

La asignación de la casa familiar en caso de separación o divorcio: la normativa vigente en Italia y su reciente reforma

(Legge de 8 de febrero de 2006, N° 50)

Por

Stefano Troiano

SUMARIO: 1. Premisa. La tutela de la casa familiar en el ordenamiento italiano: líneas generales. 2. En particular, la asignación de la casa familiar en la crisis conyugal. 3. La noción de "casa familiar" en caso de separación o divorcio. 4. El presupuesto de la atribución de la custodia de los hijos: el problema de la admisibilidad de la asignación a tutela del cónyuge débil en ausencia de hijos. 5. La oponibilidad del derecho de habitación a terceros adquirentes del inmueble y la naturaleza del derecho. 6. El problema de la aplicabilidad del art. 155, co. 4° a la separación consensuada. 7. El problema de la aplicabilidad de la normativa a la familia de hecho. 8. Asignación y título de la disponibilidad de la vivienda. El caso del comodato. 9. La nueva normativa de la asignación de la casa familiar (art. 155-quater c.c.) introducida por la *Legge* de 8 de febrero de 2006, N° 54 a) el ámbito de aplicación. 10. Continuación. b) Las principales novedades de la reforma relativa a la custodia de los hijos: la custodia compartida y sus presu-

puestos. 11. Continuación. c) Las novedades relativas específicamente a la asignación de la casa familiar: 1) el problema de los presupuestos de la asignación. 12. Continuación. 2) La publicidad de la medida de asignación y su oponibilidad a terceros. 13. Continuación. 3) Las consecuencias de la nueva normativa en el plano de la naturaleza jurídica del derecho al disfrute de la casa familiar. 14. Continuación. 4) Los casos de extinción del derecho al disfrute de la casa familiar. 15. Conclusiones.

1. Premisa. La tutela de la casa familiar en el ordenamiento italiano: líneas generales

La casa familiar, considerada como el lugar en el cual se desarrolla de modo estable y continuo la vida familiar, constituye sin duda alguna un bien de importancia primaria para la satisfacción de las exigencias fundamentales de los componentes de la familia. En este cuadro se explican las palabras de la Corte Constitucional italiana, que

se encuentran en la sentencia de 7 de abril de 1988, N° 404, según la cual el "derecho social a la vivienda" es "colocable entre los derechos inviolables del hombre reconocidos en el art. 2 de la Constitución"¹, que contiene una cláusula general de tutela de la persona. Y es en este orden de ideas que ha madurado la conciencia, difusa en muchas realidades jurídicas modernas, de la necesidad de predisponer instrumentos aptos para asegurar una adecuada protección del derecho a la habitación en la casa familiar, sea hacia el exterior, es decir contra las agresiones de terceros (en primer lugar los acreedores de la pareja), sea en las relaciones internas de la propia familia, cuando ésta, por cualquier razón, entra en crisis (es el caso señalado de la separación o el divorcio). En este segundo caso, se trata fundamentalmente de garantizar a los sujetos más débiles, en primer lugar a los hijos, el derecho de continuar viviendo en el ambiente en el que han estado creciendo hasta ese momento, evitando así que, al ya pesado trauma de la separación familiar, se sume aquél, igualmente doloroso, del desarraigo de los lugares habituales designados a la intimidad y el afecto.

Al mismo tiempo, también, es notorio

que la casa familiar representa para muchísimas familias, en Italia y en mayor medida aún en países menos desarrollados, el principal sino el único bien patrimonial relevante. La posibilidad de la familia de satisfacer sus propias necesidades esenciales superando momentos de dificultad financiera mediante el recurso al préstamo, exige pues, que los vínculos de protección de la casa familiar, por ejemplo de inalienabilidad, no sean tan decisivos para vaciar sustancialmente de valor el bien "vivienda" convirtiéndolo en inapetecible o hasta inercial o de cualquier modo minando la confianza de los acreedores frente a la capacidad de solvencia del núcleo familiar. Una política de tutela de la casa familiar hiperprotectiva puede provocar, por lo tanto, un daño, más que un beneficio para la familia.

Análogamente, en el caso de separación o divorcio, existe el peligro de que la asignación de la casa familiar solo al cónyuge (o ex cónyuge) que tiene la custodia de los hijos, también cuando la casa sea de propiedad exclusiva del otro cónyuge o, hasta de terceros, pueda traducirse en una sustancial expropiación (sin indemnización y por tiempo indefinido) del bien del patrimonio del cónyuge o del tercero titular, también en este caso, incidiendo fuertemente en el mercado in-

¹ La función de la casa familiar como "centro de afectos, de intereses y de costumbres de vida, fundamental para la formación del desarrollo de la personalidad del individuo, ha sido puesto en evidencia también por la Corte Constitucional, 27 de julio de 1989, N° 454, en *Giustizia civile* (Giust. civ.), 1989, I, pág. 2244; en *Foro italiano* (Foro it.), 1989, I, c. 3336, con nota de Jannarelli; en *Nuova giurisprudenza civile commentata* (Nuova giur. civ. comm.), 1990, I, pág. 292 s., con nota de Di Nardo; en *Rassegna di diritto civile* (Rass. dir. civ.), 1990, pág. 125 con nota de Giacobbe. En doctrina, v. Scarano, *Coabitazione casa familiare*, Milano, Giuffrè, 2005 (suplemento a *Giust. civ.*, 12/2005), pág. 24.

mobiliario y acentuando, por el contrario, los conflictos en sede de crisis en las relaciones conyugales.

Las decisiones que, en esta materia, son confiadas a la prudente valoración del legislador son, por lo tanto, extremadamente delicadas. La delicadeza de los problemas y de los intereses en juego, han llevado al legislador italiano a tener una cierta cautela, que se puede sintetizar en la elección siguiente.

En el derecho italiano, la propiedad de la casa destinada a la vivienda familiar no está, normalmente, excluida de la garantía patrimonial del titular de la misma (cónyuge o tercero) y esto es también cuando la casa sea sujeta al régimen patrimonial legal, o sea en comunión legal entre los cónyuges. No están previstos, por lo tanto, ni siquiera para los casos en que se trata de la única vivienda de la familia, vínculos

legales de inalienabilidad o de inenajenabilidad que protejan la destinación habitacional del bien. En el derecho italiano, la casa familiar, por lo tanto, no puede ser definida sino en términos empíricos, como un "bien destinado a un fin"²: la finalidad del bien elegida por los cónyuges no asume, en efecto, inmediata relevancia en el plano del régimen jurídico del bien³, no siendo previstos precisos instrumentos normativos que, tutelan el destino impreso por los cónyuges al bien, o predispongan vínculos *ex lege* sobre el bien⁴. Una tutela del destino de la vivienda se ha previsto, como veremos, no en vía generalizada, sino sólo en casos particulares, especialmente en el caso de crisis en la relación conyugal, donde esta aparece, sin embargo conectada a la condición de los hijos (se trata, por lo tanto de una tutela, no de la casa en cuanto tal sino del derecho de los hijos a vivir en ella)⁵.

² V. en este sentido Frezza, *I luoghi della famiglia*, Torino, Giappichelli, 2004, pág. 117. Reconocen, en cambio a la casa familiar la naturaleza del bien destinado a un fin, entre otros, Breccia, *Separazione personale dei coniugi*, en *Digesto discipline privatistiche, sezione civile*, XVIII, Torino, UTET, 1998, pág. 403 ss.; Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 27 ss.

³ La destinación del bien a un fin, aisladamente considerada, permanece en efecto un simple dato de hecho si a esa no se acompaña también una normativa particular, que generalmente se exprime en la derogación del principio de libre alienabilidad y expropiabilidad del bien. Sobre el concepto de "vínculo de destinación" v., entre otros, R. Quadri, *La destinazione patrimoniale: profili normativi e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 2004, pág. 326 ss.; Mirzia, Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, CEDAM, 1996, pág. 210 ss.

⁴ Para esto v., en particular, Di Majo, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (Riv. trim. dir. proc. civ.), 1981, pág. 364 ss., que excluye, por lo tanto, que la casa familiar sea, en el derecho italiano, un "Zweckvermögen", según la categoría conocida en la experiencia jurídica alemana.

⁵ Y efectivamente es sólo en este específico contexto que la jurisprudencia habla de "destinación funcional" de la casa familiar: v. Corte Const., 27 de julio de 1989, N° 454 cit. Pero en el sentido que la destinación de la casa destinada a habitación familiar tenga relieve también en la fase fisiológica del desarrollo de la relación v. Scarano, *Coabitazione casa familiare*, cit., pág. 30, el cual excluye sin embargo que tal finalización se resuelva en vínculos de inalienabilidad o de inenajenabilidad (se trataría por lo tanto de un vínculo de destinación "atenuado").

Existe, sin embargo, la posibilidad para los cónyuges o para el tercero de destinar *voluntariamente* determinados bienes inmuebles (entre los cuales, desde luego también la casa), muebles registrables o títulos de crédito para hacer frente a las necesidades de la familia, constituyéndolos en un patrimonio separado denominado "fondo patrimonial"⁶ (*fondo patrimoniale*, art. 167 c.c.).⁷ La constitución del fondo incide notablemente en el régimen jurídico de los bienes que forman parte de ella. En efecto, los bienes del fondo no pueden ser enajenados, hipotecados, dados en empeño o de cualquier manera vinculados, si no con el consenso de ambos cónyuges y, si hay hijos menores, con la autorización también del juez, concedida sólo en los casos de necesidad o utilidad evidente (art. 169 c.c.). Además, los bienes del fondo y los frutos de éste no pueden ser objeto de ejecución por deudas que, con el conocimiento del acreedor, son contraídas para fines extraños a las necesidades de la familia (art. 170 c.c.). La oponibilidad a terceros de la constitución del fondo, acreedores y causahabientes, se ha asegurado finalmente

por la anotación de la convención constitutiva del fondo patrimonial, al margen del acta de matrimonio, en los registros del estado civil⁸.

Como se puede ver, la constitución del fondo patrimonial no comporta un vínculo absoluto de inalienabilidad, bien pudiendo ser consentida la enajenación por acuerdo de los cónyuges, salvo en el caso de haber hijos menores donde, también, será necesaria la autorización del juez. Además, los bienes que forman parte del fondo no están sustraídos del todo de las agresiones de los acreedores, en cuanto pueden ser objeto de expropiación si se trata de deudas contraídas para satisfacer las necesidades de la familia⁹.

La solución preferida por el legislador italiano, dejando que los cónyuges elijan el régimen jurídico de los bienes esenciales para la familia y conteniendo del mismo modo las consecuencias de esta elección sobre la condición jurídica de los bienes, parece indicar por lo tanto, un razonable punto de compromiso entre la protección de las necesidades de la familia y la exigen-

⁶ Sobre este instituto v., por todos, C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia - Le successioni*, Milano, Giuffrè, 4^o ed., 2005, pág. 145 ss.; T. Auletta, *Il fondo patrimoniale*, in *Il codice civile. Commentario diretto da Schlesinger*, Milano, Giuffrè, Art. 167-171, 1992.

⁷ La constitución del fondo patrimonial puede ser hecha por un tercero. En tal caso ésta se perfecciona solamente con la aceptación, también posterior, de los cónyuges.

⁸ A esta forma de publicidad, con función declarativa, se une, en caso de que el fondo tenga por objeto bienes inmuebles, la transcripción en los registros inmobiliarios, en el sentido del art. 2647 c.c., con función de publicidad-noticia.

⁹ O, excepcionalmente, también las deudas contraídas para satisfacer otras necesidades, si el acreedor demuestra que no sabía del hecho de que se trataba de deudas asumidas para necesidades extrañas a las de la familia (v. art. 170 c.c.).

cia de preservar la libertad de los bienes de vínculos y pesos excesivos, que puedan perjudicar su valor económico.

No obstante, es necesario evidenciar que el instituto del fondo patrimonial, introducido en Italia en el año 1975, ha conocido en la práctica aplicaciones del todo esporádicas, no llegando a ser nunca, por lo tanto, un instrumento general de protección de los intereses de la familia y, en particular, de las exigencias de vivienda de ésta¹⁰.

Una tutela del derecho a la vivienda en la casa familiar está prevista también para el caso en el que la casa sea objeto de locación y, por lo tanto, uno de los cónyuges tenga tan solo un derecho personal de disfrute. A tenor del art. 6 de la *Legge* de 27 de julio de 1978, N° 392, en materia de locación de inmuebles urbanos, en caso de muerte del locatario le suceden en el contrato el cónyuge, los herederos, los parientes y afines convivientes habitualmente con él¹¹.

Además, en caso de muerte de uno de

los cónyuges, el art. 540, co. 2°, c.c. reserva al otro, el legitimario, los derechos de habitación sobre la casa destinada a la residencia familiar y al uso de los muebles que la integran, sean de propiedad del causante o comunes¹².

2. En particular, la asignación de la casa familiar en la crisis familiar

Veremos ahora la tutela que el derecho a la vivienda recibe en el interior del núcleo familiar en el caso de crisis en la relación conyugal.

El poder del juez de asignar discrecionalmente el uso de la casa familiar, restringiendo el derecho de propiedad o disfrute del cónyuge titular del inmueble, ha sido el centro de un amplio debate, donde la persecución en el tiempo de medidas legislativas ha terminado más bien agravando la situación en vez de dirimirla.

La última intervención legislativa en esta materia es muy reciente (realizada con la *Legge* de 8 de febrero de

¹⁰ Una nueva posibilidad de constituir un vínculo de destinación sobre la vivienda, oponible a terceros, se puede individuar también en el reciente art. 2645-ter c.c., introducido por el *Decreto Legge* 30 de diciembre de 2005, N° 273, convertido en la *Legge* 23 de febrero de 2006, N° 51 (publicada en la *Gazz. Uff.* 28 de febrero de 2006, N° 49, Suppl. ord. N° 47). Esta disposición ha previsto la posibilidad de transcribir "gli atti con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche". La trascrizione ha l'effetto di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione. Il vincolo di destinazione, che può durare per non più di 90 anni oppure per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, consiste nel fatto che i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti a tale scopo.

¹¹ V. Gabrielli e Padovini, *La locazione di immobili urbani*, Padova, CEDAM, 2° ed., 2005.

¹² Cfr. Mirone, *I diritti successorii del coniuge*, Nápoli, Jovene, 1983.

2006, N° 50) y modifica en medida muy significativa la normativa existente. De esta nueva normativa y de sus importantes aplicaciones se dará ampliamente cuenta más adelante (v. infra, párrafos 9-14). Para comprender mejor el alcance y significado de esta reforma es, sin embargo, oportuno describir de forma preliminar cómo ha evolucionado el debate en el tiempo sobre el tema de la asignación de la casa familiar y cual era por tanto la situación vigente en Italia antes de la ley de 2006.

Antes de 1975 faltaba, tanto en el Código Civil de 1942 como en la legislación especial, una expresa disposición de leyes que autorizasen al juez a disponer de la casa familiar, atribuyendo a uno de los cónyuges el derecho de habitarla también cuando ella fuera propiedad del otro o éste la tuviera en disfrute por otro título. En ausencia de reglamentación, la jurisprudencia y la doctrina dominantes se mostraban, salvo esporádicas excepciones, contrarias a la posibilidad de privar al cónyuge titular de un derecho de disfrute sobre la vivienda, asignándola en uso al otro cónyuge.

La ley de reforma del derecho de familia, aprobada en el año 1975 e inspirada, entre otras, por la finalidad de garantizar más plenamente los derechos de los sujetos familiares tradicio-

nalmente débiles (en primer lugar, la mujer y los hijos), adecuó el Código Civil a las más modernas instancias de tutela hechas precisamente por la Constitución italiana de 1948, introduciendo en el art. 155 c.c., concerniente a las medidas relativas a los hijos en materia de separación, un nuevo apartado cuarto formulado así: *"la habitación de la casa familiar pertenece preferentemente y cuando sea posible, al cónyuge a quien se han confiado los hijos"*.

La falta de previsión de una disposición análoga en materia de divorcio (introducido en Italia con la *Legge* de 1° de diciembre de 1970, N° 898) reveló inmediatamente el problema de la admisibilidad de tales medidas también con ocasión de la disolución del matrimonio. Ante una orientación doctrinal en gran parte favorable¹³, la jurisprudencia por un tiempo apareció oscilante entre la solución positiva y la negativa¹⁴.

Para resolver esta incertidumbre, vino aprobada, en el año 1987 (con la *Legge* de 6 de marzo de 1987, N° 74), una modificación de la ley sobre el divorcio, en cuyo art. 6 se introdujo un 6° apartado que decía así: *"la atribución de la casa familiar corresponde con preferencia al progenitor que se encuentra al cuidado de los hijos o con el cual los hijos convivan después de la*

¹³ V., por ej., Caferra, *Famiglia e assistenza*, Bologna, Zanichelli, 1984, pág. 33.

¹⁴ En sentido positivo v., en particular, Cass., 30 de enero de 1985, N° 578, in *Giust. civ.*, 1985, I, pág. 636.

mayoría de edad. En cada caso, a los fines de la asignación, el juez deberá valorar las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la decisión y favorecer al cónyuge más débil. La asignación, una vez inscripta, es oponible al tercero adquirente a tenor del art. 1599 de Código Civil”.

El nuevo texto del art. 6, ley div., no se limitó, por lo tanto, a extender al divorcio la normativa ya prevista para la separación e introdujo algunas innovaciones significativas: a) consideró la exigencia de tutela no sólo de los hijos menores, sino también de los hijos mayores de edad que convivan con el padre y no sean autosuficientes, siempre y cuando éstos no tengan culpa de tal situación; b) introdujo nuevas condiciones para la asignación, debiendo el juez “en cada caso” tener cuenta de las condiciones de los cónyuges, de las razones de la decisión y favorecer al cónyuge más débil; c) reconoció finalmente la oponibilidad de la medida de asignación.

No obstante, a pesar de estas diferencias textuales, la jurisprudencia insistía en resaltar que no existía una diferencia sustancial de la normativa y, por lo tanto, un diverso régimen de la asignación en materia de separación y divorcio. En efecto, se consideraban aplicables analógicamente también a

la separación las innovaciones introducidas por la ley sobre el divorcio, siendo idénticas, en los dos casos, las razones de tutela del cónyuge y de los hijos. La Corte di Cassazione, en particular, afirmó que “el instituto de la asignación de la casa familiar representa un clásico ejemplo del intercambio de normativa entre separación y divorcio, no obstante que las reglamentaciones de los institutos se han perseguido normativamente sin que nunca el legislador haya estado en grado de normativizar contextual e unitariamente los institutos típicos de la fase patológica del matrimonio”¹⁵. A este proceso de uniformación de la normativa dio una contribución significativa también la Corte Constitucional cuando, con la sentencia de 27 de julio de 1989, N° 454¹⁶, declaró inconstitucional el art. 155, comma 4 c.c. en la parte en la que no preveía la inscripción de la medida judicial de asignación de la casa familiar al cónyuge encargado de la prole a los fines de la oponibilidad a terceros, en tal modo colmando la laguna presentada por la falta de previsión, para el caso de separación, del régimen de oponibilidad de la medida de asignación.

a doctrina, aun aprobando con preponderancia esta solución unificadora¹⁷, aparecía más cauta, no faltando voces que, evidenciando la diversidad

¹⁵ Cass. 26 de septiembre de 1994, N° 7865, en *Famiglia e diritto* (Fam. dir.), 1995, pág. 28.

¹⁶ Cit. supra, nota 1.

¹⁷ En doctrina v., por ej., Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 221; Cubeddu, *La casa familiare*, cit., pág. 283 ss.

de *ratio* entre las hipótesis de la asignación en la separación y en el divorcio, excluían la aplicación mecánica por vía analógica a la separación de las normas dictadas para el divorcio¹⁸. No es esta la sede para examinar la bondad de esta tesis, que aparece en cada caso superada ya por la nueva normativa introducida por la *Legge* de 8 de febrero de 2006, N° 50, que dicta, como veremos, una solución unitaria para todos los casos de crisis conyugal. No se puede sin embargo, dejar pasar por alto que entre la separación y el divorcio existe por lo menos una diferencia importante. Ya que el divorcio, en la mayor parte de los casos, sobreviene después de la separación, el juez en este caso solo puede renovar o revocar la asignación que ya ha sido pronunciada en sede de separación, pero no puede atribuir el derecho sobre una casa que, habiéndose interrumpido desde hace tiempo la convivencia ya no puede ser calificada como "familiar".

En lo sucesivo, centraré la atención tan solo sobre algunos perfiles problemáticos de esta compleja normativa, tal y como se presentaba antes de la reforma realizada en el año 2006.

3. La noción de "casa familiar" en caso de separación o divorcio

La interpretación del concepto de casa familiar no ha presentado hasta hoy particulares problemas. El concepto se deduce fácilmente de la *ratio* de la normativa, que es claramente puesta a tutela no de cualquier interés de habitación sino solo del interés, de carácter esencial e inderogable, de los componentes de la familia a la continua habitación del lugar en el que preponderantemente se desarrolla la vida familiar. A la luz de estas consideraciones, por casa familiar puede entenderse, según la interpretación común, el "centro de los afectos, de los intereses y de las costumbres en que se expresa y articula la vida familiar"¹⁹, con exclusión, por lo tanto, de las residencias estivas o de veraneo, pero comprendiendo sin embargo, los muebles y demás efectos aún siendo decorativos, hecha excepción de aquéllos estrictamente personales del cónyuge privado del disfrute de la vivienda²⁰. Esto no impide admitir también, siempre que sea posible, una asignación limitada solo para una parte del inmueble, cuando esto no impida la satisfacción de los intereses de los hijos y siempre

¹⁸ V. F. Rezza, *I luoghi della famiglia*, cit., pág. 153 ss.

¹⁹ Así las palabras de Cass., 2 de julio de 1990, N° 6774, in *Giust. Civ.*, 1990, I, pág. 2258. V. también Cass., Sez. Un., 21 de julio de 2004, N° 13603, en *Famiglia*, 2004, II, pág. 867 ss, con nota de Scarano.

²⁰ V., en este sentido, Cass. 25 de mayo de 1998, N° 5189, en *Fam. dir.*, 1998, pág. 570; Cass. 9 de diciembre de 1983, N° 7303, en *Giust. civ.*, 1984, I, pág. 701, con nota de Finocchiaro.

que el inmueble sea divisible sin excesiva dificultad²¹.

4. El presupuesto de la atribución de la custodia de los hijos: el problema de la admisibilidad de la asignación a tutela del cónyuge débil en ausencia de hijos

Por otra parte, mucho más discutida ha sido hasta hoy la cuestión de que la atribución del cuidado de los hijos sea un presupuesto indefectible de las medidas de asignación, es decir que el juez pueda asignar la casa conyugal, sólo a favor del cónyuge que tiene la tutela de los hijos menores de edad (o de aquél con el que conviven los hijos mayores aún no previstos de suficientes réditos propios) o también a favor del cónyuge necesitado que no tenga la tutela de los hijos, es decir prescindiendo del cuidado de los hijos y como forma de cumplimiento de la obligación de mantenimiento. En otras palabras, se trata de establecer si la normativa que prevé la asignación de la casa familiar al cónyuge no titular, es dictada para tutelar el interés exclusivo

de la prole o, si en cambio, puede dirigirse a la tutela de intereses diversos (y, en particular, a la tutela del cónyuge que se encuentra en condiciones de debilidad).

Antes de la reciente reforma el debate se refería tanto al art. 155 c.c. como al más reciente art. 6, co. 6° de la ley sobre el divorcio.

En lo que se refiere a la primera disposición, la especificación de la fórmula normativa en el sentido que la vivienda pertenece, aunque con preferencia, al cónyuge que tiene la custodia de los hijos, dejaba entender que el criterio que privilegiaba al cónyuge que tenía a los hijos tenía solamente carácter preferencial y que, por lo tanto, la casa podía también ser asignada al cónyuge separado que no tuviera la custodia de los hijos si tuviera una prominente necesidad de la vivienda. Parte de la doctrina, por lo tanto, se orientaba hacia una interpretación de la norma en este sentido²². Según esta tesis, la asignación de la casa se convertiría en un componente en materia de

²¹ V. Cass. 11 de diciembre de 1990, N° 11787.

²² V. Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 221 ss.; Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 45 ss.; Cubeddu, *La casa familiare*, cit., pág. 206 ss y 238 ss. En efecto, es cierto que la exigencia de tranquilidad y seguridad en el difícil momento de la crisis conyugal no concierne sólo a los hijos, sino también a los cónyuges. Ni tampoco se puede pensar que la exigencia de la asignación de la casa pueda ser satisfecha en igual modo por la correspondencia en dinero por el otro cónyuge, porque quedaría (también si aliviada por la disponibilidad de medios) la ansiedad de la búsqueda, junto a la incomodidad y fatiga del cambio. El disfrute de la casa familiar absorbe, entonces, la función específica de tutela del interés del cónyuge, que tiene particular necesidad de no cambiar el ambiente de vida (por ej., por razones de salud, de trabajo, de relaciones familiares). No parece, por lo tanto, fuera de lugar afirmar que la asignación de la casa familiar es posible también en ausencia de hijos, al fin de proteger el interés del cónyuge débil. Además se puede mantener que, aún en presencia de hijos, el interés de éstos por habitar la casa familiar debe ceder ante el interés del padre bajo cuya tutela no se encuentran cuando el interés de éste se deba a una situación de gravedad (por ej. estar gravemente enfermo). En este sentido Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 221.

la obligación de mantenimiento, es decir, un medio que concurre directamente para asegurar al cónyuge separado el mantenimiento del tenor de vida matrimonial.

En la jurisprudencia, sin embargo, ha prevalecido la tesis opuesta después de no algunas pronunciaciones contrastantes entre ellas. La asignación únicamente al cónyuge que tiene la custodia de los hijos, se ha convertido muy pronto, por lo tanto, en regla general en la práctica jurisprudencial, que podía ser desatendida sólo "cuando el interés de los hijos desaconseje en concreto su permanencia en la casa y cuando tal solución resulte particularmente gravosa para el progenitor, bajo cuya custodia no se encuentran"²³. En particular, las *Sezioni Unite* de la *Corte di Cassazione*²⁴, concurrentes en el año 1982 a componer el conflicto jurisprudencial²⁵, afirmaron que la disposición del art. 155, co. 4 c.c. tiene carácter excepcional y es de estricta interpretación, en cuanto que es dictada en el exclusivo interés de la

prole menor de edad, que sólo puede justificar la comprensión del derecho, de naturaleza patrimonial, del titular del inmueble, "de modo que esa no es aplicable, ni siquiera en vía de interpretación extensiva, al cónyuge que no tiene la custodia de los hijos, aunque tenga derecho al mantenimiento"²⁶. Como confirmación, se tenía como argumento también la colocación topográfica de la previsión, en el interior de un artículo que lleva como rúbrica "*Provvedimenti riguardo ai figli*" (medidas de cuidado para los hijos). Así pues, según esta interpretación, la locución "pertenece con preferencia" debería haber sido entendida en el sentido que la elección, a la que el juez es llamado, concierne o no al destinatario de la asignación, que puede ser solamente el progenitor que tiene la custodia de los hijos, sino la oportunidad misma de emanar la medida: en otras palabras, la alternativa frente a la cual se encuentra el juez es entre asignar al cónyuge el cuidado de los hijos y no emanar alguna medida, dejando la casa a disponibilidad del cónyuge

²³ Así las palabras de Cass., Sez. Un., 25 abril 1982, N° 2494, in *Foro it.* 1982, I, c. 1865, con nota de Jannarelli.

²⁴ La Corte de Casación, que está compuesta de más secciones, se reúne en "*Sezioni Unite*", es decir en una formación especial que comprende todas las secciones, en los casos en que es necesario resolver de modo uniforme una cuestión jurídica de gran importancia sobre la que se ha producido una contraposición entre los distintas secciones.

²⁵ V. Cass., Sez. Un., 25 de abril de 1982, N° 2494, cit.

²⁶ Como ha señalado además la Corte di Cassazione, en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, N° 13126, tal comprensión encuentra justificación en el principio sancionado por el art. 42 Cost., el cual consiente al legislador limitar el derecho de propiedad para asegurar la "función social" de la propiedad privada ("*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*").

propietario o titular de otro derecho de disfrute, no pudiendo las particulares circunstancias del caso concreto justificar la decisión de asignarla al cónyuge que no tiene la tutela de los hijos, en contraste con la titularidad formal del otro²⁷.

El debate, ya abierto respecto de lo dispuesto en el art. 155 c.c. en materia de separación, no se calmó, más bien, al contrario, se vio reforzado después de la reforma del divorcio en el año 1987. La formulación adoptada en el art. 6, co. 6° de la ley sobre el divorcio (*"en cada caso, para los fines de la asignación, el juez deberá valorar las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la decisión y favorecer al cónyuge más débil"*), modificada en el año 1987, completaba y ampliaba la normativa, pero sin acabar con ello con la dificultad interpretativa. En cambio, la situación era aún más complicada bajo el perfil sustancial, por la mención expresa de ulteriores criterios que el juez ha de tener cuenta "en cada caso". Se abrían, en efecto, al menos tres lecturas de la norma.

Se podría pensar, por un lado, que estos criterios se pusieran sobre el mismo plano que aquellos representados por la tutela del interés de los hijos, con la consecuencia que, por ejemplo, el inte-

rés de los hijos habría podido ser sacrificado, dejando la casa al cónyuge que no tiene la custodia de aquellos, cuando la crisis de la relación conyugal hubiera sido imputable al cónyuge que tiene la custodia. Si la norma hubiera sido entendida así, habrían podido surgir, sin embargo, dudas en cuanto a su legitimidad constitucional, por lo menos en referencia a la importancia reconocida a las razones de la decisión: no parece efectivamente justificado que las razones de la decisión, que no resaltan en tema de la atribución del cuidado de los hijos, puedan tomar relieve a fin de negar la asignación de la casa familiar al cónyuge que tiene bajo su cuidado a los hijos, dado que esta asignación está dirigida, como en el caso de la atribución de la custodia, a tutelar la prole. La norma podía ser interpretada, sin embargo, de otra manera. En particular, se podía sostener el criterio de la tutela del interés de la prole debiera prevalecer sobre los otros, con la consecuencia de que los otros criterios podrían, por sí solos, justificar la asignación, sólo cuando estuvieran ausentes los hijos: solamente en este caso podría justificarse una asignación derogando el principio de propiedad u otro título que implique el disfrute del inmueble, una asignación, por lo tanto, dispuesta enteramente a tutela del

²⁷ Una aplicación de este criterio fue una sentencia de la Cassación del 1990 (Cass. 24 de agosto de 1990, N° 8705, en *Giurisprudenza italiana* (Giur. it.), 1991, I, 1, c. 1205), en la cual la Cassación confirmó la decisión del juez de mérito que, "para responder a la exigencias del marido que no se encuentra a cargo de los hijos" (en particular, el marido era afectado de gran invalidez física, que solicitaba la conservación del uso de la casa ya habilitada e idónea para acoger personal de asistencia), había negado a la mujer (no titular del inmueble) la asignación de la vivienda, "en vía de principio impuesta por la cualidad de progenitor a cargo de los hijos menores".

equilibrio de las condiciones económicas de los cónyuges, o motivada por la equidad de la permanencia de uno de ellos en la casa, a la luz de las razones de la decisión²⁸. Según una tercera interpretación, la norma consentía de sacrificar el interés de los hijos sólo en presencia de un interés prevalente del cónyuge de naturaleza no económica sino existencial (por ej., en caso de enfermedad)²⁹.

Ya que el contraste jurisprudencial persistía en el tiempo, fue necesaria en 1995 una nueva intervención de las *Sezioni Unite* de la *Corte di Cassazione*³⁰, esta vez en materia de divorcio. Las *Sezioni Unite* enunciaron el principio según el cual: "también en el vigor de la *Legge* 6 de marzo del año 1987, N° 74, cuyo art. 11 ha sustituido al art. 5, *Legge* de 1° de diciembre de 1970, N° 808, la disposición del co. 6° de esta última norma, en tema de asignación de la casa familiar, no atribuye al juez el poder de disponer la asignación a favor del cónyuge que no tiene ningún derecho real o personal sobre el inmueble y que no se encuentre al cargo de los hijos menores o conviviente con hijos mayores de edad aún no provistos de suficiencia económica. Las *Sezioni Unite*, en particular, han puesto de manifiesto que "el dere-

cho de uso de la vivienda, si fuese constituido en situaciones diversas que para hacerse cargo de los hijos, sufriría una modificación radical", no solo porque "ya no estaría relacionado a la necesidad de criar y educar a los hijos menores", sino, también, porque la asignación terminaría en tal caso con la asunción de una duración equivalente a los años de vida que le queden al cónyuge que tiene la custodia de los hijos, en evidente contraste con la originaria previsión normativa que, subordinando las medidas de asignación del cuidado de la prole, implícitamente limitaba al alcance de la mayoría de edad el derecho de uso. Se evidenció, por lo tanto, que al *vulnus* creado por la previsión que prolonga el derecho hasta el alcance de la autonomía de los hijos, no se podía "sin una previsión expresa e unívoca al respecto" alcanzar "una ulterior y mejor comprensión del derecho de propiedad y de disfrute del inmueble, desvinculando la asignación por cualquier límite temporal predeterminado (o razonablemente determinado) por la sola consideración de la debilidad económica de uno de los cónyuges, para lo cual, la ley, a fin de remediarlo, prevé adecuadas medidas de protección³¹.

²⁸ Sobre estos problemas v. Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 84 ss.

²⁹ V. Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 296 s.; Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 84.

³⁰ Cass., Sez. Un., 28 de octubre de 1995, N° 11297, en *Giust. civ.*, 1996, I, pág. 45 ss. con notas de Marinelli e Frezza; en *Fam. dir.*, 1995, pág. 521 ss., con nota de Carbone, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, pág. 517 ss., con nota de E. Quadri; en *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 242 ss., con nota de Serafino.

³¹ Sin embargo, esto induciría a pensar que el instrumento pueda ser utilizado para poner remedio a una "debilidad" no económica: vale para todos, el ejemplo de la enfermedad del ex cónyuge.

Después de esta segunda intervención de las *Sezioni Unite* de la *Corte di Cassazione*, ha prevalecido por tanto en la jurisprudencia, sea en materia de divorcio, sea en materia de separación, la tesis que confirma que es presupuesto indefectible de la asignación la presencia de hijos³².

Aunque la tesis pueda considerarse ya consolidada, no faltan, sin embargo, en tiempos recientes, pronunciamientos que han ido en la dirección opuesta. Después en la doctrina, continúan siendo muchas las voces que se alzan en sentido contrario. Se puede decir por lo tanto que, a pesar de las repetidas intervenciones de las *Sezioni Unite*, las dudas al respecto, no se han dirimido definitivamente³³.

Como se ha evidenciado ya, la formulación del art. 6 de la ley del divorcio introducida por la ley de 1987, contiene expresamente la misma posibilidad de asignación también al caso del cónyuge conviviente con hijos mayores de edad. La jurisprudencia es constante en afirmar al respecto que, tal posibilidad de asignación se refiere a la hipótesis en la que existan hijos mayores de edad, que tengan aún derecho al mantenimiento, en cuanto no sean económicamente autosuficientes (sin su culpa)³⁴ y siempre que subsistan problemas físicos o psíquicos que no obstante la mayoría de edad, justifiquen la restricción del derecho real o de disfrute del otro cónyuge. Está claro, entonces, que se trata de una solución que limita en medida significativa el interés del progenitor titular, subordi-

³² V., por ej., en materia de divorcio: Cass., 1° de mayo de 2005, N° 4300; Cass., 7 de julio de 2004, N° 12309; Cass., 15 de enero de 1999, N° 376, en *Fam. dir.*, 1999, pág. 458 ss., con nota di Francolini, Cass. 8 de mayo de 1998, N° 4679; en materia de separación: Cass., 25 de agosto de 2005, N° 17299; Cass. 4 de mayo de 2005, N° 9253; Cass. 1° de diciembre de 2004, N° 22500; Cass., 18 de septiembre de 2003, N° 13736; Cass. 9 de septiembre de 2002, N° 13065; Cass. 12 de enero de 2000, N° 266, in *Giust. civ.*, 2000, I, pág. 317 ss.

³³ En efecto, más recientemente la Suprema Corte ha vuelto de nuevo sobre el argumento respecto de una hipótesis de separación de dos cónyuges, sin hijos y copropietarios de la casa-vivienda, afirmando que la asignación puede ser establecida a favor del cónyuge más débil, que no tiene ingresos propios, para consentirle conservar el tenor de vida correspondiente a aquél del que gozaba en constancia del matrimonio (así Cass. 28 enero 1998, N° 822, in *Fam. dir.*, 1998, pág. 125; en el mismo sentido Cass. 7 de julio de 1997, N° 6105, *ivi*, 1998, pág. 161 con nota de Cortesi), reabriendo sustancialmente, en tal modo, la vía sobre la posibilidad de entender la asignación como una forma de cumplimiento en materia del deber de mantenimiento. Es sólo el caso de precisar, en fin, que si también se retiene que la asignación presuponga hacerse cargo de los hijos, tal criterio no puede funcionar, entonces, en el caso en que el cuidado de los hijos sea conjunto, es decir entre ambos progenitores, como consciente el ordenamiento italiano. Al respecto, la Corte de casación italiana ha advertido que, no pudiendo en este caso ser satisfecho contemporáneamente el interés de los hijos que permanecen en la casa conyugal, el juez, para proceder a la asignación, deberá utilizar otros criterios, con la consecuencia de que en tal caso el disfrute del alojamiento deberá valorarse como componente del reglamento de las relaciones económicas entre los cónyuges (Cass., 12 de noviembre de 1996, N° 9909). Estas pronunciaciões demuestran pues que, la asignación tiene, en definitiva, "dos almas": la tutela de los hijos y la tutela del cónyuge débil.

³⁴ V. Cass. 14 de marzo de 2004, N° 5317; Cass., 6 de abril de 1993, N° 4108; Cass. 22 de enero 1998, N° 565, in *Giur. It.*, 1999, c. 34 ss. En la doctrina v. Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 33, nota 136.

nando la comprensión de su derecho al hecho de alcanzar, por parte de los hijos, la autosuficiencia económica, que no sólo es de por sí difícil de probar sino, también, incierta a la hora de verificarse o, en casos extremos, podría hasta no llegar a verificarse nunca.

5. La oponibilidad del derecho de habitación a terceros adquirentes del inmueble y la naturaleza del derecho

La asignación al cónyuge del derecho de disfrute de la vivienda familiar, limita el derecho de propiedad del titular pero, obviamente, no lo extingue, de modo que el titular podría enajenar su inmueble a terceros, incluso después de la asignación.

En el pasado era particularmente controvertida la cuestión de la oponibilidad del derecho de habitar en la casa conyugal a terceros adquirentes del inmueble. El problema es extremadamente delicado, siendo bien evidente que la no oponibilidad terminaría por asegurar una tutela demasiado débil al cónyuge asignatario, el cual, frente a la

eventual venta a terceros del inmueble por el otro cónyuge, tan solo podría reaccionar con una acción de resarcimiento del daño, o sea con un remedio del todo inapropiado respecto del interés tutelado, que es el del efectivo disfrute del bien "casa familiar".

Para la solución del problema, muchos, comprendida buena parte de la jurisprudencia, mantenían que la naturaleza jurídica del derecho del asignatario fuese determinante a fines de la solución del problema de la oponibilidad. Al respecto, se confrontaban de un lado la tesis de quien veía en el derecho de habitación un derecho real (en particular, un típico derecho real de habitación regulado en el art. 1022 c.c.), al menos en los casos en que la casa es del otro cónyuge o de ambos en propiedad o usufructo³⁵ y por otro lado, la tesis de quien, en cambio, subrayaba la naturaleza personal del derecho de disfrute, asimilable, por algunos, a aquellos que derivan de un contrato de locación³⁶ o comodato³⁷ o, según otros, atípico³⁸. En ausencia de una previsión expresa en orden a la

³⁵ V. Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 222; Grassi, *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, Jovene, 1976, pág. 167. Según estos autores, en particular, el derecho de habitación conserva, después de la asignación, la misma naturaleza que tenía antes de ésta. Por lo tanto, si el cónyuge privado del derecho de habitación tenía la propiedad u otro derecho real sobre la casa, el otro cónyuge adquiere también un derecho real (de habitación). Si la casa era conducida en locación (o en comodato), el otro cónyuge adquiere en contra solo un derecho personal de disfrute. En este sentido también Scarano, *Coabitazione e casa familiare*, cit., pág. 52.

³⁶ V. Frallicciardi, *Assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio: quale diritto per l'assegnatario*, in *Studi in onore di Capozzi*, I, Milano, Giuffrè, 1992, pág. 609 ss.; Cass. 6 de mayo de 1999, N° 4529, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2215 ss.

³⁷ V. A. Finocchiaro, *Può il giudice della separazione assegnare l'abitazione nella casa familiare al coniuge cui non vengono affidati i figli?*, in *Giust. civ.*, 1981, pág. 140.

³⁸ Por ej., Trabucchi, *L'abitazione nella casa familiare dopo il divorzio*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 2103.

oponibilidad a terceros, es evidente que sólo la calificación en términos de derecho real de habitación, garantizando la inscripción de la adquisición en los registros inmobiliarios, podía rendir segura la oponibilidad a terceros. La calificación en términos de derecho personal de disfrute podía, en cambio, inducir a afirmar la no oponibilidad del derecho, en caso de que se considerase asimilable al derecho del locatario.

La cuestión fue, de todos modos, superada por la previsión contenida en la última parte del apartado 6° del art. 6 de la ley del divorcio (co. 6°, art. 6, l. div.) que, según la formulación introducida con la reforma del año 1987, establecía: *"la asignación, en cuanto inscrita, es oponible al tercero adquirente en el sentido del art. 1599 c.c."*

Antes de la reciente reforma de 2006, el Art. 155 Código Civil no decía nada referente a la separación, sin embargo, como ya he dicho anteriormente, la laguna se ha colmado por la Corte Constitucional en el año 1989 al considerar "constitucionalmente ilegítimo el art. 155 c. 4°, c.c. en la parte en

la que no prevé la inscripción de la medida judicial de asignación de la habitación en la casa familiar al cónyuge que tiene a los hijos a su cuidado, a fin de la oponibilidad a terceros"³⁹.

El reenvío (contenido en el co. 6°, art. 6, l. div.) al art. 1599 c.c., es decir, a la norma que regula la oponibilidad del derecho del locatario al tercero adquirente del inmueble locado⁴⁰ parecía, pues, confirmar la tesis según la cual, la medida del juez constituye un título que atribuye al cónyuge al que está asignada la casa, un derecho personal de disfrute, del todo asimilado, en cuanto a los efectos para con terceros, al del locatario.

Antes de la reforma de 2006, parecía ya, por tanto, que el debate se iba encaminado hacia una solución pacífica, relativa a la naturaleza jurídica del derecho que se constituye a favor de cónyuge asignatario del inmueble. Y también la doctrina más reciente parecía estar de acuerdo en mantener ya superado el debate relativo a la naturaleza jurídica de la asignación⁴¹. En esta dirección parecía moverse también la

³⁹ C. cost. 27 de julio de 1989, N° 454, cit. supra (nota 1).

⁴⁰ Art. 1599 c.c.: "(1) Il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente, se ha data certa anteriore all'alienazione della cosa. (2) La disposizione del comma precedente non si applica alla locazione di beni mobili non iscritti in pubblici registri, se l'acquirente ne ha conseguito il possesso in buona fede. (3) Le locazioni di beni immobili non trascritte non sono opponibili al terzo acquirente, se non nei limiti di un novennio dall'inizio della locazione. (4) L'acquirente è in ogni caso tenuto a rispettare la locazione, se ne ha assunto l'obbligo verso l'alienante".

⁴¹ V., entre otros, Di Nardo, *La "casa familiare" nella crisi del matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, pág. 341; M. Finocchiaro, *L'attribuzione della casa familiare*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, I, Milano, Giuffrè, 1997, pág. 277; Mantovani, *Separazione personale dei coniugi: I) Normativa sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXXVIII, Roma, Treccani, 1992, pág. 27; Morozzo Della Rocca, *Separazione personale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, pág. 1396.

jurisprudencia de la Corte de Legitimidad. En efecto, recientemente la "Cassazione" había precisado que "en el ámbito del juicio relativo al aseguramiento de la propiedad de un bien inmueble, la instancia de asignación de la casa conyugal, que una de las partes haya propuesto en el procedimiento de separación entre los cónyuges, no resalta a los fines de la efectiva titularidad del derecho de propiedad"⁴².

Es oportuno precisar que, el reconocimiento, al derecho de habitación, de la naturaleza de derecho personal de disfrute comporta relevantes consecuencias no sólo en el plano de la oponibilidad sino, sobre todo, respecto de los perfiles no regulados, llegando a excluir en particular el hecho de que el cónyuge asignatario, pueda, a tutela de su derecho, valerse de las acciones reales clásicas (reivindicación, acción negatoria, ecc.) o pueda ser llamado a responder por daños derivados de la cosa en su custodia. También en lo que se refiere a la tutela posesoria, ésta pertenecerá al cónyuge asignatario en los solos límites en que es reconocida al detentor de la misma (en síntesis: acción de reintegración, art. 1168, co. 2, c.c.; acción de manutención contra las solas molestias de hecho, art. 1585, co. 2º, c.c.).

Sí es cierto que la previsión del co. 6º del art. 6 l. div. había colmado la lagu-

na precedentemente existente en cuanto a la oponibilidad del derecho a terceros, pero es verdad también que esa no había resuelto en realidad todos los problemas.

No está claro, en efecto, si el legislador hubiera tenido intención de asimilar del todo el derecho del asignatario al del locatario, siendo así aplicable el art. 1599 c.c. *en su entera*, con la consecuencia de que se debería haber pensado que la inscripción de la medida no es necesaria en caso de que la asignación sea inferior a nueve años (como se deduce de la lectura combinada de los apartados 1º y 2º de dicho artículo) o si, en cambio, la norma (no distinguiendo entre asignación inferior y superior a nueve años) ha entendido subordinar en cada caso la oponibilidad del derecho del asignatario a la formalidad de la inscripción, detentando así una normativa sólo en parte correspondiente a aquélla, prevista por la locación.

El reenvío al art. 1599 c.c., era en efecto precedido por el inciso "en cuanto inscripto", lo que daba lugar a dos posibles interpretaciones, una tendente a aplicar en su conjunto la normativa prevista para las locaciones, y la otra tendente a conectar la oponibilidad, en vía exclusiva, a la carga de la inscripción. A pesar de las dudas planteadas con autoridad por una

⁴² Así Cass. 27 febrero de 1998, N° 2170, en *Fam. dir.*, 1998, pág. 119. V. también Cass., 19 de septiembre de 2005, N° 18476; Cass., sez. Un., 21 de julio de 2004, N° 13603, cit.; Cass., 7 de marzo de 2003, N° 3434; Cass., 17 de octubre de 1992, N° 11424; Cass., 29 de julio de 1987, N° 6550.

parte de la doctrina⁴³, ha prevalecido en la jurisprudencia la primera solución, afirmada en un primer momento por la Corte Constitucional⁴⁴, la cual ha entendido precisar que “la carga de transcribir la medida de asignación, en el caso de separación, por analogía con la normativa vigente en materia de disolución del matrimonio, en lo que se refiere al art. 1599 c.c., concierne a la sola asignación supe-

rior a nueve años, conservando la oponibilidad de la medida en todas las otras hipótesis”. En sentido análogo, también las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione⁴⁵, concurrentes para disminuir el contraste surgido sobre este punto entre las diferentes secciones de la Corte⁴⁶, han afirmado recientemente que “la medida judicial de asignación de la casa familiar al cónyuge que tiene a los hijos a su cargo, tenien-

⁴³ G. Gabrielli, *Il diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita notarile* (Vita not.), 1997, pág. 1285 ss.; Padovini, *Sull'inopponibilità ai terzi di assegnazioni non trascritte della casa familiare*, in *Fam. dir.*, 1999, pág. 554. La solución que retiene, en cada caso necesario, el cumplimiento de la carga de la transcripción para la oponibilidad a terceros del derecho del asignatario, ha sido fundada, en primer lugar, sobre la cuestión de que la equiparación total del derecho del asignatario al del locatario no estaría justificada, tratándose, en el primer caso, de un derecho personal de disfrute *sin contraprestación*, cuya oponibilidad acarrea, por tanto, al tercero adquirente, un perjuicio más elevado respecto a aquél que deriva del simple subingreso en una relación de locación (así G. Gabrielli, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, en *Contratto e impresa* (Contr. impr.), 1989, pág. 816. El argumento ha sido recogido también por R. Triola, *La trascrizione*, in *Tratato di diritto privato* a cura di Bessone, IX, Torino, Giappichelli, 2004, 2a ed., pág. 92).

⁴⁴ C. cost. ord. 23 de enero de 1990, N° 20, en *Giust. cost.*, 1990, pág. 54, con nota de De Rita. El acontecimiento tuvo origen en un juicio de oposición a una ejecución relativa a la liberación de un inmueble que constituye vivienda familiar. El cónyuge separado, al que ha sido asignado el inmueble en cuanto ostenta la custodia de la prole, entendía diferenciar la propia posición del asignatario frente al tercero adquirente por el cónyuge propietario que reclamaba la liberación del inmueble mismo. La ordenanza de remisión del Pretor de Florencia es de 26 de abril de 1989 y, precedente, por lo tanto, de sólo pocos meses antes, la sentencia de la Corte Constitucional de 27 de julio de 1989, N° 454.

⁴⁵ Cass. Sez. un., 26 de julio de 2002, N° 11096, en *Fam. dir.*, 2002, pág. 461 con nota de Carbone; en *Giur. it.*, 2003, pág. 1133, con nota de CARRINO; en *Rivista del notariato* (Riv. not.), 2003, II, pág. 706, con nota di Pischetto; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, pág. 470 ss., con nota de Busani; en *Notariato* (Not.), 2003, pág. 15 ss.; en *Corriere giuridico* (Corr. giur.), 2003, pág. 361 ss., con nota de Lena. Más recientemente y en el mismo sentido de las *Sezioni Unite*, v., también Cass., 2 de abril de 2003, N° 5067, en *Fam. dir.*, 2004, pág. 17, con nota de Winkler.

⁴⁶ La Casación, en efecto, después de un primer periodo en el que había compartido las consideraciones de la Corte Constitucional, poniendo, en particular, precisamente la ordenanza de 1990 recordada, por último, como fundamento de la solución que retiene aplicable también en materia de divorcio y de separación personal el art. 1599 c.c. en su entereza (Cass., 18 de agosto de 1997, N° 7680, en *Fam. dir.*, 1998, pág. 85; Cass., 10 de diciembre de 1996, N° 10977, en *Giur. it.*, 1997, I, 1, pág. 1510, con nota de Quaranta y en *Foro it.*, 1997, I, c. 3331, con nota de Di Piombo; en *Fam. e dir.*, 1997, pág. 172; en *Vita not.*, 1997, pág. 280; en *Nuova giur. comm.*, 1998, c. 597, con nota de M. Di Nardo), se orientó en 1999, sobre la solución opuesta, con un pronunciamiento que, expresamente negando cada valor interpretativo a la ordenanza en cuestión, sostuvo la necesidad de la transcripción en cada caso, atribuyendo al principio *emptio non tollit locatum*, carácter excepcional y, reconociéndolo por esto, como no susceptible de aplicación en vía análoga al caso diverso de la asignación de la casa familiar (Cass., 6 de mayo de 1999, N° 4529, en *Fam. e dir.*, 1999, pág. 554, con nota de PADOVINI, y en *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pág. 1003, con nota de E. Quadri). El pronunciamiento de 1999 había encontrado, sin embargo, la crítica de la doctrina prevalente (v., por ej., E. Quadri, *Trascrizione e opponibilità dell'assegnazione della casa familiare*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, pág. 106; Minunno, *Nuove norme sulla normativa dei casi di scioglimento del matrimonio*, a cura di Lipari, en *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, pág. 992; Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1996, pág. 546).

do por definición fecha fija, es oponible, aunque no inscripta, al tercero adquirente en fecha sucesiva por nueve años de la fecha de asignación⁴⁷.

Sin embargo, es evidente que los jueces tienden a no establecer la duración de la asignación, anclándola, en cambio, a la permanencia de las exigencias de los hijos y por tanto al alcance, por parte de éstos, de la autosuficiencia económica, allí donde en muchos casos sería en cambio auspiciable, precisamente por los fines que la asignación puede y debe perseguir, que las asignaciones fuesen hechas por tiempo determinado⁴⁸.

6. El problema de la aplicabilidad del art. 155, co. 4° a la separación consensuada

El art. 155, co. 4° se refería a la separación judicial.

El ordenamiento italiano conoce también, sin embargo, una segunda forma de separación, basada en el acuerdo de los cónyuges, acuerdo que produce sus efectos sólo a continuación de la homologación por parte del juez, homologación que el juez concede teniendo consideración de la compatibilidad del acuerdo con los intereses de la prole.

Es posible, por tanto, que los cónyuges pacten la asignación de la casa conyugal en sede de separación consensuada.

En tal caso, surge el problema de la idoneidad del acta de separación (es decir, el acta de audiencia en la que, delante del tribunal, viene reproduciendo el acuerdo de los cónyuges) de ser título para la inscripción, a fines de la oponibilidad de la asignación a terceros, problema que, obviamente, no surge en caso de divorcio o de separación ju-

⁴⁷ En favor de esta interpretación, la Corte ha adoptado dos argumentos principales. El primero, relativo a las labores preparatorias de la ley N° 74 de 1987, de la lectura de los cuales emerge que el inciso "en cuanto transcripción" se introdujo no para subordinar en cada caso la oponibilidad de la medida a su transcripción, sino, al único fin de eliminar cada duda en orden a la oponibilidad de transcribir la medida de asignación, duda que el simple reenvío al art. 1599 c.c. podía, en cambio, crear dado que la normativa de la transcripción vigente en Italia se ha inspirado en el principio de taxatividad de los actos sujetos a transcripción (entre los que no está de por sí prevista tal medida). El segundo argumento se refiere, en cambio, a la *ratio* del instituto de la asignación, o sea la tutela del interés de los hijos, la cual sería vanificada si se hiciese depender la oponibilidad del derecho a terceros adquirentes por la tempestividad del cónyuge asignatario al efectuar la transcripción de la medida judicial de asignación a favor propio.

⁴⁸ Aparece oportuna una precisión ulterior. La solución que ha prevalecido en referencia con la oponibilidad de la asignación dentro de los nueve años, también si no inscripta podría aparecer inocua respecto del tercero de buena fe, el cual, a diferencia de cuanto sucede en el caso de la locación, no ve aquí compensada la oponibilidad inferior a nueve años con el derecho a percibir el canon. Una tutela de tercero se podría, sin embargo, plantear sobre el plano de la anulabilidad del contrato, pudiendo el tercero hacer valer el error sobre una de las cualidades del objeto de la prestación determinante del consenso. Se podría después plantear una responsabilidad pre-contractual del vendedor que haya callado la existencia de la medida de asignación.

dicial, donde la sentencia u ordenanza de la separación por el juez, son sin otra, títulos idóneos para la inscripción. El problema ha sido resuelto positivamente por la jurisprudencia sobre la base del argumento de que el acta de separación constituye un instrumento público y, en cuanto tal, constituye título para la inscripción⁴⁹.

Otro problema, resuelto de diferentes formas por la doctrina pero aún no junto a la atención de los jueces de legitimidad, es si el acuerdo de los cónyuges puede prever, hipotéticamente, la asignación de la casa familiar también en el caso en que hay hijos menores, en tal modo atribuyendo la casa al cónyuge que no tiene a su cargo a los hijos (y no titular del derecho sobre el inmueble) como modalidad de cumplimiento de la obligación de mantenimiento.

7. El problema de la aplicabilidad de la normativa a la familia de hecho

Se debe señalar después, el hecho que, según la interpretación que se había planteado por la Corte Constitucio-

nal (Corte cost. 13 de mayo de 1998, N° 166)⁵⁰, el art. 155, co. 4°, antes de la reforma de 2006, encontraba aplicación no sólo en caso de separación de la pareja casada sino también en aquellos casos de crisis de la pareja de hecho, conviviente y de la que han nacido hijos. En efecto, se mantenía que la asignación de la casa familiar al progenitor que tiene bajo su cuidado a los hijos, deba valer también en esta hipótesis, en tanto que tiene la *ratio* en la tutela del prominente interés del hijo, interés que debe recibir igual protección, sea en el matrimonio sea fuera del mismo⁵¹.

Sucesivamente, la Corte Constitucional ha sido llamada a pronunciarse también en orden a la cuestión de si, en ausencia de una normativa expresa de la asignación de la casa familiar para el caso de cesación de la convivencia de hecho, pero siendo esta posibilidad (como se acaba de decir) admitida, de todos modos, en vía interpretativa, la asignación de la casa familiar en este caso podría, además, ser oponible a terceros

⁴⁹ Cass., 27 de mayo de 1995, N° 5902, en Foro it., 1996, I, pág. 184; el presupuesto por el que se mueve la jurisprudencia es que el Presidente del Tribunal sería un oficial público que recibe las declaraciones de las partes.

⁵⁰ La sentencia ha sido publicada en *Nuova giur. civ. comm.* 1999, I, pág. 123.

⁵¹ En particular, la Corte ha declarado infundada la cuestión de inconstitucionalidad de las normas que regulan la filiación natural (de las que el juez *a quo* lamentaba la ilegitimidad por violación del principio constitucional de igualdad y razonabilidad), en cuanto ha mantenido que la asignación de la casa familiar, también a favor del progenitor natural que tiene la custodia de los menores (aunque no expresamente prevista en este artículo) sea ya admisible, en el ordenamiento italiano, a la luz de una interpretación sistemática de los art. 261, 147 y 148 c.c., más allá del principio de responsabilidad paternal, deducible del art. 30 Const., según el cual las exigencias de mantenimiento de un hijo deben ser eficazmente satisfechas prescindiendo de lo que sea su status.

mediante inscripción en los registros inmobiliarios⁵².

La respuesta de la Corte, llegó en el año 2005, había sido, también, esta vez positiva⁵³.

La Corte había afirmado, en efecto, que la transcribibilidad de la medida de asignación de la vivienda familiar a favor del padre de prole nacida fuera del matrimonio, se puede deducir también por la interpretación sistemática de las normas que regulan la relación paterno-filial, a la luz del principio de la responsabilidad paternal, delineado por la propia Corte en la sentencia N° 166 de 1998 (otra que por la lectura del art. 155, co. 4, c.c., reformulado a la luz de la pronunciación con la que la Corte, con la citada sentencia N° 454 de 1989⁵⁴, había declarado la inconstitucionalidad en la parte en que no preveía la inscripción de la medida judicial de asignación de la habitación en la casa familiar al cónyuge que tenía la custodia de la prole, a los

finés de la oponibilidad a terceros).

Y en efecto, se afirmaba en la sentencia, "si la ratio sobre la cual se funda el instituto de la asignación de la casa familiar y la inscripción de la relativa medida, debe ser fundada en el preeminente interés moral y material de los hijos, la conservación del destino impreso a la habitación doméstica; ella les debe ser garantizada prescindiendo de la circunstancia del nacimiento: los hijos matrimoniales, de padres que han obtenido la separación, la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio y los hijos extramatrimoniales deben poder hacer asignación con idéntico tratamiento y verse garantizados los mismos instrumentos de tutela, también frente a terceros interesados en contra".

8. Asignación y título de disponibilidad de la vivienda. El caso del comodato

La admisibilidad de la asignación y la amplitud de los derechos que pertene-

⁵² Precisamente, la cuestión que el juez *a quo* (el Tribunal de Génova) había sometido a la atención de la Corte (con ord. 15 octubre 2003) se refería a la legitimidad constitucional de los art. 26.1, 147 y 148, 2643, N° 8, 2652 y 2657 c.c., con referencia a los art. 3 y 30 de la Constitución, en la parte que, para el caso de asignación de la casa familiar a consecuencia de una convivencia de hecho, parecerían no prever la posibilidad de transcripción del título dirigido a reconocer el derecho de habitación del progenitor que tiene la custodia de la prole natural; posibilidad que, en ausencia de previsión específica, parecería deber ser excluida, porque "las normas sobre la transcripción, respondiendo al interés público a la seguridad del tráfico jurídico, se consideran de estrecha interpretación en la parte en que indican los actos sujetos a transcripción". Conseguiría por esto una irrazonable disparidad de tratamiento entre el régimen referente a la asignación de la casa familiar al progenitor que tiene la custodia de la prole natural y aquel mismo de la asignación de la casa familiar al progenitor de prole legítima.

⁵³ La referencia es a Corte cost., 21 octubre 2005, N° 394.

⁵⁴ V. *supra*, nota 1.

cen al asignatario dependen, en fin, también de la diversa tipología de las situaciones sobre las que la medida de asignación va a incidir, es decir, del título en base al cual, los cónyuges tienen la posibilidad de habitación. Tal título, en efecto, tendrá reflejo en los derechos y deberes que se transmiten al cónyuge beneficiario, cuya posición subjetiva quedará sujeta a los mismos límites y cargas que caracterizaban, en su origen, la disponibilidad del bien.

Si el alojamiento era en carácter de locación, vale la regla sancionada en el art. 6 de la *Legge* de 27 de julio de 1978, N° 392 en materia de sucesión en el contrato de locación. Prevé en efecto el apartado 2° que: "en caso de separación judicial, de disolución del matrimonio o cesación de los efectos civiles del mismo, en el contrato de locación sucede al locatario el otro cónyuge, si el derecho de habitar en la casa familiar ha sido atribuido por el juez a éste último". El cónyuge asignatario deviene, por tanto, por precisa disposición de la ley, titular de los derechos y de las obligaciones en las que se sustancia la posición de locatario, comprendida la obligación de pagar el alquiler.

En el caso que el inmueble sea propiedad exclusiva del otro cónyuge (que es el caso estadísticamente más frecuente), la asignación no presenta particu-

lares problemas, pero hay que tener presente que, desde el punto de vista económico, esto separa el asignatario en un rubro que deberá tenerse en cuenta al momento de determinar la cuota alimentaria. Si el inmueble está en copropiedad entre los cónyuges, cada cónyuge podrá pedir en cualquier momento la división, pero el éxito de ésta (que podría por ejemplo ver la atribución del inmueble, salvo compensación de cuentas, al cónyuge no asignatario) no extingue los efectos de la medida de asignación.

Pero la hipótesis más delicada es, probablemente aquella en la que los cónyuges utilizan la vivienda de la que no son propietarios y que un tercero les haya concedido el disfrute a título de comodato, es decir, a título gratuito, hipótesis menos frecuente pero no tan rara, siendo bastante difusa en la familia la práctica de que los progenitores de uno de los esposos, concedan en comodato al hijo o hija, en vistas del matrimonio, una vivienda de su propiedad, para evitar los gastos de una locación.

Según la regla general que habíamos enunciado anteriormente y que es compartida por la jurisprudencia prevalente⁵⁵, la asignación de la casa familiar al cónyuge del comodatario, no puede incidir sobre el contenido del derecho, que se conforma en base al título por el que el cónyuge excluido tenía la disponibilidad del bien. Por tan-

⁵⁵ V. Cass., 4 de abril de 1998, N° 2407; Cass., 20 de octubre de 1997, N° 10258, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, pág. 591 con nota de Di Nardo.

to, en el caso del comodato, el cónyuge asignatario deberá respetar los términos y las condiciones del contrato de comodato y esto independientemente, como es obvio, por el hecho de que la asignación haya sido inscripta⁵⁶. La inscripción, efectivamente, solo tiene efecto declarativo y no puede cambiar el contenido del derecho.

Consiguientemente, si por el comodato se había pactado un término, el cónyuge asignatario, subentrando en el contrato a fuerza de la medida de asignación, deberá restituir la cosa al vencimiento del término originariamente convenido (art. 1809 c.c.). Si en cambio, por el comodato no se había previsto ningún término, deberá entenderse aplicable la normativa prevista por el Código Civil para el comodato sin previsión de duración y que estipula, en particular, la posibilidad para el comodante de pedir la restitución del inmueble en cualquier momento (art. 1810 c.c.). Esta era la orientación seguida por la jurisprudencia de legitimidad hasta hace poco tiempo⁵⁷. Un reciente pronunciamiento de las *Sezioni Unite*⁵⁸ ha reabierto, sin embargo, el

debate, resolviendo de forma diversa la cuestión. Esta sentencia ha argumentado en el sentido que: el art. 1810 c.c. prevé la posibilidad que, aunque en ausencia de determinación de la duración, un término pueda resultar por el uso particular al que la cosa esté destinada, para afirmar que, en el caso del comodato de la casa familiar, el destino del bien a habitar por la familia, implícitamente fijaría al contrato un término referido al mismo uso habitativo, con la consecuencia de que el comodante no podría pedir la restitución del inmueble mientras las exigencias habitacionales permanezcan, aún a favor del sujeto que subentra en la originaria parte del contrato en calidad de cónyuge asignatario de la casa. Razonando así, la única tutela para el comodante estaría representada por la regla, sancionada en el art. 1809 c.c., según el cual éste puede pedir la inmediata restitución del bien, en caso de urgente e improrrogable necesidad sobreviniente.

Se trata, como bien se puede intuir, de una solución que perjudica fuertemente las razones del comodante y que apare-

⁵⁶ Más radical es la solución sugerida por algunos autores, según la cual, siendo el comodato caracterizado por el *intuitus personae*, en este caso la posibilidad de la asignación debería ser integralmente excluida: v. Gabrielli, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pág. 138 ss.; Cubeddu, *La casa familiare*, cit., pág. 189 s.

⁵⁷ V., por ej., Cass., de 4 abril de 1998, N° 2407; Cass. 26 de enero de 1995, N° 929; Cass, 22 de marzo de 1994, N° 2750. En el sentido contrario v., sin embargo, Cass., 10 de diciembre de 1996, N° 10977, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1510, con nota de Quaranta.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 21 de julio de 2004, N° 13603, in *Famiglia*, 2004, II, pág. 867, con nota de Scaroni; in *Corriere giur.*, 2004, pág. 1445, con nota di Quadri; e in *Famiglia e diritto*, 2005, pág. 599, con nota de Al Mureden. Sobre esta sentencia v. también R. Russo, *Lo statuto della casa coniugale tra ragioni proprietarie e familiari: il comodato nuziale*, in *Famiglia*, 2005, pág. 231 ss.

ce, por otra parte, no perfectamente en línea con la orientación tradicionalmente seguida en materia de término del comodato. Según el prevalente ordenamiento, del que la sentencia citada se distanciaría, para que un término pueda ser deducido por el destino de uso del inmueble, es necesario que tal uso sea "determinado" (por ejemplo, concesión de un automóvil para un determinado viaje o de un lugar para unas vacaciones) y no allí donde el fin del préstamo sea, sobre todo en su duración, del todo impreciso y/o aleatorio, esto es, no razonablemente previsible cuando lo mismo podría ser satisfecho. Así, por ejemplo, la *Cassazione* ha excluido la subsistencia de un comodato a término en el caso del progenitor que había concedido a su hijo un inmueble para que ejerciera una actividad comercial⁵⁹.

Llegando a nuestro caso, no parece en verdad que el destino para uso de habitación de la familia del comodatario sea, según una valoración socialmente típica, idónea a traducirse en una duración determinada⁶⁰.

9. La nueva normativa de la asignación de la casa familiar (art. 155-*quater* c.c.) introducida por la *Legge* de 8 de febrero de 2006, N° 54: a) el ámbito de aplicación

La normativa de la asignación de la casa familiar en caso de separación o divorcio, descrita en los párrafos anteriores, ha sido ampliamente modificada por una reciente intervención legislativa, que ha reformado radicalmente la materia de la custodia de los hijos y, en este contexto, también el instituto de la asignación de la casa familiar.

En particular, la *Legge* de 8 de febrero de 2006, N° 54⁶¹, en materia de separación de los progenitores y custodia compartida de los hijos, ha sustituido completamente al art. 155 c.c. (cuya precedente versión ha sido por lo tanto derogada) y ha introducido en el Código Civil cinco nuevos artículos (del 155-*bis* al 155-*sexies*)⁶².

⁵⁹ V. Cass. 8 de octubre de 1998, N° 9775: "el término final del comodato en tanto puede, según el art. 1810 c.c., resultar por el uso al que la cosa deba ser destinada, en cuanto tal uso tenga en sí una duración predeterminada en el tiempo, mientras en ausencia de particulares prescripciones de duración, el uso correspondiente a la genérica destinación del inmueble se configura como indeterminado y continuativo, inidóneo a sostener un término final, con la consecuencia de que, en tales hipótesis, la concesión debe entenderse a tiempo igualmente indeterminado y, es decir, a título precario, para la revocabilidad *ad nutum* de parte del comodante del art. 1810 c.c."

⁶⁰ V., también, Russo, *Lo statuto della casa coniugale tra ragioni proprietarie e familiari: il comodato nuziale*, cit., pág. 256 ss.

⁶¹ Publicada en *Gazz. Uff.* 1° de marzo de 2006, N° 50 y entrada en vigor el 16 de marzo de 2006.

⁶² V. Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, en *Studium iuris* (St. iur.), 2006.

En lo que se refiere a la aplicación de los nuevos artículos 155 ss. C.c. se debe, antes que nada precisar que, la nueva ley, aunque formalmente se refiere solamente a la separación personal, tiene por objeto más en general la custodia compartida de los hijos en todos los casos de crisis conyugal, comprendidos, por tanto, también los casos de disolución, de cesación de los efectos civiles o de nulidad del matrimonio (así lo dispone expresamente el art. 4 de la ley). La nueva ley regula, por lo tanto, también las consecuencias del divorcio relativas a los hijos. Incomprendiblemente, el legislador no se ha preocupado de derogar o sustituir expresamente el art. 6 de la ley del divorcio (como ha hecho en cambio el art. 155 c.c.). Sin embargo, aparece claro que tal disposición debe considerarse implícitamente derogada, al menos en la parte en que es incompatible con la nueva normativa⁶³.

Además, la normativa es exactamente la misma también para los procedimientos relativos a los hijos de padres no casados (v. siempre el art. 4 de la *Legge* N° 54 de 2006) y, por lo tanto, a los casos de cesación de la convivencia *more uxorio*. Se trata de una novedad más bien significativa, que tiene por lo demás cuenta (como veremos mejor en breve) de la orientación ya expresada por la Corte Constitucional y por la jurisprudencia de la *Cassazione*.

10. Continuación. b) Las principales novedades de la reforma relativa a la custodia de los hijos: la custodia compartida y sus presupuestos

Antes de verificar como ha sido modificada la normativa de la asignación de la casa familiar, es oportuno describir, sintetizando, cuales son las principales innovaciones introducidas por la nueva ley, en lo que respecta a la custodia de los hijos en caso de separación y divorcio. Estas innovaciones se reflejan efectivamente también en el plano de la normativa de la asignación.

El nuevo art. 155 c.c. introduce una regla que, al menos con la intención del legislador, debería revolucionar completamente la normativa de la custodia de los hijos. La regla de la custodia de los hijos exclusiva de uno solo de los cónyuges, ha sido sustituida por la regla de la custodia así llamada "compartida" ("affidamento condiviso") entre ambos cónyuges, en virtud de la cual, la potestad paternal, también después de la separación o divorcio, será ejercitada por ambos cónyuges, quienes asumen de común acuerdo las decisiones de mayor interés para los hijos relativos a su instrucción, educación y a la salud (v. Art. 155, comma 3°, c.c., nuevo texto). Una forma de custodia de los hijos entre ambos padres (denominada custodia "conjunta", "*affidamento congiunto*")

⁶³ V. Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*.

era también prevista en realidad por la precedente normativa (v. art. 6, comma 2° de la ley del divorcio, considerado analógicamente aplicable también a la separación⁶⁴), pero era en aquel sentido una solución excepcional, a la que el juez podía recurrir sólo cuando la considerase útil en el interés de los menores. La custodia compartida se convierte, en cambio, según el nuevo sistema en la regla⁶⁵ y esto sobre el presupuesto afirmado con claridad por el nuevo art. 155, comma 1° c.c. que, "también en caso de separación personal de los padres, el hijo menor tiene el derecho de mantener una relación equilibrada y continuada con cada uno de ellos, de recibir cuidado, educación e instrucción de ambos y de conservar las relaciones significativas con los ascendientes y con los parientes de cada ramo paternal". Según la nueva normativa, la custodia exclusiva debería ser, en cambio, la excepción a la que recurrir solo cuando la custodia compartida sea contraria a los intereses del me-

nor (en tal caso el juez deberá motivar adecuadamente la medida que no acoge la custodia compartida optando por la exclusiva)⁶⁶.

En el caso de custodia compartida de los hijos entre ambos padres, el juez "determina los tiempos y las modalidades de la estancia con cada padre..."(art. 155, comma 1°, nuevo texto). La norma se explica teniendo presente que, si es verdad que en caso de custodia compartida el hijo es custodiado por el cuidado de los dos padres, es verdad entonces también que esto no puede tener como consecuencia privar al hijo de una morada habitual. Para evitar que el hijo sea obligado a trasladarse continuamente de un padre al otro, es necesario, entonces, que también en este caso el juez indique, entre los progenitores, con cual deberá residir el hijo preponderantemente, estableciendo, por lo tanto también, la modalidad y los tiempos que se conceden al otro progenitor para frecuentar al hijo y de absolver así a sus deberes de

⁶⁴ Corte Appello Roma, 5 de septiembre de 2003, en *Nuovo diritto*, 2004, pág. 421.

⁶⁵ Lo confirma el mismo art. 155, allí donde precisa que el juez debe valorar "prioritariamente" la posibilidad de la custodia compartida.

⁶⁶ La relación regla-excepción que la norma establece entre custodia compartida y custodia exclusiva, está, sin embargo, destinada a perder importancia en las aplicaciones prácticas. Es verdad, en efecto, que los jueces deben valorar "prioritariamente" la opción de la custodia compartida antes que la exclusiva, pero de hecho es probable que en muchos casos ellos continúen prefiriendo la solución de la custodia exclusiva, motivándola sobre la base del interés del menor. Es lícito, por lo tanto, dudar que la intención del legislador se haya traducido en reglas realmente eficaces, punto, éste, que es subrayado también por los primeros comentaristas de la reforma: v. Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*.

asistencia y mantenimiento⁶⁷.

11. Continuación. c) las novedades relativas específicamente a la asignación de la casa familiar:

1) El problema de los presupuestos de la asignación

En lo que respecta a la asignación de casa familiar, la primera importante novedad se refiere al hecho que, por primera vez, ha sido introducida en el ordenamiento italiano una normativa unitaria de la asignación de la casa familiar para todos los casos de crisis de la familia, es decir para la separación y el divorcio en la familia conyugal y para la cesación de la convivencia en la familia "de hecho"⁶⁸.

Son, por lo tanto, superados algunos de los problemas que se presentaban precedentemente. Particularmente, se ha obviado la ausencia de una adecuada coordinación entre el art. 155 c.c., en materia de separación, y el art. 6, comma 4 de la ley del divorcio. Ambas normas son efectivamente venidas a menos, la primera expresamente sustituida por el nuevo art. 155 c.c., la segunda, como ya se ha dicho, tácitamente derogada por la ac-

tual reforma. En segundo lugar, se ha resuelto a nivel legislativo el problema de la asignación de la casa familiar en caso de convivencia *more uxorio*, que hasta hoy había encontrado respuesta sólo en las orientaciones de la jurisprudencia.

La nueva normativa de la asignación de la casa familiar está contenida en el art. 155-*quarter* c.c., en el sentido del cual, "el disfrute de la casa familiar es atribuido teniendo prioritariamente en cuenta, el interés de los hijos".

La formulación de la norma se explica si se tiene presente que, según el nuevo sistema, no hay más, al menos en los casos de custodia compartida, un cónyuge al que sean atribuidos los hijos en vía exclusiva: el criterio al que se sujeta la elección en orden a la asignación no es, por lo tanto, más que aquél, según el cual la casa debe ser asignada al cónyuge que tiene la custodia, sino un criterio que tiene en cuenta el "interés de los hijos".

El interés de los hijos debe, obviamente, ser verificado en concreto, de modo que no parezca posible prever abstractamente cual pueda ser la suerte de la casa familiar. Es plausible, en cam-

⁶⁷ El punto lo evidencia también Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, en *Corriere giuridico*, 2006, pág. 304, quien subraya cómo la situación en práctica, no será después muy diversa de la actual y, en cuanto al progenitor establemente conviviente, será de todos modos elevado al rol de custodiador principal, mientras el compañero, no obstante las afirmaciones de paridad, lo será de hecho en situación subordinada.

⁶⁸ Lo subraya también Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*.

bio, pensar que el interés de los hijos sea, normalmente, el de continuar viviendo en la casa ya precedentemente destinada a la habitación familiar. Por esta consideración debe entenderse que, en los casos de custodia exclusiva, la casa deba ser asignada al progenitor que tiene la custodia, así como era, según la precedente normativa. En el caso de custodia compartida, se tiene presente que, como se ha precisado anteriormente, el hijo es de todos modos destinado a vivir, en medida prevaleciente, sujeto a un progenitor, también si ambos conservan la custodia y es entonces razonable que el juez se oriente para asignar la casa familiar a aquel progenitor con el que el hijo reside preponderantemente, creándose, de hecho, una situación no muy diferente de aquella que se puede presentar en caso de custodia exclusiva. La referencia al criterio del "interés de los hijos" parece por lo demás dejar al juez grandes márgenes de discrecionalidad. Es posible, por lo tanto, que el interés del hijo en concreto, sea tal, que no fuera necesaria la asignación de la casa familiar al cónyuge propietario o tenedor (por ej. porque en concreto resulte excluida una particular sujeción de los hijos a una determinada vivienda y se acierte, por lo tanto, que los mismos pueden vivir sin ningún trauma en otro lugar).

Otro problema, sobre el que la nueva disposición induce a reflexionar, es aquél, sobre el cual, como se ha visto, la doctrina y la jurisprudencia se han preguntado durante largo tiempo, con resultados alternos, de cuales son los

presupuestos en presencia de los cuales la asignación puede, según la nueva normativa, estar dispuesta.

La circunstancia de que el juez deba tener cuenta prioritaria del criterio del interés de los hijos, deja entender que este criterio pueda concurrir con otros a fin de determinar la decisión del juez en orden a la asignación de la casa familiar. Por ejemplo, el juez podría tener cuenta también de la condición económica de los cónyuges. Es cierto también que, en caso de conflicto entre más criterios, deba prevalecer la solución mayormente conforme al interés de los hijos, dado precisamente el carácter de prioridad que la ley ha asignado a este criterio.

Más complejo es establecer si la asignación pueda ser dispuesta también en ausencia de hijos, por ejemplo en consideración de las condiciones económicas de debilidad en que se encuentre uno de los cónyuges respecto de aquél que es titular de la casa familiar. Aisladamente considerada, la formulación de la norma no parecería excluir completamente esta posibilidad: la disposición según la cual, el juez debe prioritariamente tener en cuenta el interés de los hijos no parece en efecto impedir al juez, allí donde no hay hijos, disponer sobre la asignación en consideración de otros criterios. La cuestión no parece, por lo tanto, presentar caracteres muy diversos de aquellos con los que se presentaba en vigencia de la normativa precedente, la cual disponía, como se ha dicho, que "la habitación en la casa familiar

corresponde *con preferencia*, y donde sea posible, al cónyuge que tiene la custodia de los hijos" (así el art. 155 c.c. del viejo texto).

Se debe tener presente, sin embargo, que la normativa, como ya la precedente, aparece destinada a la protección del interés de los hijos, siendo introducida en el contexto de la normativa de las medidas relativas a los hijos en caso de separación. Por lo tanto, parece plausible mantener también, con referencia a la nueva normativa, sea destinado a afirmarse la orientación, que ha prevalecido en la jurisprudencia con referencia a la normativa precedente, según la cual, la casa familiar puede ser asignada al cónyuge no propietario sólo cuando haya hijos y en exclusiva consideración, por lo tanto, del otorgamiento de la tenencia de éstos⁶⁹.

12. Continuación: 2) La publicidad de la medida de asignación y su oponibilidad a terceros

En el nuevo art. 155-*quater* c.c. se ha dispuesto que la medida de asignación de la casa familiar y el derecho a su revocación "son transcribibles y oponibles a terceros a tenor de lo dis-

puesto en el art. 2643".

Se ha recordado ya, como en vigencia del art. 6, co. 6°, de la ley del divorcio (considerado aplicable también en la separación, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia N° 454 de 1989: v. supra ...), el reenvío al art. 1599 contenido en esta norma, haya sido entendido por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación en el sentido de que en la medida de asignación de la casa familiar debería encontrar aplicación integral la normativa prevista en materia de oponibilidad del contrato de locación, con la consecuencia de que la medida de asignación, también en ausencia de inscripción, habría debido ser entendida oponible a terceros en los límites de nueve años, desde el inicio de la asignación misma.

La regla que ha sido introducida con el nuevo art. 155-*quater* parece, en cambio, ir en la dirección opuesta. El reenvío al art. 2643 c.c. que es la disposición del Código Civil que reúne los actos sujetos a transacción y la ausencia de cada reclamo al art. 1599 c.c. parecen, en efecto, precluir de raíz la posibilidad de reconocer la oponibilidad de la medida no inscrita dentro de los límites de los nueve años⁷⁰.

⁶⁹ Es esta la tesis por la que se han orientado los primeros comentaristas de la nueva normativa: v. Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, el cual observa cómo esta interpretación es confirmada por el art. 155-*quarter*, en el que se habla expresamente de los *padres* (y no de cónyuges), allí donde se establece que "de la asignación el juez tiene cuenta en la regulación de las relaciones económicas entre los padres, considerado el eventual título de propiedad".

⁷⁰ Sobre esto v., con extrema claridad, Zaccaria, *La nuova normativa in materia di pubblicità del provvedimento di assegnazione della casa familiare*, en *St. iur.*, 2006, pág. 258.

El legislador de la reforma, abandonando el reenvío al art. 1599 c.c., se ha alejado sensiblemente de la orientación, expresado anteriormente por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación. Una elección, ésta, muy incisiva y de la que no emergen, sin embargo, razones dado que falta, en los trabajos preparatorios, cualquier aclaración al respecto. La opción por una regla tan significativamente diversa de la precedentemente vigente, habría solicitado una adecuada motivación.

Por lo demás, se podría considerar que el legislador, aún inconscientemente, haya querido acoger el argumento sobre la base del cual, una parte competente de la doctrina con referencia a la doctrina previgente (v. supra...) sostenía la tesis según la cual, por oponibilidad a terceros del derecho del asignatario habría sido en cada caso necesario el cumplimiento de la carga de la inscripción: la idea de la equiparación total del derecho del asignatario al del locatario no estaría justificada, tratándose, en el primer caso, de un derecho personal de disfrute sin retribución, cuya oponibilidad

acarrea, por lo tanto, al tercero adquirente, un perjuicio bastante más elevado del que deriva del simple subingreso en una relación de locación.

A este argumento se puede, sin embargo, replicar con la siguiente objeción, compartida también por las *Sezioni Unite* de la Casación en el año 2002, según la cual, una solución semejante sacrifica excesivamente el interés de los hijos, en cuanto hace depender la oponibilidad del derecho de habitación a terceros adquirentes por la tempestividad del cónyuge asignatario procediendo a la publicidad de la medida judicial de asignación (v. supra, ...): un argumento éste, que parece conservar plenamente, aún hoy, su valor también en referencia con la nueva normativa.

Las perplejidades que la nueva normativa⁷¹ suscita se acrecientan, entonces, si se tiene presente que el argumento ya expuesto había sido compartido, como ya habíamos señalado, no sólo por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación, sino también por la propia Corte Constitucional⁷². Al punto que no parece fuera de lugar suponer, co-

⁷¹ La perplejidad se refiere a la formulación, por un lado y a la elección de referirse al art. 2643 c.c., por otro. Se debe recordar, en efecto, que el art. 2643 c.c. contiene tan solo un elenco de actos a transcribir, mientras las consecuencias que se derivan de la transcripción del acto sobre el plano de la oponibilidad del mismo a los terceros, son reguladas, no ya por el art. 2643 sino por el art. 2644 c.c. No tiene sentido, por lo tanto, una regla como aquella ya vigente, que declara la medida de asignación "oponible en el sentido del art. 2643 c.c.", visto que, no esta norma, sino la contenida en el art. 2644 c.c., regula el perfil de la oponibilidad. Si se quisiera ampliar el elenco de los actos transcribibles, sería más lógico haber intervenido sobre el mismo art. 2643 c.c., añadiendo en el elenco también la medida de asignación de la casa familiar. O bien, como alternativa, se podía en el art. 155-*quater*, establecer la transcribibilidad de la medida de asignación de la casa familiar "a los efectos del art. 2644 c.c.". Sobre todo esto v. Zaccaria, *La nuova normativa in materia di pubblicità*, cit., pág. 258.

⁷² V. ordenanza de 23 de enero de 1990, N° 20, en *Giur. cost.*, 1990, 1. pág. 54, e *ivi*, 1990, 2, pág. 1917 ss., con nota de L. De Rita.

mo han sugerido también entre alguno de los primeros comentarios de la nueva normativa que, en caso de que la nueva regla sobre publicidad viniera en el futuro sometida al examen de la Corte Constitucional, ésta última pueda sentirse en el deber de declararla inconstitucional, precisamente en consideración del excesivo sacrificio que esa impone a los intereses morales y materiales de la prole, respecto de los intereses meramente propietarios de los que son portadores los terceros adquirentes⁷³.

Se ha advertido que, considerado el vasto ámbito de aplicación de la nueva normativa, la regla de la transcribibilidad es hoy expresamente extendida también a las medidas de asignación de la casa familiar, surgidas como consecuencia de la cesación de una convivencia de hecho. El legislador a procedido a acoger la orientación afirmada por la Corte Constitucional sólo algunos meses antes, en la sentencia 21 de octubre de 2005, N° 394 (v. supra...).

13. Continuación.

3) Las consecuencias de la nueva normativa en el plano de naturaleza jurídica del derecho al disfrute de la casa familiar

Nos podemos preguntar si del aban-

dono de la referencia del art. 1599 c.c. (y por lo tanto a la normativa del contrato de locación), se pueda sacar cualquier indicación a fin de resolver también el problema, muy debatido en el pasado, de la naturaleza jurídica del derecho de habitación en la casa familiar. La introducción en el art. 6, comma 6° del reenvío al art. 1599 c.c., ha sido por muchos autores interpretado como un índice de la voluntad legislativa de negar al derecho del asignatario la naturaleza de derecho real (v. supra...), reenviando a la normativa del derecho (de naturaleza obligatoria) del locatario. El abandono de esta referencia y la previsión de una oponibilidad en cada caso subordinada a la inscripción en los registros inmobiliarios podría, por lo tanto, inducir a mantener que se quiera hacer hueco a la tesis que reconoce al derecho del asignatario, la naturaleza del derecho real⁷⁴.

Se puede dudar, por otro lado, de la certeza de esta conclusión. Es preciso recordar, en efecto, que el art. 2643 c.c. estipula como sujetos a inscripción, también los actos que no producen efectos reales, que no transfieren ni constituyen, por lo tanto, derechos reales sino derechos de crédito, de modo que la referencia a esta norma no puede representar un argumento

⁷³ En estos términos v. en particular las reflexiones de Zaccaria, *La nuova normativa in materia di pubblicità*, cit., pág. 259.

⁷⁴ En este sentido se han expresado algunos de los primeros comentaristas de la nueva normativa: v. en particular C. M. Bianca, *Diritto civile*, 2, cit., pág. 224, pero con referencia al proyecto de ley.

decisivo, al fin de reconocer la realidad del derecho del cónyuge, asignatario de la vivienda familiar.

En el plano terminológico, aparece después significativo el hecho de que el legislador haya cuidadosamente evitado, en el nuevo art. 155-*quater* c.c., hablar del "derecho de habitación", expresión ésta, que habría evocado más fácilmente la categoría conceptual del derecho real de habitación regulado por el art. 1022 c.c. y ha preferido, en cambio, hablar -de modo muy genérico y conceptualmente neutro- del "derecho de disfrute de la casa familiar".

14. Continuación. 4) Los casos de extinción del derecho al disfrute de la casa familiar

Siempre en el sentido del art. 155-*quater* c.c., "el derecho al disfrute de la casa familiar cesa en el caso de que el asignatario no habite o cese de habitar establemente en la casa familiar o conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio".

La norma no levanta problemas particulares en relación con los dos primeros casos. Más problemático es, en cambio, comprender la razón de la extinción del derecho de habita-

ción en caso de convivencia *more uxorio* o en caso de nuevo matrimonio.

Probablemente, desde la óptica del legislador, la norma se explica sobre el presupuesto de que la asignación es dispuesta por el juez teniendo en cuenta el interés de los hijos, pero también, al mismo tiempo, de otros derechos (por ejemplo, la condición económica de los padres). En esta perspectiva, el comienzo de una convivencia o de un nuevo matrimonio, modificando al menos, potencialmente, la condición económica del padre y también las condiciones de la convivencia, impone una reconsideración de la decisión en orden a la casa familiar⁷⁵. Pero si es así, se debe entonces reconocer que, antes que la pérdida automática del derecho de disfrute, el legislador habría debido proveer la posibilidad de una revisión judicial de la medida de asignación por el silencio de los presupuestos relativos dejando, por lo tanto, al juez la valoración del caso concreto y la individuación de la solución más adecuada para la prole. Nada excluye efectivamente, que no encontrándose ningún prejuicio para la prole, la solución preferible sea la de considerar el disfrute de la casa familiar a favor del padre a quien se le había asignado precedentemente, sin crear ulteriores traumas a los hijos. La norma aparece, por

⁷⁵ Es cierto que la norma no se puede explicar sobre la base del presupuesto de que el comienzo por parte del padre de una convivencia con otros sea, de por sí, perjudicial para el interés de los hijos. Una afirmación de este tipo no corresponde, en efecto, a la realidad y no justifica en cada caso una consecuencia tan radical. Se trata, además, de una consecuencia potencialmente dañosa para los propios hijos, visto que la única solución sería, en este caso, asignar la casa al otro padre, pero éste podría no ser persona idónea para convivir establemente con los hijos.

lo tanto, criticable por su excesiva rigidez. Sobre la base de estos últimos aspectos, la doctrina parece, sin embargo, orientada a admitir una interpretación correctiva de la norma⁷⁶.

15. Conclusiones

Tal y como surge de las consideraciones anteriores, la introducción del nuevo art. 155-*quater* c.c., aún habiendo simplificado ampliamente la normativa del instituto de la asignación de la casa familiar en Italia, no ha resuelto, sin embargo, todos los problemas que planteaba la doctrina precedente. Al contrario, la nueva disposición también ha evidenciado nuevos problemas, que doctrina y jurisprudencia están llamadas a afrontar en los próximos años.

Esta constatación, de por sí más bien desalentadora, induce a ver con una cierta desconfianza el intento de reglamentar esta materia en vía de autoridad. Parece insuficiente, en particular, una normativa como la actual que deja en gran medida a discrecionalidad del juez, la decisión en cuanto a la suerte de la casa familiar en caso de crisis conyugal.

Quizás sería preferible someter lo más posi-

ble la reglamentación de estos problemas a las mismas partes, en el momento de la separación o divorcio o también en vía anticipada.

Mientras la primera posibilidad no crea problemas específicos, mayores dificultades encuentra, en cambio, la segunda. A ésta se contraponen, en particular, la postura de cierre de la jurisprudencia italiana sobre la validez de los acuerdos preventivos en vista de separación y divorcio⁷⁷, sobre el presupuesto de la indisponibilidad de los derechos nacidos de la separación y del divorcio. En esta prospectiva, se ha afirmado la nulidad del acuerdo con el cual, los cónyuges, por la eventualidad de una futura pronunciación de disolución o de cesación de los efectos civiles del matrimonio, prevén a favor de uno el derecho personal de disfrutar de la casa del otro⁷⁸.

En definitiva, también sobre esta vertiente, aparece todavía lejana, no obstante las recientes reformas legislativas, la vía que el ordenamiento italiano deberá recorrer para realizar una reglamentación finalmente adecuada y coherente de la suerte de la casa familiar, en caso de apertura de una crisis conyugal.

⁷⁶ V., en particular, Villani, *La nuova normativa sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*, para quien la convivencia *more uxorio* o la celebración de un nuevo matrimonio serían pues, solamente eventos que imponen reconsiderar la oportunidad de la asignación, sin conllevar automáticamente la pérdida del derecho de habitación.

⁷⁷ Cfr. entre las más recientes, Cass. 20 de marzo de 1998, N° 2955, en *Contratti*, 1998, pág. 472.

⁷⁸ Cass., 29 de septiembre de 1991, N° 9840, en *Giur. it.*, I, 1, pág. 1078.