entre las partes o bien por decisión judicial, tal y como establece el art.96 CC “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”.

De esta forma, el derecho de uso de la vivienda puede establecerse mediante acuerdo entre las partes, pero siempre que se haya aprobado judicialmente en atención a distintos intereses, como la necesidad de los menores o que uno de los cónyuges salga claramente perjudicado. También puede ser que su atribución ya aparezca fijada en el convenio regulador, en cuyo caso su aprobación dependería de un Juez, notario o Letrado de la Administración de Justicia. Estos dos últimos solamente podrían realizar la aprobación cuando se trate de un divorcio de mutuo acuerdo y siempre que no existan hijos sometidos a patria potestad.

Cuando o bien no hay acuerdo o este no es aprobado judicialmente, será el Juez el que se pronuncie sobre el derecho de uso de la vivienda familiar y también sobre los objetos que allí permanecen. Así lo establece el art.103.4 CC “Admitida la demanda, el Juez a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 4. Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes, que previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”

En el caso de que no exista acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar puede ser atribuido tanto en las medidas definitivas, en la fase de medidas provisionales o en la de medidas provisionales previas. Si hubiese medida previa de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, ella podrá alterarse o conservarse por la medida provisional.

## 2.2. DEMANDA EJECUTIVA

La demanda de ejecutiva deberá de reunir los requisitos y presupuestos legales, basándose en la acción ejecutiva fundada en un título que tenga aparejada ejecución (art.517 LEC): auto de medidas previas, provisionales o sentencia.

En uno de estos títulos ejecutivos se tiene que haber atribuido el uso del domicilio a los hijos en compañía del progenitor custodio, o a uno de los cónyuges por ser el más necesitado.

En lo que al plazo de espera de veinte días que establece el art.548 LEC, una vez transcurridos estos veinte días para que el ejecutado cumpla voluntariamente la resolución judicial, para el caso de haberla interpuesto sin que hayan pasado los veinte días, la demanda no será admitida, pero, excepcionalmente la resolución puede fijar un plazo determinado (cinco días, ocho días etc.) para el abandono del domicilio; en este caso no rige el plazo de los veinte días del art.548 LEC para interponer la demanda; transcurrido el plazo fijado en la resolución sin que se haya desalojado el domicilio podrá presentarse la correspondiente demanda ejecutiva, en la demanda también podrá solicitarse el inventario de los bienes y enseres del domicilio.

## 2.3. AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN

Una vez examinada la demanda y reuniendo todos los requisitos legales, ya mencionados Se dictará auto que contiene orden general de ejecución y decreto despachando ejecución, acordando requerir personalmente al ejecutado para que en el plazo de treinta días proceda al desalojo del domicilio conyugal, pudiendo llevar consigo objetos de uso personal, previo inventario de los mismos, con apercibimiento de proceder al lanzamiento, si se hubiera

solicitado en la demanda se acordará el inventario de bienes existentes en el domicilio conyugal. Transcurridos los treinta días sin haber desalojado el domicilio se procederá directamente al lanzamiento con la intervención de la fuerza pública si fuere necesario y en su caso cerrajero especializado para proceder a la apertura de la vivienda.

La resolución por la que se despacha ejecución se notificara al demandado con entrega de copia de la demanda ejecutiva y los documentos acompañados, sin citación ni emplazamiento, pero sin perjuicio de formular oposición a la ejecución. El requerimiento al demandado debe ser personal.

Es necesario diferenciar distintos supuestos; en función de la situación posesoria en que se encuentre el domicilio familiar, si estuviera en régimen de arrendamiento, y, la atribución del uso fuera para el cónyuge que no suscribió el contrato, el auto debe notificarse al arrendador, y para los supuestos en que el contrato haya sido firmado por ambos cónyuges o por aquel al que se le ha atribuido, no será necesaria dicha notificación.

### **3. OBLIGACION DE ENTREGA DE LA ROPA Y OBJETOS DE USO PERSONAL**

Siguiendo a, Juan Pablo Gonzalez Pozo, en la revista de Derecho de familia (abril – junio 2009) La retirada, por parte del progenitor que abandona la vivienda familiar, de los bienes y objetos de uso personal y de su exclusiva pertenencia, plantea problemas en cuanto a la determinación de los bienes y objetos que se consideran de uso personal del cónyuge que abandona la vivienda y pueden ser retirados por él, así como en la realización del inventario de estos bienes y objetos, a determinar el momento procesal oportuno para solicitar la retirada.

En cuanto a los bienes y objetos que puede retirar de la vivienda familiar el cónyuge o progenitor que la abandona. Se plantea la cuestión de que se entiende por ropas y enseres de uso personal y objetos de su exclusiva pertenencia.

Está comúnmente admitido considerar como ropas de uso personal, todas las que se integran en lo que constituye el vestuario, es decir todas las prendas de vestir tanto ropa interior, como los complementos de vestir, el calzado de cualquier tipo, y los bienes de uso personal o personalísimo, como los útiles de aseo o limpieza personal. También se consideran bienes de uso personal los enseres u objetos de uso profesional, como los útiles, herramientas o instrumentos necesarios para el desarrollo de su profesión, arte u oficio.

En cuanto a los bienes y objetos de la exclusiva pertenencia de quien abandona la vivienda familiar, siempre que estos no formen parte del mobiliario y ajuar de uso ordinario por el cónyuge e hijos que permanecen en la vivienda porque, en caso de ser utilizados habitualmente por éstos y ser precisos para cubrir sus necesidades de todo orden, habrán de continuar en la misma por integrar el ajuar, el cual se determina con independencia de la titularidad dominical de los bienes que lo integran.

Por lo que se refiere la discusión sobre la titularidad dominical de los bienes que pretende retirar el cónyuge que abandona la vivienda habitual y siguiendo a Juan Pablo Gonzalez Pozo,” no podrá ser objeto de resolución en ejecución de sentencia porque la cuestión excede del contenido del título ejecutivo, y habrá de diferirse al proceso de liquidación del régimen económico-matrimonial correspondiente, salvo que dicha titularidad dominical exclusiva esté fijada en dicho proceso, en cuyo caso se podrá entregar.

En lo que respecta a los bienes que hayan sido de uso ordinario de la familia, como muebles objetos o enseres que aun perteneciendo exclusivamente al cónyuge o progenitor que

deba abandonar el domicilio, toda vez que el uso de la vivienda familiar lleva implícito el de uso del mobiliario y ajuar de uso ordinario de la familia existente en ella, no puede llevarse esos muebles y enseres, ya que la vivienda se haría inhabitable. En este sentido se pronuncia la sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª, de 12 de septiembre de 2007 “no pueden considerarse enseres de uso exclusivamente personal del cónyuge que debe abandonar la vivienda los cuadros, elementos de ornamentación, electrodomésticos, aparatos electrónicos o retirada del sistema de alarma instalado en la vivienda”.

### 3.1. CAUCE PROCESAL PARA RESOLVER CONTROVERSIAS SOBRE LOS BIENES Y OBJETOS QUE PUEDEN SER RETIRADOS DE LA VIVIENDA.

La cuestión surge en torno a si dentro del proceso matrimonial, se puede solicitar la imposición de pronunciamientos de condena al cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar la obligación de entregar al otro cónyuge que abandona la vivienda familiar determinados bienes u objetos de uso personal y/o de su exclusiva pertenencia.

En principio no es admisible tal pronunciamiento por ser ajeno a la naturaleza de los efectos y medidas de las crisis matrimoniales, teniendo para ello un cauce adecuado para su resolución, en concreto el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

En cambio cuando la sentencia o resolución recaída en el proceso matrimonial contiene un pronunciamiento genérico de atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar a uno de los cónyuges, autorizando al que debe salir de la vivienda a llevar consigo sus objetos y enseres del uso personal y bienes de su exclusiva pertenencia. En estos supuestos los conflictos que surjan sobre la retirada de los bienes u objetos que puedan llevarse del domicilio conyugal, se resolverán en el procedimiento de ejecución de sentencia y se sustanciarán a través del trámite de oposición a la ejecución, procurando no convertir el proceso de ejecución en un proceso declarativo de forma que aquellos pronunciamientos declarativos que exijan un previo conocimiento y tengan un cauce procesal específico para su resolución deben quedar imprejuzgados, pudiendo acudir la partes al proceso correspondiente para dirimir sus diferencias. Así lo establece la doctrina jurisprudencial, en Sentencia de la AP de Málaga, Sección 6ª, de 12 de septiembre de 2007.” La ejecución de una sentencia no inicia un proceso nuevo, no siendo posible, por tanto, debatir en el incidente de ejecución, si los bienes retirados pertenecen conjuntamente a ambos cónyuges por ser gananciales o de única y exclusiva titularidad dominical de uno de ellos”.

### 3.2. PLAZO PARA LA RETIRADA DE LOS ENSERES Y OBJETOS DE USO PERSONAL

Conforme establece el art.103.2 CC cuando dice que, el juez determinara en sede de medidas provisionales” cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en esta y los que se ha de llevar el otro cónyuge” se puede deducir de este precepto que, el momento más idóneo para la retirada de los enseres por el cónyuge que debe abandonar la vivienda familiar es en el acto de lanzamiento y entrega de posesión al titular del derecho de uso.

Una vez despachada ejecución para el lanzamiento, se puede hacer entrega al lanzado de sus ropas y objetos de uso personal, siempre que comparezca a la diligencia y manifieste el deseo de retirarlos, y además se haya efectuado el inventario de estos bienes y objetos que sean de su exclusiva pertenencia y no los haya retirado antes.

En cuanto a la posibilidad de repetir la diligencia de lanzamiento que en su día se efectuó, alegando el cónyuge que debía abandonar la vivienda que dicha diligencia fue incompleta y que no pudo retirar los objetos y enseres, no es admisible su repetición.

Lo mismo ocurre si se ha practicado el lanzamiento con presencia del ejecutado, y este no hubiera solicitado en ese momento autorización para la retirada de sus objetos de uso personal.

No cabe que el cónyuge que fue obligado a abandonar la vivienda en el proceso de separación en ejecución de sentencia y que no reclama la entrega de los objetos y bienes de uso personal, posteriormente en el proceso de divorcio solicite que se acuerde la devolución o entrega de los bienes que permanecen en la vivienda familiar, esto es, no es admisible solicitar en un nuevo juicio declarativo, la reiteración de un pronunciamiento ya acordado con anterioridad en otro proceso.

### 3.3. PROBLEMÁTICA EN LOS INTERCAMBIOS DE GUARDA Y CUSTODIA CUANDO LOS MENORES SE TRASLADAN DE DOMICILIO SIN ROPA Y ENSERES PROPIOS.

No proporcionar a los menores la ropa y los enseres que vayan a necesitar cuando se va a iniciar el régimen de visitas es causa de litigios entre los progenitores y perjuicios para los hijos cuando se va a iniciar el régimen de visitas, y por ellos causa de frecuentes litigios entre los progenitores y perjuicios para los hijos.

Esa obligación forma parte del contenido de la patria potestad y del derecho de visitas y su incumplimiento es susceptible de ejecución

En el caso de la ropa y los enseres de los menores puede suponer un problema principalmente económico, pues si los progenitores no dotan al niño de ropa en los intercambios deberá comprarse la necesaria en cada domicilio, pero también un perjuicio para el menor, que tendría que tener en cuenta de qué casa es la ropa que lleva puesta cada vez que va a cambiar de custodia.

La cuestión no ha sido abordada por el legislador, al menos de forma explícita, por lo que han sido juzgados y tribunales quienes mediante el dictado de resoluciones han alumbrado soluciones.

Las Audiencias Provinciales resuelven la controversia en varios sentidos.

Una postura es: La que considera que no ha de incluirse en la resolución de medidas paterno-filiales la obligación del custodio de que los menores marchen a casa del otro progenitor con la ropa y enseres que les haga falta para los días que van a pasar en su compañía. Al fijarse en la resolución lo relativo al concepto de “alimentos” de los hijos, que comprenden la alimentación, vestido, educación, sanidad y habitación (artículo 142 CC), estaría comprendida en esos alimentos la disponibilidad de ropa y enseres de los menores, por ello, si los pagan ambos progenitores por tener establecida la guarda compartida o por cualquier otra causa, cada uno debería de proporcionarlos en su domicilio.

Cuando la guarda es monoparental con régimen de visitas para el otro progenitor, suele pagar alimentos el no custodio, e incluyen la ropa y enseres de los menores, por ello, el custodio deberá entregar a los menores con la ropa y enseres necesarios para el ejercicio del derecho de visitas sin que sea necesario que se recoja en la resolución.

Algunas sentencias hacen referencia a que es inherente a la entrega de los menores en el cambio de guarda el que lleven con ellos la ropa y enseres necesarios, por lo que no lo incluyen, pero señalan que es susceptible de ejecución si se incumple.

"La lógica indica que la mayor cantidad de ropa estará en la casa del custodio, y éste no podrá negarse a que cuando van a marchar con el otro progenitor lo hagan con la ropa y material que necesiten durante ese período" SAP Valencia, sección 10ª, de 20 de noviembre de 2012

Entre las circunstancias que valoran juzgados y tribunales para incluir la obligación de entrega son la conflictividad entre la pareja, introduciéndola como una suerte de medida aclaratoria y de coerción que evite el surgimiento de un nuevo frente de disputa" SAP Cantabria, sección 2ª, de 25 de octubre de 2013

Y en gran cantidad de resoluciones de instancia se insertan cláusulas sin dar ningún tipo de razón, por considerarlo inherente al ejercicio de la patria potestad en interés de los hijos, con el tenor: "El menor deberá ser entregado al padre con los enseres precisos (ropa, artículos personales y demás de similar naturaleza) y adecuados al tiempo que vaya a pasar con aquel, quien a su vez deberá restituirlo con todos ellos una vez concluida la visita", pronunciamientos que no revocan las sentencias de apelación .Entre otras SAP Málaga , sección 6ª, de 23 de junio de 2017; SAP Granada, sección 5,ª de 4 de mayo de 2018; SAP Santa Cruz de Tenerife sección 1ª, de 11 de abril de 2019; y SAP Alicante , sección 4,ª de 9 de marzo de 2016.

#### 3.4. TRAMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Una de las obligaciones de carácter personalísima en el ámbito del derecho de familia, es la del cumplimiento del régimen de visitas, en este tipo de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, se establece la improcedencia de la sustitución por el equivalente pecuniario, como señala Pérez Vega," se produciría la paradoja de que se podría sustituir una estancia de vacaciones de los hijos con el cónyuge no custodio por una cantidad de dinero"

Nos encontramos una vez más ante la aplicación de las normas de "La ejecución forzosa de las sentencias recogida en el artículo 776 LEC, que establece especialidades sobre la regulación del Libro III de la LEC.

Art.776.2" En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto"

La Sentencia de la AP Lleida 233/2019, de 21 de octubre, concreta a qué tipo de obligaciones personalísimas se refiere este apartado." La atribución compartida de la patria potestad y de la guarda de la menor no comporta que estemos ante un pronunciamiento de condena susceptible de ejecución forzosa conforme a lo dispuesto en el art.776 LEC. Este precepto regula las particularidades de la ejecución forzosa de pronunciamientos de medidas, en concreto, las referidas al pago de cantidad y al cumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, es decir las relativas al cumplimiento del régimen de visitas, que en caso de incumplimiento reiterado puede dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas. Por obligaciones no pecuniarias y de carácter personalísimo(art.776-2ºLEC)hay que entender aquellas que no pueden ser cumplidas sustitutivamente por otra persona, por lo que este precepto no parece adecuado para encuadrar las obligaciones que aquí se están exigiendo ni para solventar supuestos de desacuerdos como el que nos ocupa, en los que la propia Ley ya establece que no se trata propiamente de un incumplimiento de obligación personalísima sino

de un desacuerdo y, como tal, cuando se plantea un conflicto parental de este tipo lo procedente es acudir al trámite legalmente previsto al efecto”.

Después de haber concretado el tipo de obligaciones no pecuniarias personalísimas tiene encaje en este precepto, entendemos que también es de aplicación el artículo 699 LEC, según el cual, cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer, o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, pudiendo apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales y multas pecuniarias.

El auto de la AP de Barcelona, Sección 12ª, de 30 de enero de 2014, considera que “Aunque la doctrina ha criticado que el legislador no haya previsto un cauce procesal específicos para la problemática de los incumplimientos de medidas relativas al régimen de visitas en los procesos de familia, la aplicación sistemática de las previsiones legales determina que no procede en ningún caso el automatismo del requerimiento genérico que se ha practicado en este caso con la utilización del mecanismo del art.699 LEC, olvidando que existe una norma específica, la del art.709 LEC que se refiere a las condenas de hacer personalísimo, que ha de aplicarse contemplando que en estos casos el hacer personal no es exigible únicamente al titular de la custodia, sino también a los propios hijos menores(especialmente cuando tengan suficiente juicio)que deben ser oído en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1996.Por lo que la tramitación de la oposición a la ejecución como se ha ejecutado en este caso, con el formalismo propio de reclamaciones dinerarias o de otras obligaciones de naturaleza económica o material resulta notoriamente inapropiada y es, en definitiva la instancia ultima, para cuando hayan fracasado las medidas de facilitación que resulten razonables por la voluntad contumaz de una de las partes, en cuyo caso procederán los requerimientos y apercibimientos y las multas pecuniarias previstas en el art.776.LEC.”

Es aplicable en la ejecución, al ser la obligación de proporcionar la ropa y enseres una obligación personalísima, lo establecido en el artículo 709.1 LEC, pudiéndose aplicar una multa por cada mes que transcurra sin llevarse a cabo la obligación desde que finalice el plazo que se conceda al ejecutado para cumplir el requerimiento.

Al no tener la obligación que se pretende un precio o contraprestación, no resulta de aplicación la sustitución de la obligación incumplida por su equivalente pecuniario al cabo del año (art. 709.3 LEC), por lo que el art. 776.2 LEC, posibilita que se mantengan las multas coercitivas por el tiempo que sea necesario.

En lo que a las multas pecuniarias se refiere y dado que persiguen persuadir al incumplidor para que acate la obligación, en este sentido la doctrina ha señalado que no tienen carácter resarcitorio, pues no pretenden compensar al afectado por el incumplimiento, ya que son ingresadas en el Tesoro Público, siendo más adecuado que se permitiera el establecimiento de indemnizaciones.

La obligación de entregar a los menores con la ropa y enseres necesarios, y la de devolverlos en el mismo estado, es susceptible de ejecución, siendo aconsejable que el actor solicite que en el auto de despacho de ejecución se recoja un apercibimiento expreso al incumplidor sobre la posibilidad de imposición de multas coercitivas y de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial en caso de incumplimientos graves.

En el caso concreto el requerimiento consistiría en ordenar al custodio que facilite al menor la ropa y enseres que necesite en el ejercicio de las visitas, o al no custodio que los devuelva en el mismo estado en que los recibió.

En mi opinión al igual que cuando hacíamos referencia a las multas coercitivas, en los apartados del art.776 1º y 2º LEC , no considero que su imposición añada eficacia para que se cumpla la medida impuesta, de hecho, los juzgados, como ya sostiene algún autor no son muy partidarios de su imposición, no solo por la tramitación abriendo pieza separada, sino además por ir añadiendo más montante a la deuda, aunque aquí estemos ante el incumplimiento del derecho de visitas con su añadido de la no entrega de la ropa en el ejercicio de este derecho.

#### **4. ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL: EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA CON LA MAYORÍA DE EDAD DE LOS HIJOS**

##### **4.1. INTRODUCCIÓN**

La necesidad de una reforma del art.96 CC se consideraba urgente, sobre todo en los últimos tiempos y con la crisis económica el valor de la vivienda ha experimentado un gran incremento y esto ha provocado que, en las crisis matrimoniales, el uso de la vivienda familiar haya sido uno de los principales motivos de conflicto entre cónyuges, teniendo en cuenta que de todos los bienes del matrimonio, es el de mayor valor.

Esta necesidad de reforma ya había sido ya advertida por el Tribunal Supremo, en concreto en la STS 563/2017 de 17 de octubre, que considera necesario un cambio legislativo para adaptarlo a las nuevas realidades.

Es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con la que se produce la reforma del art.96 CC siguiendo los criterios de interpretación que ha venido haciendo el T.S en los últimos años.

No obstante, la doctrina, así como muchos operadores jurídicos han criticado, que el legislador no haya aprovechado la misma para resolver algunos problemas relacionados con el derecho de uso de la vivienda cuyo contenido positivo es la ocupación, aunque si permite que este contenido positivo acceda al Registro de la Propiedad por sí mismo.

El día 3 de junio de 2021 se publicó en el BOE la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esta ley introduce modificaciones entre otros, de varios preceptos aplicables al Derecho de Familia en concreto, los artículos 94, 156 y 96 del Código Civil.

El artículo 96 CC se regula una de las cuestiones que, en la práctica diaria más problemas plantea en el ámbito del derecho de familia: la atribución del uso de la vivienda familiar, artículo 96 CC establece en su redacción anterior que:

“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”

Este artículo no establece limitación de tiempo, por tanto, al igual que sucede con las pensiones de alimentos, podemos concluir que la atribución del uso de la vivienda familiar es hasta que los hijos alcanzan la independencia económica, principalmente porque se incorporan al mercado laboral. Habiendo motivado el dictado de una abundante Jurisprudencia al respecto que será objeto de examen más detallado.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, “Modificación del Código Civil”, se recoge la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil una redacción mucho más extensa en cuyo punto 1 se recoge:

“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente”.

Problemas de interpretación que suscitaban los dos primeros párrafos del art.96 CC en la redacción originaria.

Uno era como se debía interpretar si los hijos a los que se refería el artículo debían de ser comunes o no a ambos cónyuges, siendo resuelto afirmativamente por la doctrina y la jurisprudencia, y en este sentido la nueva redacción se refiere de forma expresa a los hijos comunes.

La otra cuestión, es si el concepto” hijos “del art.96 CC, tenían encaje o no los hijos mayores de edad, ya que nada concretaba el precepto. La doctrina que defendía la aplicación del art. 96.1 CC a los hijos mayores de edad dependiente económicamente de sus progenitores se apoyaban en la literalidad del mismo, y en otros argumentos como ser una forma de contribución a los alimentos, (entre los que se incluye la habitación) y por eso estos pueden corresponder también a los mayores de edad.

La jurisprudencia como gran parte de la doctrina más reciente han seguido la línea contraria a la inclusión de los hijos mayores de edad .En la jurisprudencia en particular la STS 624/2011 de 5 de septiembre establece un antes y un después, estableciendo la doctrina jurisprudencial que “la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del art.96CC,y ello, se traduce en que una

vez alcanzada la mayoría de edad la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicare el uso de aquella”

Siguiendo a, Manuel Garcia Mayo,” en el análisis de los problemas que planteaba el art 96.CC uno de ellos era, el límite temporal de la atribución existiendo hijos menores de edad. En cuanto a esta posibilidad, existían dos líneas jurisprudenciales contradictorias en las Audiencias Provinciales.

Una postura consideraba que no es admisible una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores, razón por la que no establecían plazo en la sentencia, o lo fijaban en la mayoría de edad o en la independencia económica.

La otra postura admitía la posibilidad de establecer dicho límite temporal en la atribución del uso, que fijaba desde el inicio, una limitación temporal del uso haciéndola coincidir con la liquidación del régimen económico matrimonial, o con la venta de la vivienda, estableciendo un plazo máximo para que tuviera lugar la liquidación.

Esta discrepancia entre las Audiencias Provinciales sobre la limitación del uso y disfrute del domicilio hasta la división y disolución de los bienes comunes, es con la STS 221/2011 de 1 de abril, que fue reiterada posteriormente “la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art.96 CC.”

Este mismo autor considera que otro de los problemas planteados, era que, dado que el derecho de uso de la vivienda familiar del art.96CC no puede limitarse temporalmente ab initio en el caso de que existan hijos menores, preguntándose, en la redacción originaria, cuando se extinguía el derecho.

En la jurisprudencia menor, se ha mantenido durante tiempo, el criterio de extender el uso de la vivienda familiar atribuido hasta la independencia económica de los hijos que, en el momento de la atribución eran menores de edad.

Manuel Garcia Mayo, “es contrario a este criterio al considerar que el derecho de uso reconocido ha de tener como límite temporal la emancipación o mayoría de edad de los hijos del matrimonio y no el momento de la independencia económica de los mismos: emancipado o alcanzada la mayoría de edad y extinguida la patria potestad, ha de entenderse extinguido el uso”.

“Pero una vez emancipado o alcanzada la mayoría de edad, hay que atender al párrafo tercero del art.96 CC –apartado segundo de la nueva redacción–que excepcionalmente, permite atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular exclusivo –de la misma si su interés fuese el más necesitado de protección.”

Esta ha sido también la línea marcada por el Tribunal Supremo, frente a la jurisprudencia menor contradictoria que ha existido en esta cuestión y frente a autores que, partiendo de que se trataba de una forma de contribución a los alimentos, consideraban que no podía reputarse extinguida sino cuando la necesidad de habitación hubiera cesado.

Esta nueva redacción del art.96 del CC recoge tres importantes novedades

1. Novedad y más importante que introduce la reforma del artículo 96 del Código Civil es la siguiente:” En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda

familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad.”

Es decir, la atribución del uso de la vivienda es hasta que los hijos alcanzan la mayoría de edad, por lo tanto, se introduce una limitación temporal.

Cuando hay varios hijos, la atribución del uso de la vivienda es hasta que el menor de ellos alcanza la mayoría de edad.

2. “Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”.

Este apartado equipara cuando haya hijos en situación de discapacidad, a los hijos menores. En este caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

3. “Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.

La novedad se refiere a cuando los hijos alcancen la mayoría de edad se extingue la atribución del uso de la vivienda. En este caso, si hay hijos que carecen de independencia económica, sus necesidades se atenderán según lo previsto en materia de alimentos entre parientes.

#### 4.2. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La Sentencia de la AP de Albacete, Sección 1ª, de 18 de junio de 2019, la Sala considera que la pensión alimenticia que viene satisfaciendo su padre debe ser extinguida y, con ello, el derecho de al uso y disfrute de la vivienda que constituía el domicilio familiar en la que venía residiendo junto a la madre. La demandada pretende que el hijo, de 30 años y que durante tres o cuatro años dejó los estudios, siga percibiendo alimentos y utilizando la vivienda familiar. En este caso el Convenio Regulador establecía que el uso y disfrute de la vivienda se prolongará hasta que el menor de los hijos habidos del matrimonio alcance la independencia económica definitiva y pueda subsistir con ella.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que considera que “la atribución del uso y disfrute del que fuera domicilio familiar realizada inicialmente a favor de hijos menores de edad y del cónyuge en cuya compañía queden de acuerdo con lo dispuesto en el art 96.1 C.C no puede mantenerse tras la mayoría de edad alcanzada por aquéllos por el mero hecho de continuar la convivencia con dicho progenitor ,debiendo a partir de ese momento acudir para la atribución al interés más necesitado de protección de uno u otro cónyuge ex art 96.3 C.C. Analizó dicha cuestión la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil Primera del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2011-reiterada en otras posteriores como las de 30 de marzo de 2012,11 de noviembre de 2013 o 12 de febrero de 2014-en los siguientes términos :”El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En relación con dicho precepto, y como concreción del principio *favor filii o favor minoris*,el párrafo 1º del art.96 C.C atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y, de manera derivada; al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia

que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive del derecho de seguir usando la vivienda familiar.”.

“Existe un primer argumento contrario a extender la protección del menor del art 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra en la diferente protección que dispensa la ley a unos y otros hijos. La protección de los hijos menores es incondicional y en cambio la de los mayores no es igual a menos que se establezca en una ley. Este distinto tratamiento es lo que ha llevado a que un sector de la doctrina menor declare extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el art 96.CC no depara la misma protección a los mayores”.

Segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el art.96.1CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el art 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios”.

Esta sentencia en la que se recoge toda la jurisprudencia sobre esta materia, en concreto sobre el siempre tan debatido derecho de uso para los hijos mayores de edad art. 96.1 CC, pasa a tener en cuenta el interés más necesitado de protección de los cónyuges art 96.3 CC, y tras la mayoría el derecho de habitación se regula por los arts.142.CC y ss.

No obstante, después de la reforma del art.96 CC con la modificación introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que introduce las novedades arriba señaladas habrá que esperar al dictado de las resoluciones de los tribunales en relación con la atribución del derecho de uso de la vivienda y distintos problemas en relación con el nuevo art.96 CC.

#### 4.3. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS EN LA APLICACIÓN DEL ART.96 CC.

La nueva redacción dada a este precepto por el legislador, ha sido objeto de crítica por los operadores jurídicos y por la doctrina, por no solucionar algunas cuestiones que a día de hoy siguen sin resolver, en concreto en relación con la extinción del uso de la vivienda familiar, pudiendo haber aprovechado dicha reforma para su solución. Vamos a exponer algunos problemas prácticos.

El uso de la vivienda respecto de los hijos menores ya está resuelto en dicho precepto, y en relación con la mayoría de edad, declara que se extingue el uso cuando se alcance la misma, recogiendo en este precepto el sentir de la jurisprudencia, que en cierto modo ante la falta de solución legislativa, ha sido el Tribunal Supremo el que ha venido actuando como legislador, según hemos analizado en toda la doctrina jurisprudencial al respecto.

Otro problema a plantear, es el que se produce una vez extinguido el derecho de uso como se materializa en relación con el hijo, cuestionándose, si se debe resolver en ejecución de sentencia, o se debe instar un procedimiento de modificación de medidas, o se puede presentar una demanda de juicio por precario.

Este art.96 CC solo se refiere a la vivienda familiar, nada dice de la segunda vivienda, ni tampoco de cómo debe resolverse la contribución a los gastos de la misma.

En relación con los gastos de la vivienda hay que dilucidar, qué sucederá con los gastos de la vivienda una vez esté atribuido su derecho de uso. Podría decirse que existen, en general, dos tipos de gastos. Por un lado, estarían los derivados del derecho de uso y, por otro lado, los inherentes a la titularidad dominical de la vivienda. En primer lugar, hay que concretar que puede existir un convenio de mutuo acuerdo habría que ajustarse a lo establecido por las partes en dicho convenio que posteriormente será ratificado judicialmente.

El criterio general será el de establecer que se haga responsable de los gastos el usuario de la vivienda. Así, todo lo relativo a suministros eléctricos, gas, teléfono, internet, agua... correrán a cargo de él, pero también las reparaciones que pueda precisar el inmueble durante su uso. En cuanto a las cuotas de la comunidad de propietarios, en principio también debería costearlas el cónyuge que tenga atribuido el uso.

Por lo tanto, es un criterio asentado por el TS y seguido por las Audiencias Provinciales el de que corresponderá al cónyuge titular del derecho de uso abonar aquellos gastos correspondientes al uso diario de la vivienda, es decir, teléfono, internet, luz, agua...pero también de aquellos pertenecientes a la comunidad de propietarios que se producen por el uso, es decir, gastos de limpieza, de la luz y agua comunitaria... pero no de aquellos que afecten directamente a la titularidad de la vivienda, tales como derramas extraordinarias que puedan afectar a reparaciones de la comunidad (arreglo de la fachada, pintura de los pasillos...), pago del IBI, seguro de hogar... que deberán ser asumidos por el propietario o, en el caso de que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges, por los copropietarios (SAP de Burgos de 9 de marzo de 2010).

¿En el supuesto de la extinción del uso, en ejecución de sentencia se puede pedir el lanzamiento del que ocupa la vivienda, si terminado el uso el cónyuge que se encuentra dentro de la vivienda, decide no marcharse? El legislador común no lo resuelve, pero si lo hacen las leyes forales como el Código Civil de Cataluña, dentro del procedimiento atribuye el uso en fase de ejecución, se acuerda el lanzamiento, si la vivienda es del cónyuge que no está utilizándola. En el mismo sentido lo resuelve la Ley Foral Vasca.

El T.S, mantiene un debate doctrinal sobre el lanzamiento del ocupante no siendo una cuestión pacífica.

Hay un sector que considera que no procede el lanzamiento si no está incluido en el pronunciamiento de la sentencia, siendo el criterio de las Audiencias de Valladolid, Sevilla, A Coruña, y Barcelona entre otras. Consideran que hay una prolongación ilegítima del uso sino está en el pronunciamiento.

El otro sector mayoritario, permite el lanzamiento en ejecución de sentencia, ya que es un pronunciamiento implícito dentro del uso, por ser atribución temporal.

En la demanda debe solicitarse al igual que ocurre en el juicio por desahucio, “bajo apercibimiento de lanzamiento” para que después de que acabe el uso, una vez que se ha producido la mayoría de edad, y se puede llevar a cabo el lanzamiento, en la sentencia se tiene que resolver sobre todos los pronunciamientos, ya que la ley impide que si la sentencia es declarativa no se pueda ejecutar, solo se ejecutan las sentencias de condena.

#### 4.4. TRATAMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES CON DISCAPACIDAD LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART.96 CC

El Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existía un hijo mayor de edad con discapacidad o incapacitado.

En estos supuestos el Tribunal Supremo, que venía excluyendo la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 96 CC, centra el peso de su argumentación en la necesidad de equiparar el hijo mayor de edad con discapacidad o incapacitado a los hijos menores de edad.

El Tribunal Supremo en sentencia 31 de enero de 2017, argumentaba que “la equiparación pretendida —entre hijo menor e hijo mayor con discapacidad— es en el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 CC no configura el derecho de uso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, su especial protección va vinculada a la minoría de edad. En cambio, en el caso de que el uso se atribuya en virtud de la existencia de un hijo con discapacidad, precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar, en principio, sine die”.

Sigue considerando en la mencionada sentencia de 2017, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor: “el interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial”.

No obstante, destaca algún autor como, Garcia Mayo, que hay cierta contradicción, ya que si reconoce esta equiparación del hijo mayor con discapacidad al menor en los supuestos de prestación de alimentos.

El Tribunal Supremo en las últimas sentencias ha sido indiferente a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad con discapacidad.

Con esta nueva redacción se da solución, a la situación que se planteaba cuando existían hijos menores con discapacidad para los que fuese conveniente la continuación en la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría, salvando el problema de la temporalidad al establecer como necesario la fijación del plazo de duración de la medida, como establece el art 96. CC” Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad psíquica, física o sensorial que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinara el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes “. Por otra parte, se equiparán, a tales efectos, los hijos mayores de edad con discapacidad a los hijos menores de edad.” A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”

## **5. EXTINCION DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR ENTRADA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA.**

Con carácter previo y antes de analizar la novedosa sentencia del T. S, que resuelve el supuesto de extinción del uso de la vivienda familiar por entrada de un tercero, es adecuado traer a colación dos sentencias que concretan el concepto de vivienda familiar

La resolución del 14 de septiembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid en la que se nos indica: “El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del CC es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana. Tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia”. Por lo tanto, a través de esta resolución ya se delimita un poco más el concepto, excluyendo del término vivienda a las segundas residencias y a las viviendas de temporada, por lo que podemos entender que tendrán la consideración de hogar únicamente aquellas dedicadas al día a día de la unidad familiar, aquellas que tengan carácter de permanencia.

También el art. 90 CC hace referencia a la necesidad de que el convenio regulador debe contener necesariamente la atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar, pero ya en alusión a las situaciones de crisis familiar. Asimismo, y dentro de los mismos supuestos, menciona en el art. 103 CC la necesidad de determinar cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección.

La Audiencia Provincial de Valladolid en su Sentencia de 16 de abril de 2004, nos ofrece una definición bastante precisa, de forma que vivienda familiar será “aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas”.

Examinaremos la postura del T.S en relación a la extinción del uso de la vivienda familiar por la entrada de un tercero.

La doctrina establecida en la Sentencia Tribunal Supremo núm. 641/2018 de 20 noviembre (RJ 2018\5086) que centra la cuestión controvertida en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso. La sentencia advierte que sobre esta cuestión no se había pronunciado directamente la Sala y que la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el art. 96 C C fue resuelto en la sentencia nº 33/2017 de 19 enero (RJ 2017, 754) pero no en relación a la medida de uso, sino desde la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores, en congruencia con lo que había planteado el recurso.

Pues bien, el Tribunal Supremo estima que:

1. La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta

libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.

Como vemos, una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar.

2. Y el Tribunal, como es consciente de que en ese supuesto los hijos seguían siendo menores de edad, recuerda la sentencia 221/2011, de 1 de abril (RJ 2011, 3139) que formuló la doctrina siguiente: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 .CC". Pero advierte que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma:

- uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación;

- Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios;

3. Y advierte que la solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC:

El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (Sentencia 726/2013, de 19 de noviembre (RJ 2013, 7447)). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida.

Por último, advierte que la medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- COBEÑA RONDAN EVA MARIA Especialidades de la ejecución forzosa. Edit. Bosch.
- CORDON MORENO FAUSTINO. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Vol. II. Edit. Aranzadi. 2ª edición
- CORDON MORENO FAUSTINO. Ley de Enjuiciamiento Civil. 4ª edición. Códigos con Jurisprudencia. Edit. Aranzadi.
- DE CASTRO MARTIN ROSA. Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias. 5º edición. Colección Tribunal Supremo. Edit. Lefebvre el Derecho.
- FERNANDEZ GIL CRISTINA. La Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada.
- FLORS MATÍES JOSÉ. GPS Procesal Civil. Edit. Tirant lo Blanch 2ª edición. Soluciones prácticas de la doctrina y jurisprudencia. Edit. Tecnos. 2ª edición 2017.
- GARCIA MAYO MANUEL. Revista de Derecho Civil, Vol. VIII, núm. 3 (julio-septiembre, 2021) Estudios, pp.187-221. El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art 96.CC.
- GIMENO SENDRA VICENTE. Proceso Civil Práctico tomo IV. Edit. Aranzadi.
- HERNANDEZ VEGA ANTONIO. Comentarios a las reformas procesales. Ley 1/2000, de 7 de enero reformadas por las leyes 13/2009 y 19/2009. Edit. Sepin.
- MORALES MORENO ANGELES LETICIA. Ejecución de las sentencias dictadas en los procedimientos de familia. Edit. Tirant lo Blanch
- PEREZ MARTIN, ANTONIO JAVIER: Estudios Jurídicos .2001. La ejecución de las resoluciones matrimoniales en la nueva L.E.C.
- PRACTICUM PROCESO CIVIL 2020. Edit. Thomson Reuters
- REVISTA DE ABOGADOS DE FAMILIA AEAFA ¿Es posible la compensación de deudas en vía de oposición a la ejecución de sentencia? Mayo 2016
- REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA. Juan Pablo Gonzalez Pozo Juan, en (abril junio 2009)
- SEPIN. Familia y Sucesiones, 1 trimestre 2013.
- SEPIN. Familia y Sucesiones, 2º trimestre 2011.
- TORIBIOS FUENTES FERNANDO. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Edit. Lex Nova. 2ª edición.