

La familia es el castillo del que partimos y nuestro último reducto. Cuando se quiebra,
caemos en la despersonalización más absoluta.

José L. Alonso de Santos
(1942) Escritor español

RESUMEN

Uno de los problemas a resolver en los casos de crisis matrimonial y crisis en las parejas estables es el uso de la vivienda familiar, tanto cuando se haya llegado a un acuerdo entre las partes como si no. Si las partes no alcanzan el acuerdo la autoridad judicial es quien decide conforme al art. 233-20 CCCat en caso de crisis matrimonial y conforme al art. 234-8 CCCat en el supuesto de parejas estables. En este trabajo se analiza desde una perspectiva jurídica qué ocurre con la vivienda familiar en los supuestos anteriores de cese de convivencia teniendo en cuenta las diversas posibilidades, como son la existencia o no de hijos, la titularidad del inmueble o de los derechos que sobre el mismo recaigan.

Palabras clave: *familia, vivienda familiar, derecho de uso, atribución, matrimonio, parejas estables.*

ABSTRACT

One of the main problems to be resolved in cases of marriage couples or common law couples on crisis is the use of the family house, regardless of whether the parties have reaches an agreement. In case of not arriving to an agreement, it is the judge who must determine the effects, in conformity with the art. 233-20 CCCat in case of marital crisis and in conformity with the art. 234-8 CCCat in case of common law couples. This paper analyze, from a legal perspective, what happens with the family in the previous cases of ending the cohabitation, such as the existence of children, ownership of the property or rights levied on the property.

Key word: *family, family home, right of use, attribution, marriage, couple.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I. LA VIVIENDA FAMILIAR. ASPECTOS GENERALES	11
1. Concepto de vivienda familiar.....	11
2. La protección jurídica de la vivienda familiar	14
CAPÍTULO II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	17
1. Posiciones doctrinales en torno al derecho de uso de la vivienda familiar	17
2. Publicidad registral del derecho de uso de la vivienda familiar.....	20
3. Obligaciones vinculadas a la propiedad o al uso de la vivienda familiar	23
4. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar	25
CAPÍTULO III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL Y EN LA EXTINCIÓN DE LA PAREJA ESTABLE	29
1. Supuestos implicados	29
1.1. Matrimoniales: nulidad, separación judicial, de hecho y divorcio	29
1.2. Extinción de la convivencia estable en pareja.....	31
2. Atribución del uso de la vivienda familiar.....	32
2.1. Antecedentes y Régimen jurídico	32
2.2. Atribución del uso en distintas fases del proceso.....	33
2.2.1. La atribución del uso en sede de medidas provisionales.	33
2.2.2. La atribución del uso en sede de medidas definitivas.....	37
2.3. Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar	38
2.3.1. La atribución del uso de mutuo acuerdo.....	38
a) La atribución del uso como pago de los alimentos y de la prestación compensatoria.....	39
b) La atribución del uso por períodos determinados.....	41
2.3.2. La atribución del uso de la vivienda familiar por decisión judicial	42
a) Atribución del uso al cónyuge al que corresponde la guarda de los hijos comunes.....	42
b) Atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección	44
2.3.3. Duración del derecho de uso de la vivienda familiar	48
2.3.4. Sustitución de la vivienda familiar por otras residencias	49
3. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda familiar	51
3.1. Exclusión	51
3.2. Límites	52

3.2.1. Límites derivados del propio título.....	52
3.2.2. Límites pactados por las partes	57
CONCLUSIONES.....	59
JURISPRUDENCIA	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución española
CF	Código de Familia
DGDJ	Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques
DGRN	Dirección General de Registros y Notariados
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
IBI	Impuesto sobre bienes inmuebles
LAU	Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Lecrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946, Ley Hipotecaria
LIRPF	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
LRHL	RDL 2/2004, de 5 de marzo, Ley Reguladora de las Haciendas Locales
LUEP	Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja
RH	Decreto de 14 de febrero de 1947, Reglamento Hipotecario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

La vivienda familiar es el espacio habitable donde los integrantes de la familia desarrollan las relaciones familiares cotidianas y satisfacen parte de sus necesidades básicas. Pero cuando acaece una crisis en la pareja, matrimonial o estable, y sus miembros dejan de convivir en la misma vivienda, el uso de ésta es uno de los puntos que mayores conflictos acarrea.

El propósito de este trabajo es abordar la problemática que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial y la crisis en las parejas estables a través de las disposiciones al respecto contenidas en el Libro Segundo del CCCat y a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales vertidas sobre las mismas.

El trabajo aborda diferentes aspectos, como son el concepto de vivienda familiar, que en una primera aproximación puede parecer fácil de definir pero que, sin embargo, es un concepto no exento de discusión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, o la naturaleza jurídica del derecho de uso, respecto de la cual también se han vertido opiniones divergentes.

Para solucionar la aparición de conflictos el CCCat establece con gran detalle los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta, primero, el acuerdo de los cónyuges y, en su defecto, la necesidad de cada una de las partes siempre tomando en consideración la existencia o no de hijos y su edad, así como a quien se le atribuye la guarda y su régimen.

El trabajo se estructura en tres capítulos. El primer capítulo se dedica al concepto de vivienda familiar, a la distinción entre el concepto de vivienda familiar, domicilio familiar y domicilio conyugal y a la protección jurídica de la vivienda familiar. El segundo capítulo analiza la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las diferentes posiciones doctrinales, la posibilidad de inscripción del derecho de uso, las obligaciones que conlleva dicho derecho y las causas de extinción del mismo. En el tercer capítulo se abordan los supuestos de crisis matrimonial y extinción de las parejas estables, así como los criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar y la exclusión y límites de los mismos.

Para la realización del trabajo, ha resultado necesario, como metodología, el estudio en profundidad de la normativa aplicable, contenida en el CCCat, y de su interpretación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Para ello se han utilizado todos los materiales al alcance, como son manuales de referencia, artículos doctrinales y revistas jurídicas. La mayoría de la bibliografía consultada aborda la regulación del uso de la vivienda familiar desde la perspectiva del CC por lo cual resultó laborioso encontrar elementos de conexión que permitieran la asimilación o distinción de contenidos. Para el desarrollo jurisprudencial se han utilizado tanto sentencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la jurisprudencia menor, es decir, la de las Audiencias Provinciales. También se han consultado y utilizado las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariados que se han considerado convenientes.

El tema del uso de la vivienda familiar ha captado todo mi interés no solo por la trascendencia que plantea y, por tanto, su incidencia social, sino también debido a que el Derecho de Familia es uno de los ámbitos en los cuales me gustaría poder desarrollar mi carrera profesional. Durante el grado, el ámbito de estudio que más me llamó la atención fue el Derecho Civil pero, sobre todo, la asignatura de Derecho de Familia. A mi juicio, el tema elegido es de gran actualidad debido a la situación económica por la que está atravesando nuestro país, que dificulta el acceso a la vivienda. Por norma general la mayoría de las parejas cuentan con una vivienda y cuando la relación llega a su fin, la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los puntos más importantes a determinar ya que, debido a su alto valor económico, es normal que los integrantes del matrimonio o de la pareja estén interesados en quedarse con el uso del bien inmueble.

CAPÍTULO I. LA VIVIENDA FAMILIAR. ASPECTOS GENERALES

1. Concepto de vivienda familiar

Desde el punto de vista del derecho positivo, el concepto de vivienda familiar no resulta fácil de formular. Ningún texto legislativo contiene una definición de lo que deba entenderse por vivienda familiar.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha entendido que la vivienda familiar es *“un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”*¹. El mismo Tribunal ha considerado que la vivienda familiar *“debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”*². De una forma más objetiva, la AP de Barcelona ha definido la vivienda familiar como *“aquella finca en la que el matrimonio y los hijos, durante la convivencia, hayan establecido por voluntad propia como residencia personal y sede de las actividades sociales y económicas”*³.

Desde un punto de vista doctrinal, ORTEGA define la vivienda familiar como *“aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación”*⁴. Para ELORRIAGA DE BONIS *“debe entenderse por vivienda familiar aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito de las relaciones matrimoniales y de filiación”*⁵. Según ZANON MASDEU, *“por vivienda familiar hay que entender la vivienda conyugal que existe y se mantiene, aunque ambos cónyuges no*

¹ STS 119/1994 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre. FJ 2º (RJ 1994\10330).

² STS 340/2012 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 31 de mayo. FJ 3º (RJ 2012\6550). Según el art. 231.3 CCCat *“los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar. Ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente. En caso de desacuerdo respecto al domicilio, cualquiera de los cónyuges puede acudir a la autoridad judicial, que debe determinarlo en interés de la familia a los efectos legales”*.

³ SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 29 de julio de 2002. FJ 2º (JUR 2002\279549).

⁴ En ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*. Pamplona: Aranzadi, 1995. p. 45.

⁵ ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 46.

vivan en ella permanentemente”⁶. Para ORTEGA Y DIAZ-AMBRONA es “*aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación*”⁷.

El concepto de vivienda familiar se ha identificado con el del domicilio familiar. En este sentido hay autores que consideran que el concepto es el mismo y que existe una coincidencia entre domicilio familiar y vivienda familiar. Según DEL POZO CARRASCOSA, el concepto de vivienda familiar es objetivo “*en el sentido de que es donde realmente se lleva a cabo la vida habitual. Es decir, la vivienda familiar es la finca que reúne las condiciones suficientes de habitabilidad en la que <<conviven habitualmente>> los cónyuges (art. 231-3.1); ello es lo que justifica la presunción de que la vivienda familiar es, salvo que se haya estipulado otra cosa, también el <<domicilio>> (...) El domicilio familiar se determina, en principio, de común acuerdo (criterio, por tanto subjetivo, que sigue el art. 231-3-1)*”⁸.

En contraposición, para ESPIAU ESPIAU, el domicilio conyugal es la sede jurídica de los cónyuges, pero según este autor “*no puede hablarse indistintamente de “domicilio conyugal” y de “domicilio familiar” como términos sinónimos (...) Puede existir, en efecto, un “domicilio familiar” no constituido a partir de un originario “domicilio conyugal” y que, además, nunca llegue a serlo: mientras que todo “domicilio conyugal” puede ser, al mismo tiempo, “domicilio familiar”, no siempre se verifica, en cambio, la proposición contraria.*”⁹. Además este mismo autor considera que aunque la vivienda familiar sea la sede del domicilio conyugal, son conceptos distintos de los cuales este último es más amplio y distinto que el de vivienda familiar.

El CCCat utiliza la expresión vivienda familiar mayoritariamente. Pero, también utiliza, en menor medida, las expresiones vivienda conyugal y vivienda familiar. La

⁶ En ZANON MASDEU, Luis. *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*. Barcelona: Ediciones Acervo, 1981. p. 342.

⁷ ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, Juan Antonio en VILADRICH, Pedro-Juan (coord.). *El Hogar y el Ajuar de la Familia en las Crisis Matrimoniales: Bases conceptuales y criterios judiciales*. Pamplona: EUNSA, 1986. p. 49.

⁸ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro en DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de familia*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 165.

⁹ En ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Barcelona: PPU, 1992. p. 26.

expresión vivienda conyugal se utiliza en el art. 231-30 CCCat, en relación al ajuar de la vivienda, según el cual *“corresponde al cónyuge superviviente, no separado judicialmente o de hecho, la propiedad de la ropa, del mobiliario y de los utensilios que forman el ajuar de la vivienda conyugal”*¹⁰. Además el art. 231-31 CCCat, en relación con el año de viudedad, establece que *“durante el año siguiente al fallecimiento de uno de los cónyuges, el superviviente no separado judicialmente o de hecho que no sea usufructuario universal del patrimonio del premuerto tiene derecho a continuar usando la vivienda conyugal y a ser alimentado a cargo de este patrimonio”*. Finalmente, en el art. 232-38.2 CCCat, referente al régimen de comunidad de bienes, se establece que *“si la vivienda conyugal y sus muebles de uso ordinario tienen la condición de bienes comunes, el cónyuge superviviente puede solicitar que le sea atribuida la propiedad de estos bienes en pago de su cuota”*. Únicamente se utiliza vivienda común como sinónimo de vivienda familiar en el art. 569-31 CCCat referido a la hipoteca sobre la vivienda familiar o común¹¹.

En mi opinión, considero que los términos domicilio familiar y vivienda familiar tienen el mismo significado. La vivienda familiar es un espacio habitable, donde los miembros de la familia, de forma habitual¹², desarrollan las relaciones familiares cotidianas. El domicilio familiar, que según el art. 231-3 CCCat se establece de *“común acuerdo”* entre los cónyuges, constituirá la vivienda familiar. Aunque es cierto que en el CCCat no se exige el deber de convivencia sino una *“comunidad de vida”*¹³, cabe la posibilidad de que ambos cónyuges vivan separados, por lo tanto, en caso de vida separada, no existiría como tal un domicilio familiar. Distinto sería en caso que

¹⁰ Publicado en DOGC núm. 5686 de 05 de Agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de Agosto de 2010.

¹¹ DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 165.

¹² El concepto de vivienda habitual se recoge en la normativa fiscal, en la Disposición Adicional Vigésima Tercera de la LIRPF, y es *“aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas”*.

¹³ En relación al domicilio familiar existe una gran diferencia respecto al CC. En el CCCat, según el principio de igualdad, la fijación del domicilio familiar les compete a los cónyuges de *“común acuerdo”* (art. 231-3 CCCat) exigiéndoles simplemente una *“comunidad de vida”* (art. 231-2 CCCat), mientras que en el CC los cónyuges están *“obligados a vivir juntos”* (art. 68 CC) y se presume su convivencia, salvo prueba en contrario (art. 69 CC). Por lo tanto en el CCCat no hay una obligación de los cónyuges de vivir juntos, que deriva a su vez, en que no se pueda presumir, como si ocurre en el CC, la presunción de convivencia.

existieran hijos, si los cónyuges viven separados, uno de los dos domicilios deberá tener la consideración de domicilio familiar¹⁴.

2. La protección jurídica de la vivienda familiar

La vivienda familiar posee una protección especial dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que es el lugar donde habitan y conviven todos los integrantes de la familia¹⁵. Desde la perspectiva constitucional, puede afirmarse que la protección de la vivienda va ligada a la protección de la familia, garantizada en el art. 39.1 CE¹⁶. Por su contenido y finalidad, se trata de un derecho que, aunque no fundamental, merece especial protección¹⁷. La norma básica sobre la vivienda se encuentra en el art. 47 CE según la cual *“todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”*.

Atendiendo a su especial importancia y función, el CCCat en su art. 231-9¹⁸ regula la disposición de la vivienda familiar mientras se mantiene la convivencia entre los miembros de la familia, por lo que el cónyuge titular no podrá, sin el consentimiento¹⁹ del otro cónyuge, realizar *“ningún acto de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de*

¹⁴ DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 80.

¹⁵ Según ELORRIAGA DE BONIS *“Para efectos de la protección familiar, puede detectarse hoy en día una tendencia orientada a entender la familia como grupo humano definido y a la vez abstracto, capaz de ser titular de ciertas prerrogativas y medidas que tienden a su conservación y defensa”*. ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 48.

¹⁶ Artículo incluido dentro de los Principios rectores de la Política Social y Económica según el cual *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.”*

¹⁷ *“La protección constitucional de la vivienda familiar es doble, puesto que deriva no sólo de su propia naturaleza, (derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la CE), sino también del destino al que sirve. (Derecho de uso de la familia). El TS la califica como «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»* en Domínguez Martínez, Pilar. *La protección de la vivienda familiar en situación de normalidad en el ordenamiento jurídico civil*. Pamplona 2012. (BIB 2012\1018).

¹⁸ Las parejas estables se rigen por el mismo régimen regulado en el art. 234-3.2 CCCat, el cual remite al art. 231-9 CCCat.

¹⁹ DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 172. El autor considera que es una *“autorización”* y no un *“consentimiento”* ya que *“el negocio celebrado por el titular de la vivienda familiar es perfectamente válido aunque no se dé la autorización del no titular”*.

uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisa”. El consentimiento del cónyuge no titular se requiere con independencia del régimen económico matrimonial que rija las relaciones de la pareja y de la titularidad de la vivienda²⁰. El consentimiento es imperativo, es decir, no se puede excluir ni limitar por pacto. En caso de falta de consentimiento, el acto *“será anulable, a instancia del otro cónyuge, si vive en la misma vivienda, en el plazo de cuatro años desde que tiene conocimiento de él o desde que se inscribe en el Registro de la Propiedad”* (art. 231-9 CCCat). El CCCat contiene medidas especiales de protección también cuando la convivencia deja de existir, ya sea por causa de una separación, divorcio o nulidad matrimonial, o por la extinción de la pareja estable (art. 234-3.2 CCCat).²¹

²⁰ PUIG BLANES, Francisco de Paula; SOSPEDA NAVAS, Francisco José (coordinadores); HOLGADO ESTEBAN, Juan [et al]. *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2011. t1. p. 265.

²¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar. *La protección de la vivienda familiar en situación de normalidad en el ordenamiento jurídico civil*. Pamplona 2012. (BIB 2012\1018).

CAPÍTULO II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. Posiciones doctrinales en torno al derecho de uso de la vivienda familiar

Dada la similitud de situaciones de atribución del uso de la vivienda familiar en casos de crisis matrimonial y dado que las normas sobre parejas estables remiten a las normas aplicables por razón de matrimonio, a ellas se refiere básicamente este trabajo, sin perjuicio de las especialidades que en cada momento preciso se irán poniendo de relieve.

Cuando el uso de la vivienda familiar se otorga al titular de la misma no existen inconvenientes. Pero en el caso que la vivienda familiar se atribuya a la persona que no ostenta la titularidad se plantean problemas. En este último caso, el titular del derecho de uso se encuentra facultado para disfrutar de una cosa ajena. El derecho de uso *“implica la facultad de disfrute de una cosa ajena, pero en el caso de atribuirse el uso de una vivienda familiar supone, también, una limitación de disposición en el patrimonio del titular”*²². Este derecho genera varias controversias con respecto a su naturaleza jurídica ya que un sector de la doctrina y la jurisprudencia lo considera un derecho real y otro sector, un derecho personal.

Según MOLL DE ALBA el derecho de uso *“es un derecho real y como tal inscribible en el Registro”*²³. Para MANZANO FERNANDEZ es *“un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble”*²⁴. PALLEROLS también lo considera un derecho real²⁵.

²² DÍAZ FRAILE, Juan María en BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NASARRE AZNAR, Sergio (coord.). *El nuevo derecho de la persona y de la familia: libro segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2011. p. 438.

En el supuesto de cotitularidad, se entiende integrado al concepto de cosa ajena, el 50 % *pro indiviso* del cónyuge a quien no corresponde el uso de la vivienda familiar.

²³ MOLL DE ALBA, Chantal en PÉREZ DAUDÍ (coord.); BALADO ASENSIO, Isabel [et al]. *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: Análisis de las principales novedades civiles y aspectos fiscales*. Barcelona: Atelier, 201. p. 94.

²⁴ MANZANO FERNANDEZ, María del Mar. *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno* Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999. p. 166.

²⁵ PALLEROLS VIDAL, Roser en PÉREZ DAUDÍ, *op. cit.*, p. 91.

En esta misma línea se sitúa parte de la jurisprudencia que considera el derecho de uso como un derecho real. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2009 remarca la diferencia existente entre el CC y el CCCat al expresar que el legislador catalán sí ha querido atribuirle el carácter de real al derecho de uso en el CF: *“el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el Art. 83.3 CF (LCAT 1998, 422, 521) y el Art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad”*²⁶.

Con independencia del criterio jurisprudencial respecto del derecho civil de Cataluña, en el que, como se ha dicho, queda claro que el derecho de uso es de naturaleza real, hay autores que mantienen una opinión diferente. DÍAZ FRAILE considera que *“se trata de un verdadero derecho subjetivo, y no de una simple legitimación posesoria, pero no podemos afirmar con la misma rotundidad ni su carácter real ni siquiera su carácter patrimonial”*²⁷. Para DE LA PUENTE ALFARO no es un derecho real ya que no cumple *“los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición) (...) Los derechos reales son por definición oponibles erga omnes desde el momento de su constitución, por lo que aún dispuesto el derecho sobre que recaen aquellos no decaen y son plenamente oponibles. Además no se entiende cómo podría surgir un derecho real de una situación preexistente no real, es decir, si el título que justifica la posesión no comparte dicha naturaleza”*²⁸. En esta misma línea, para MURCIA QUINTANA el derecho de uso está *“incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia, es de carácter fundamentalmente personal e intransferible”*²⁹. Parte de la jurisprudencia también considera que el derecho de uso no es un derecho real sino un derecho familiar, como en

²⁶ STS 861/2009 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 18 de enero. FJ 6º (RJ 2010\1274).

²⁷ DÍAZ FRAILE en BARRADA ORELLANA, *op. cit.*, p. 438.

²⁸ DE LA PUENTE ALFARO, Fernando. La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, nº 698, p. 2371.

²⁹ MURCIA QUINTANA, Emilio. *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: artículo 1320 del Código Civil*. Madrid: Civitas, 2005. p. 251. Según el autor tampoco es un derecho personal puro sino que tiene algún rasgo de derecho real.

la Sentencia del Tribunal Supremo según la cual *“de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección”*³⁰. Así mismo el Tribunal Supremo considera el *“uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un «ius ad rem», con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles”*³¹. Por otra parte, el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias ha considerado que aun no tratándose de un derecho de naturaleza real, sí es un derecho oponible *“erga omnes”*³². El mismo Tribunal ha considerado que la situación jurídica del ocupante de la vivienda familiar es una situación *“sui generis”*³³. Para ELORRIAGA DE BONIS es un derecho *“híbrido”* ya que *“se resiste a encasillarse dentro de las categorías jurídicas consideradas como típicas”*³⁴. Finalmente, la DGRN tampoco considera que el derecho de uso sea de naturaleza real, por su falta de carácter patrimonial, y así lo expresa cuando argumenta que *“no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar”*³⁵.

En mi opinión, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho real, oponible *“erga omnes”*, inscribible en el Registro de la Propiedad y limitado en el tiempo en el supuesto que se atribuya el uso al cónyuge no titular de la finca. La naturaleza real del derecho de uso puede derivar también de los arts. 2.2 y 7 RH. Según el art. 2.2 LH, en los Registros de la Propiedad se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de uso. El art. 7

³⁰ STS 859/2009 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 14 de enero. FJ 3º (RJ 2010\2323).

³¹ STS 1234/2004 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 14 de diciembre. FJ. 2º (RJ 2004\7919).

³² STS 119/1994 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre. FJ 2º (RJ 1994\10330).

³³ STS 1149/1992 (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre. FJ 2º (RJ 1992\10136).

³⁴ ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 515.

³⁵ Resolución DGRN de 27 de agosto 2008. FJ 1º (RJ 2008\8285).

RH dispone que “conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”. En esta línea se ha pronunciado la AP de Barcelona que considera que “la cualidad de anotable en el registro de la propiedad del mencionado derecho de uso, tiene perfecta sustentación legal en el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria y el artículo 7 de su Reglamento, ya que dichos preceptos acogen la inscripción, no sólo de los títulos en los que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio u otro derecho real, sino también los de naturaleza análoga”³⁶. Un último argumento a favor del carácter real del derecho de uso es que le son de aplicación los arts. 562-6 y 562-7 CCCat que regulan el derecho real de uso. Según estos artículos se puede poseer y utilizar un bien ajeno de la forma establecida por el título de constitución y en el caso del uso de la vivienda, éste se extiende a la totalidad, comprendiendo las dependencias y los derechos anexos.

2. Publicidad registral del derecho de uso de la vivienda familiar

En los supuestos de crisis matrimonial o de pareja estable, el bien inmueble que constituye el domicilio familiar puede tener distintas titularidades. Entre ellas se pueden encontrar la titularidad común de los cónyuges en régimen de gananciales, la titularidad común de los cónyuges en régimen *pro indiviso*, la titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, el derecho de arrendamiento, el derecho real de usufructo o habitación, etc.³⁷ El derecho de uso, que es de carácter temporal, “comporta una limitación de la propiedad del otro cónyuge (propietario de la vivienda)”³⁸. Según el art. 233-22

³⁶ Auto AP de Barcelona (Sección 12ª) de 23 de abril de 1998. FJ 3º (AC 1998\4532).

³⁷ LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2012. p. 122.

³⁸ PUIG BLANES, *op cit.*, p. 415.

CCCat³⁹ el derecho de uso se puede inscribir en el Registro de la Propiedad y, si se ha atribuido como medida provisional, se podrá anotar preventivamente en dicho registro.

Según DÍAZ FRAILE⁴⁰ en la práctica pueden darse varios supuestos de titularidad del inmueble y su correspondiente reflejo registral. Uno de los supuestos es cuando el dominio de la vivienda se atribuye a un cónyuge y el uso se atribuya al mismo cónyuge, o no se diga nada al respecto y no existan hijos menores. En este supuesto “*se confunden el uso y el dominio*”. En este caso se practicará una inscripción del derecho de uso. Dicha inscripción no se realizará, por denegación del Registrador, en caso que el titular de la finca sea el titular del derecho de uso porque recayendo ambos derechos en la misma persona, el primero integra el segundo. Así lo determina la DGRN según la cual “*si la esposa a quien se le atribuye la guardia y custodia de los hijos comunes es la que tiene encomendada la defensa del derecho de uso, resulta redundante su constancia registral si lo que tiene atribuido la esposa es el pleno dominio de la finca (...) se acuerda denegar la práctica de los asientos*”⁴¹. Otro supuesto es cuando el derecho de uso se otorgue al cónyuge que no ostente la titularidad de la finca, existan o no hijos. En este caso se deberán realizar dos asientos registrales, el primero en favor del cónyuge adjudicatario del derecho de uso, y el segundo, en caso de existir hijos, en favor de ese mismo cónyuge y de sus hijos menores de edad. El siguiente supuesto se da cuando el derecho de uso se atribuye al cónyuge titular dominical de la finca y a los hijos menores de edad. En este caso existen dos posibilidades. La primera de ellas es que haya una confusión de derechos, por lo que no ha de hacerse una inscripción registral ya que el titular de los derechos es la misma persona⁴². La segunda posibilidad es que prime el interés de los hijos por lo que se han de realizar dos asientos. Uno en favor del cónyuge adjudicatario, y el otro en favor de ese mismo cónyuge y de sus hijos menores de edad. El último supuesto es el caso en que la finca esté inscrita a nombre de un tercero. En este caso no hay que practicar inscripción ya que la persona titular de la finca no fue parte en el proceso matrimonial como resuelve la DGRN, según la cual “*no*

³⁹ Con este artículo se da por zanjado el problema que presentaba el art. 96 CC al no prever la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

⁴⁰ DÍAZ FRAILE en BARRADA ORELLANA, *op. cit.*, p. 443-449.

⁴¹ Resolución DGRN de 20 de 10 octubre 2008. FJ 2º (RJ 2009\634).

⁴² Resolución DGRN de 14 de mayo de 2009. (RJ 2009\3009).

puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho como sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado”⁴³. El último supuesto es el caso en que la vivienda sea titularidad *pro indiviso* de ambos cónyuges y el uso de la misma se atribuya a uno de ellos. Aquí hay que contemplar la posibilidad de instar la *actio communi dividendo*⁴⁴. La jurisprudencia menor rechaza la situación de la posibilidad de ejercitar la división de la cosa común sobre la vivienda familiar que pertenece en copropiedad a ambos cónyuges, habiéndose atribuido judicialmente a uno de ellos y a los hijos menores en el procedimiento de separación. Según la AP de Las Palmas “para que cese la situación de indivisión será preciso el consentimiento de ambos condueños o la correspondiente autorización judicial que deberá emanar del mismo órgano que atribuyó a aquélla el uso de la vivienda familiar en el procedimiento de separación matrimonial. (...) La denominada jurisprudencia menor emanada de las distintas Audiencias y la mejor doctrina se vienen pronunciando en este sentido de que el cónyuge que no tenga el uso de la vivienda no puede ejercitar la acción de división sin el consentimiento del que lo tiene o en su defecto, autorización judicial entendiendo al efecto que es valor preponderante favorecer, en interés de los hijos, su permanencia en el que fue domicilio familiar”⁴⁵.

Según el art. 38 LH, los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Esta presunción del art. 38 LH, de que la “titularidad y la posesión coinciden” se rompe al realizar la inscripción del derecho de uso⁴⁶. Cuando el derecho de uso no se inscribe, no perjudica a un tercero de buena fe. A este principio se lo denomina principio de inoponibilidad del título no inscrito o anotado del art. 32 LH. Así lo entiende la DGRN, cuando declara que en caso de que no esté inscrito el derecho de uso hará “dominio pleno y libre a favor del

⁴³ Resolución DGRN de 21 de junio de 2004. FJ 4º (RJ 2004\548).

⁴⁴ La división de la cosa común es una de las causas más frecuentes de la extinción de la comunidad. Según el art. 552-10.1 CCCat “cualquier cotitular puede exigir, en cualquier momento y sin expresar sus motivos, la división del objeto de la comunidad”.

⁴⁵ SAP de Las Palmas 100/2000 (Sección 4ª) de 27 enero. FJ 1º (JUR 2000\159871).

⁴⁶ DE LA PUENTE ALFARO, *op cit.*, p. 2373.

cónyuge disponente”⁴⁷. Asimismo, el Tribunal Supremo considera que, en el supuesto de hecho que dio lugar a la Sentencia, el derecho de uso contraviene los caracteres esenciales de “*provisionalidad y temporalidad*” y no puede oponerse a terceros de buena fe a los que “*en todo momento, se les ocultó la existencia de ese derecho de uso*”⁴⁸.

3. Obligaciones vinculadas a la propiedad o al uso de la vivienda familiar

Existen dos tipos de obligaciones originados por la vivienda familiar, los gastos inherentes a la titularidad y los gastos ordinarios. En relación a los gastos inherentes a la titularidad, según el art. 233-23.1 CCCat “*en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.*” Serán a cargo del propietario de la vivienda el pago de las obligaciones que haya contraído para la adquisición o mejora de la misma, excepto pacto⁴⁹. Para DÍAZ FRAILE este precepto está redactado incorrectamente debido a que la expresión “*de acuerdo con lo que resulte del título de constitución*” plantea la duda de si se refiere al título del derecho de uso o al título de la obligación, y, por tanto, a quien le corresponde el pago del préstamo hipotecario⁵⁰. Considero que el art. 233-23.1 CCCat se refiere al titular de la obligación y no al titular del derecho de uso ya que el segundo apartado del art. 233-23 CCCat sí establece cuáles son los gastos que corren por cuenta del beneficiario del derecho de uso por lo que lo establecido en el primer apartado rige solo para el titular de la obligación.

La responsabilidad por los gastos derivados de la vivienda familiar depende del régimen matrimonial de los cónyuges⁵¹. Si la vivienda familiar fue comprada en

⁴⁷ Resolución DGRN de 31 de marzo de 2000. FJ 2º (RJ 2000\2739).

⁴⁸ STS 310/2004 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 22 de abril. FJ 3º (RJ 2004\2713).

⁴⁹ GARRIDO MELERO, Martín. *Derecho de Familia: un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español*. 2a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. v 1. p. 500.

⁵⁰ DÍAZ FRAILE, *op cit.*, p. 442.

⁵¹ El régimen matrimonial debe de existir desde el momento en que comienza el matrimonio hasta su disolución. Según BOSCH CAPDEVILA en DEL POZO CARRASCOSA, *op cit.*, p. 219 “*no existe matrimonio sin régimen económico*”. En España existen diferentes regímenes matrimoniales. El régimen utilizado mayoritariamente es el régimen de sociedad de gananciales previsto en el art. 1316 CC. En

régimen ganancial, los gastos serán a cargo de los dos cónyuges en partes iguales o proporcionales a sus posibilidades⁵². Distinta es la situación en que la vivienda familiar pertenezca a uno de los cónyuges con carácter privativo, ya que en este caso las cuotas de la hipoteca deberán recaer sobre el cónyuge titular, tal como señala la Sentencia de la AP de Madrid por la cual *“en lo relativo a los gastos por contribuciones o impuestos, y al tratarse de un concepto que grava específicamente la propiedad existente sobre tales bienes, deberán ser sufragados por quien ostente la titularidad dominical de la vivienda”*⁵³.

El Tribunal Supremo sienta doctrina en relación al pago de una hipoteca que fue contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la vivienda familiar durante el matrimonio y que, posteriormente, en la sentencia de divorcio, se impuso el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en una proporción desigual para cada uno de los cónyuges, alterando el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se obligaron frente a la entidad prestamista. Explica el Tribunal que existe dos líneas de solución. La primera de ellas, que es la seguida por la AP de Barcelona, excluye la naturaleza de carga familiar de la vivienda familiar. La segunda línea, opuesta a la primera, es la de la AP de Madrid por la cual cuando se disuelva la sociedad de gananciales, se puede seguir hablando de cargas matrimoniales y puede establecerse la proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas. Para el Tribunal Supremo la hipoteca de la vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y no constituye una carga del matrimonio. Mientras subsista la sociedad de gananciales la hipoteca debe ser pagada por mitades, por lo tanto, es un problema de la liquidación de la sociedad de gananciales que deberá resolverse en el momento de la disolución y liquidación del régimen. Según la Sentencia el art. 231-5 CCCat *“ha eliminado la consideración como cargas familiares del pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. Además, el Art. 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, “las obligaciones contraídas por*

Cataluña según, el art. 231-10 CCCat, el régimen económico del matrimonio es el pactado por las partes en capítulos matrimoniales. A falta de pacto, será el de separación de bienes.

⁵² SERRANO CASTRO, Francisco de Asís. *Vivienda Familiar y Cargas del Matrimonio*. Madrid: El Derecho Editores, 2010 p. 79.

⁵³ SAP de León 6/2010 (Sección 2ª) de 14 de enero. FJ 5º (JUR 2010\106720).

razón de su adquisición [...] deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo", mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. (...) la Sala formula la siguiente doctrina: el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º CC y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC”⁵⁴.

Los gastos ordinarios, según el art. 233-23.2 CCCat, deben ser a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Estos gastos incluyen la conservación, el mantenimiento, la reparación, los gastos de comunidad y suministros, como también los tributos y las tasas de devengo anual. Los gastos extraordinarios deben ser pagados por el titular de la vivienda. Hay una problemática en torno al IBI⁵⁵ impuesto que, como norma general, pagan los titulares del inmueble. El CF no establecía quién debía pagar este impuesto. Para el Tribunal Supremo en el caso de regímenes de sociedad de gananciales el IBI *“ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento y hasta la liquidación de la sociedad, por ésta como carga de los bienes que componen su activo”*⁵⁶. En Cataluña, en donde el régimen matrimonial es, primero el pactado por las partes y a falta de pacto, la separación de bienes, en caso de crisis matrimonial, el IBI será pagado por el cónyuge que sea beneficiario del uso de la vivienda (art. 233-23.2 CCCat).

4. La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar

Las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar se encuentran relacionadas en el art. 233-24 CCCat. Ante cualquiera de los supuestos, el derecho de uso revierte en la propiedad, como facultad inherente a la misma, por lo que el titular de

⁵⁴ STS 188/2011 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 28 de marzo. FJ 2º. (RJ 2011\939).

⁵⁵ Según el art. 60 LRHL, el IBI es un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles. El hecho imponible del impuesto lo constituye la titularidad del derecho de propiedad (art. 61.1.d).

⁵⁶ STS 646/2006 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 20 de junio. FJ 3º (RJ 2006\3389).

la propiedad recupera la posesión inmediata del inmueble sobre el que recaía el derecho de uso. Entre las causas de extinción se encuentra el pacto entre los cónyuges, es decir, el mutuo acuerdo (art. 233-24.1 CCCat). Si el derecho de uso se atribuyó por razón de la guarda⁵⁷ de los hijos (art. 233-20.2 CCCat), dicho derecho concluye por la finalización de la guarda (art. 233-24.1 CCCat). Un ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia de la AP de Barcelona de 2 de septiembre de 2002, en la cual se declara que *“al ser la vivienda copropiedad de ambos consortes y ser el hijo mayor de edad y económicamente independiente, ha perdido la finalidad por la que aquél fue atribuido y no puede olvidarse ni desconocerse que la asignación del uso de la vivienda familiar concurriendo tales circunstancias nunca puede tener carácter indefinido”*⁵⁸. Además en esta Sentencia la beneficiaria del uso formó otra familia y en el convenio regulador se había estipulado el uso de la vivienda mientras no mantuviera una convivencia con un tercero en el inmueble⁵⁹. Según la Sala *“el piso (...) ha perdido en el supuesto objeto de examen el carácter propio de domicilio familiar y por mor del cual fue atribuido a la esposa y al hijo del actor apelado, toda vez que en el mismo habita una familia distinta de la constituida en su día por los aquí litigantes y su hijo, al haberse casado nuevamente la demandada y servir tal vivienda de morada al nuevo núcleo familiar”*.

En el caso que el derecho de uso se atribuya con carácter temporal⁶⁰ por razón de la necesidad de los cónyuges se extingue en diferentes supuestos. Uno de ellos es si mejora la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica (art. 233-24.2.a CCCat). También se extingue por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona (art. 233-24.2. b CCCat). Para PALLEROLS VIDAL⁶¹ este precepto es cuestionable debido a que los procedimientos de familia se deben resolver teniendo en cuenta el principio del interés del menor, y puede haber

⁵⁷ Guarda y guarda y custodia son términos idénticos y yo utilizaré el término guarda que es el que utiliza el CCCat.

⁵⁸ SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de septiembre de 2002. FJ 4º (JUR 2002\271492).

⁵⁹ MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel. Crisis Conyugal: limitaciones del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, nº 705, p. 391.

⁶⁰ En el apartado III c del Preámbulo del Libro Segundo del CCCat se establece que este carácter temporal es porque *“quiere ponerse freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular”*.

⁶¹ PALLEROLS VIDAL, Roser en PÉREZ DAUDÍ, *op. cit.*, p. 83.

ocasiones que la nueva pareja del beneficiario del uso de la vivienda familiar no le atribuya mayor capacidad económica. Otro supuesto de extinción es el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso (art. 233-24.2.c CCCat). Y finalmente, se extingue por el vencimiento del plazo por el que se estableció el derecho de uso o, en su caso, la prórroga (art. 233-24.2.d CCCat)

Cuando se extinga el derecho de uso, el cónyuge titular de la vivienda podrá recuperarla y en caso de que proceda, podrá cancelar la inscripción registral hecha (art. 233-24.3 CCCat).

CAPÍTULO III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL Y EN LA EXTINCIÓN DE LA PAREJA ESTABLE

1. Supuestos implicados

1.1. Matrimoniales: nulidad, separación judicial, de hecho y divorcio

En una situación de crisis matrimonial, el resultado puede ser la nulidad, la separación judicial o de hecho, o el divorcio.⁶² En cualquiera de estas situaciones la pareja matrimonial cesa su convivencia. Ante ese cambio de circunstancias resulta necesario establecer el régimen de sus relaciones futuras, así como el de las relaciones de los progenitores con sus hijos. Un aspecto relevante al respecto reside en la regulación del derecho de uso de la vivienda familiar.

La nulidad matrimonial no está regulada en el CCCat sino que se rige por lo establecido en el Capítulo VI del Título IV del CC⁶³. La nulidad *“declara judicialmente que el vínculo matrimonial nunca ha existido, en razón de ciertos vicios debidamente establecidos en la ley que concurrieron al momento de la celebración del matrimonio, lo que provoca la total desaparición de efectos matrimoniales, tanto hacia el pasado como hacia el futuro”*⁶⁴. Las causas de nulidad son aplicables *“cualquiera sea la forma de su celebración”* (art. 73 CC).

La separación judicial, regulada en los arts. 81, 83 y 84 CC y en los arts. 769 y ss. LEC, es la situación en la cual los cónyuges ponen fin a su convivencia pero sin disolver el vínculo matrimonial. Es una situación *“en principio provisional –por más que la Ley no impide que se alargue indefinidamente- que acabará con el divorcio, o con la reconciliación de los cónyuges”*⁶⁵. A partir de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de

⁶² Aunque considero que la nulidad matrimonial no es una situación de crisis propiamente dicha, los efectos son los mismos que para el divorcio y la separación.

⁶³ La nulidad se rige por el CC debido a que según el art. 149.1.8 CE, son competencias exclusivas del Estado las *“relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio”*. Esta competencia lo es *“sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde estén”*. Pero *“en todo caso”* es competencia exclusiva del Estado las *“relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”*, por lo tanto la nulidad, la separación y el divorcio se rigen por el CC.

⁶⁴ ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 459.

⁶⁵ BOSCH CAPDEVILA en DEL POZO CARRASCOSA *op. cit.*, p. 85.

separación y divorcio⁶⁶ (en adelante Ley 15/2005), se suprimen las causas de separación y divorcio, por lo que no resultan necesaria su alegación para fundamentar la demanda. Tanto la separación como el divorcio pueden solicitarse por ambos cónyuges, por uno con el consentimiento del otro o, de forma unilateral, por cualquiera de los cónyuges (art. 86 CC). Existen, según el CC, dos requisitos para poder solicitar, tanto la separación como el divorcio. El primero de ellos es que hayan transcurrido 3 meses desde la celebración del matrimonio, excepto en supuestos de violencia o peligro, y el segundo requisito es que se acompañe una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación o el divorcio (art. 81 CC). No obstante, según el art. 777.4 LEC, si las medidas no se acompañan en el convenio regulador, disponen de un plazo de 10 días para completar la documentación.

La separación de hecho de los cónyuges tiene efectos similares a la separación judicial, pero la diferencia importante radica en que no existe resolución judicial. Es un *“acuerdo de separación negociado entre las partes y no homologado”*⁶⁷ y esta separación de hecho deberá ser probada o consentida por las partes⁶⁸. Tiene como principal y primer efecto que los esposos *“dejan de vivir juntos y tengan distintos domicilios”*⁶⁹. Según ELORRIAGA DE BONIS es una situación *“fáctica y no jurídica”*, motivo por el cual la vivienda no deja de denominarse vivienda familiar⁷⁰.

El divorcio⁷¹, a diferencia de la separación judicial, es una de las causas de disolución del vínculo matrimonial, junto con la muerte y la declaración de muerte (art. 85 CC). El divorcio y la separación judicial tienen que declararse por sentencia judicial.

⁶⁶ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE, 9 de julio de 2005, núm. 163, p. 24458.

⁶⁷ HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen. *La separación de hecho matrimonial*. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1982, p. 14.

⁶⁸ DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 105.

⁶⁹ HERNANDEZ IBAÑEZ, *op. cit.*, p.68.

⁷⁰ ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 460.

⁷¹ En nuestro país no siempre ha existido la posibilidad de divorciarse. La Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, imponía el matrimonio civil obligatorio. Durante la Segunda República, por primera vez en España, se permitió el divorcio, a través de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, que fue derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939. No fue hasta 1981, con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que se introduce nuevamente el divorcio en España.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 “*basta que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición*”⁷². Como se mencionó anteriormente, la Ley 15/2005 suprimió las causas de divorcio por lo que ya no resulta necesario alegarlas para obtenerlo.

1.2. Extinción de la convivencia estable en pareja

El CCCat regula la convivencia estable en pareja en los arts. 234-1 a 234-14 CCCat⁷³. Según el art. 234-1 CCCat “*dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos: si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos; si durante la convivencia, tienen un hijo común; si formalizan la relación en escritura pública*”. No podrán constituir parejas estables los menores de edad no emancipados, las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado, las personas casadas y no separadas de hecho y las personas que convivan en pareja con una tercera persona (art. 234-2 CCCat).

La causas de la extinción de la pareja estable están contenidas en el art. 234-4 CCCat y son el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad, la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los convivientes, el matrimonio de cualquiera de los convivientes, el común acuerdo de los convivientes formalizado en escritura pública y la voluntad de uno de los convivientes notificado fehacientemente al otro. Las causas son similares a las que regulaba el art. 12.1 LUEP, aunque en una de las causas existen diferencias. El art. 12.1 establecía que la pareja estable se extinguía por la “*separación*

⁷² DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. La supresión de las causas de separación y divorcio en la ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 2007, nº 13, p. 58.

⁷³ Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que reguló esta situación a través de la LUEP. La LUEP, contenía dos capítulos, uno dedicado a las parejas heterosexuales y otro a las parejas homosexuales, modelos de familia que así distinguía y a los que otorgaba derechos diferentes. Con la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁷³, se unificaron los efectos de ambas uniones. La LUEP estuvo vigente hasta el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor del Libro Segundo del CCCat, que regula las uniones estables en su Capítulo IV.

de hecho de más de un año”, en cambio, en el art. 234-4 CCCat, la causa es el cese de la convivencia con ruptura de la comunidad de vida. Existe una clara voluntad del legislador de suprimir la necesidad de esperar un año para que se extinga la pareja estable y considerar que se extingue cuando se rompe la “comunidad de vida”. Prueba de esta afirmación se encuentra recogida en la Sentencia del TSJ de Cataluña, por la cual “Esdevé clar que la causa que extingia la unió estable per la separació de fet per temps superior a 1 any, ha estat substituïda pel cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida. I aquest canvi legislatiu, adreçat a modificar i millorar la redacció de les causes d'extinció de les parelles de fet, no pot ésser integrat amb una norma derogada (l' article 12 d Llei 10/1998) quan ha estat voluntat del legislador suprimir aquell criteri temporal que exigia una durada superior a l'any i l'ha substituït per l'apreciació del cessament de la convivència amb trencament de la comunitat de vida ”⁷⁴.

2. Atribución del uso de la vivienda familiar

2.1. Antecedentes y Régimen jurídico

Como ha quedado dicho, la atribución del uso de la vivienda familiar es uno de los aspectos más problemáticos en caso de separación, divorcio, nulidad y extinción de la convivencia, especialmente cuando hay hijos, debido a que, es uno de los bienes más valiosos con el que cuenta la pareja y con el que, en la mayoría de los casos, ambos se quieren quedar. Para que no se generen conflictos, es necesaria una regulación de las relaciones entre los cónyuges y de los cónyuges con los hijos.

Hasta la entrada en vigor del Libro Segundo del CCCat, la atribución del uso de la vivienda familiar se encontraba regulado en el art. 83 CF. El uso de la vivienda familiar se atribuía en la forma convenida por los cónyuges, exceptuando que dicho acuerdo fuera perjudicial para los hijos. Si no se llegaba a un acuerdo era la autoridad judicial la que decidía sobre el uso de la misma, teniendo en cuenta si había hijos menores de edad o no (arts. 81.1 y 81.2 CF). En caso de que hubiese habido hijos menores de edad, el uso se atribuía “*preferentemente*” al cónyuge que tuviera la guarda de los mismos y

⁷⁴ Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 26 de mayo de 2014. FJ 3º (JUR 2014\196860).

mientras durara ésta. Sin embargo, se ha resaltado que *“pueden existir razones poderosas que comporten una excepción a la regla general. Tal ocurriría si el cónyuge no propietario a quien se hubiese atribuido la custodia tuviese por sí mismo medios más que suficientes para cubrir las necesidades de vivienda propias y la de los hijos, mientras que la necesidad más perentoria de vivienda la tuviese el cónyuge o miembro de la pareja propietario en cuyo caso debería ser atribuida a éste”*⁷⁵. Por lo tanto, la atribución al cónyuge que tenía la guarda no se realizaba de forma automática como ocurre en el CC⁷⁶. Si la guarda era compartida quedaba a criterio de la autoridad judicial. En caso de inexistencia de hijos se atribuía temporalmente al que tuviera más necesidad, mientras ésta persistía.

Actualmente, con la entrada en vigor del Libro Segundo del CCCat, la atribución del uso de la vivienda familiar se regula en la Sección Cuarta del Capítulo Tercero, en los artículos 233-20 a 233-25.

2.2. Atribución del uso en distintas fases del proceso

2.2.1. La atribución del uso en sede de medidas provisionales.

Las medidas provisionales son aquellas que permiten regular la situación de los cónyuges en tanto dura el proceso de separación, divorcio o nulidad y hasta su conclusión. Para ORTUÑO MUÑOZ *“no se trata de establecer garantías para una eventual ejecución futura, sino que tienden a regular las relaciones personales de los miembros de la familia en crisis en aquellos aspectos que son necesarios y que no pueden demorarse sin causar un grave daño a las personas o a los intereses económicos básicos”*⁷⁷.

El CF no contenía una regulación de las medidas provisionales, por lo tanto, en caso de separación, divorcio o nulidad, había que regirse, subsidiariamente, por lo dispuesto

⁷⁵ STSJ de Cataluña 49/2009 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 3 de diciembre. FJ 3º (RJ 2010\143).

⁷⁶ *“La postura mayoritaria ha sostenido que el artículo 96.1 insta al Juez, si no hay acuerdo entre los cónyuges, a establecer la atribución del uso de la vivienda a los hijos y al conyugue que conviva con ellos en virtud del principio del favor filii, que presupone que es el de los menores el interés más necesitado de protección en todo caso.”* GIL MEMBRADO, *op. cit.*, p. 109.

⁷⁷ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual en ROCA TRÍAS, Encarnación (coord.). Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Madrid: Sepin, 2011. p. 808.

en el CC, en concreto en los arts. 102 a 106, y por lo dispuesto en los arts. 769 a 773 LEC, referentes al procedimiento de adopción de medidas provisionales con carácter previo a la demanda de nulidad, separación o divorcio, o con la propia demanda. Al respecto, con ocasión de la aplicación en Cataluña del art. 102, la DGDEJ llegó a la conclusión que *“la inexistència en el Dret català d’una norma que estableixi l’extinció per ministeri de la llei dels negocis d’apoderament atorgats entre els consorts quan aquests presenten una demanda de separació o de divorci és fruit d’una llacuna legal, per la qual cosa afirma que l’art. 102 CC és d’aplicació supletòria a Catalunya. Certament el que estableix aquest article del CC no s’oposa als principis generals que informen el Dret civil de Catalunya (art. 111-5 CCC)”*⁷⁸.

Actualmente, con la aprobación del Libro Segundo del CCCat las medidas provisionales se regulan en el art. 233-1 CCCat, y son medidas referentes a aspectos relacionados con los hijos, los cónyuges y con el uso de la vivienda familiar. No entran dentro de las medidas provisionales materias de índole económico tales como la prestación compensatoria, la indemnización por desequilibrio en el régimen de separación de bienes y la liquidación del patrimonio común⁷⁹. El art. 233-1.1 CCCat establece que podrá solicitar las medidas provisionales⁸⁰ *“el cónyuge que pretenda demandar o demande la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio”*, es decir, la parte activa del proceso y *“el cónyuge demandado, al contestar la demanda”*, cuando no fueron solicitadas por la parte actora, o cuando se quieran solicitar medidas distintas⁸¹.

Las medidas provisionales pueden ser previas o coetáneas a la solicitud de nulidad, separación o divorcio. Debe tenerse en cuenta que la situación de crisis matrimonial puede darse mucho antes del inicio del procedimiento, es por ello que existen las medidas provisionales previas⁸² que son una serie de medidas que van desde que se

⁷⁸ En MARSAL GUILLAMET, Joan. Doctrina de la Direcció General de Dret i d’Entitats Jurídiques (maig-juliol 2009). *Revista para el Análisis del Derecho*, 2009. N° 4, p. 4.

⁷⁹ ORTUÑO MUÑOZ, Pascual en ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 808.

⁸⁰ Según MALLANDRICH MIRET, Nuria en PÉREZ DAUDÍ, *op. cit.*, p.229, en cuanto a la legitimación el art. 233-1-1 CCCat unifica y reproduce el contenido de los arts. 771 y 773 LEC por lo que *“la disposición es innecesaria”*.

⁸¹ PÉREZ DAUDÍ. *op. cit.*, p. 229.

⁸² Las medias provisionales previas eran conocidas como medidas provisionalísimas y así está calificado en el manual de DEL POZO CARRASCOSA *op. cit.*, p. 116.

inicia la crisis matrimonial hasta el momento de interposición de la demanda. Estas medidas están reguladas en el art. 231-1 CCCat y el procedimiento en el art. 771 y 772 LEC. Las medidas provisionales previas se solicitan ante el tribunal del domicilio del cónyuge que quiere solicitar la nulidad, separación o divorcio y no se necesita la intervención de abogado o procurador para su solicitud (art. 771.1 LEC). Donde sí deberán acudir acompañados de abogado y procurador es en la comparecencia que se celebra en los 10 días siguientes y en la que estará presente el Ministerio Fiscal. En esta comparecencia se intentará llegar a un acuerdo (art. 771.2 LEC). Los efectos y medidas acordados sólo subsistirán si, dentro de los 30 días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771.5 LEC). En caso de no presentación de la correspondiente demanda estas medidas quedarán sin efecto. En este sentido se ha fundamentado en la Sentencia de la AP de Girona que *“la filosofía que inspira la finalidad de la institución de las medidas provisionalísimas, excluye toda posibilidad de recurso contra el auto que las acuerda, dada la naturaleza puramente cautelar con un breve plazo de vigencia de 30 ó 60 días en su caso, supeditado a la promoción del ulterior procedimiento de separación, nulidad o divorcio, quedando sin efecto si no se presenta la correspondiente demanda, o prolongando su existencia si se presenta sin petición de la adopción de medidas provisionales coetáneas que sustituyan a aquéllas”*⁸³.

Las medidas provisionales coetáneas, son las medidas derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, es decir, nacen de la interposición de la demanda y pueden solicitarse siempre que no se hubieran adoptado con anterioridad (art. 773.1 LEC). Una vez que el Tribunal admite la demanda resolverá sobre las medidas provisionales solicitadas (art. 773.2 LEC). La solicitud de estas medidas se deberá realizar en la interposición de la demanda o en la contestación a la demanda y se sustanciarán en la vista principal, en el caso que esta se señale en los 10 días siguientes a la contestación (art. 773.4 LEC). Las medidas provisionales coetáneas quedan sin efecto cuando sean sustituidas por las medidas definitivas establecidas en la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 LEC).

Dentro de las medidas provisionales relacionadas en el art. 233-1 CCCat, el apartado f) establece que cualquiera de las partes puede solicitar a la autoridad judicial

⁸³ Auto AP de Girona 146/1998 (Sección 2ª) de 1 de abril. FJ 1º (AC 1998\806).

que determine “la asignación del uso de la vivienda familiar con su ajuar o, alternativamente, la adopción de medidas que garanticen las necesidades de vivienda de los cónyuges y de los hijos. Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla”.

El art. 233-2.2 CCCat establece que en caso de violencia familiar o machista, la autoridad judicial competente deberá adoptar, además de las medidas establecidas en el apartado 1 del presente artículo, las establecidas en la legislación específica. A partir de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica⁸⁴, se introduce el apartado 7 del art. 544. Ter Lecrim, según el cual dentro de las medidas que puede solicitar la víctima de violencia de género se encuentran las medidas civiles que “solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil”. Dentro de las medidas se encuentra la referente a la atribución del uso de la vivienda familiar. Estas medidas son temporales ya que tendrán una vigencia de 30 días, a menos que dentro de ese plazo fuese incoado, a instancia de la víctima o de su representante legal, un proceso de familia ante la jurisdicción civil. En este caso, permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. Dichas medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de Primera Instancia que resulte competente. Este derecho de uso, concedido como medida cautelar es prioritario sobre cualquier acción civil (art. 544.ter. 5 Lecrim)⁸⁵.

En una situación de violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género, contempla en su art. 64 las medidas de salida del domicilio. El Juez podrá ordenar que el inculcado por violencia de género salga obligatoriamente del domicilio en el que hubiera estado conviviendo, tenga o no su residencia la unidad familiar, y la prohibición de volver al mismo (art. 64.1). En el

⁸⁴ Según la Exposición de Motivos, la Ley “pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil”.

⁸⁵ GIL MEMBRADO, *op. cit.*, p. 162.

segundo apartado del artículo se regula la posibilidad excepcional que tiene el Juez de autorizar que la persona protegida concierte la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda.

2.2.2. La atribución del uso en sede de medidas definitivas

Las medidas definitivas son las que determinaran los efectos relacionados con los cónyuges y con los hijos una vez se dicte sentencia que declara la nulidad, separación o divorcio. Si las medidas son realizadas de común acuerdo entre los cónyuges, se plasman en el convenio regulador que es *“un negocio jurídico matrimonial que posee un carácter mixto, ya que intervienen los cónyuges y la autoridad judicial”*⁸⁶. A falta de acuerdo, será la autoridad judicial la que determine dichas medidas (art. 233-4 CCCat). A estas medidas se las califica de definitivas porque regirán en tanto se mantenga la situación y no se solicite la modificación de forma que *“el adjetivo <<definitivas>> utilizado por el CCCat (...) debe interpretarse como contrapuesto al adjetivo <<provisionales>, en el sentido de que se trata de unas medidas que tienen vocación de permanencia a partir del momento de la sentencia”*⁸⁷. La “vocación de permanencia” de las medidas definitivas no impide su modificación *“mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas”* (art. 233-7.1 CCCat). Según la jurisprudencia, la variación “sustancial” de las medidas tiene que afectar a la medida en sí y no a circunstancias accesorias, además tiene que ser perdurable en el tiempo, no ocasional y ajena a la voluntad de la parte que solicita la modificación de las mismas. En este sentido la AP de Barcelona considera que *“la cuestión jurídica que se plantea en este procedimiento se halla regulada en el artículo 233-7.1 del CCCat ., que admite la modificación de las medidas acordadas en un proceso matrimonial anterior siempre que hayan variado las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas, exigiéndose, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, que la modificación se haya producido con posterioridad a dictarse la resolución judicial en la que se establece la medida objeto de la modificación, que la variación sea sustancial, es decir, que afecte al núcleo de la medida y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas, que el cambio que se*

⁸⁶ Ibídem, p. 164.

⁸⁷ BOSCH CAPDEVILA, en DEL POZO CARRASCOSA *op. cit.*, p. 120.

alega sea estable o duradero y no meramente ocasional o coyuntural y que la alteración de circunstancias sea ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, correspondiendo a la parte que solicita la modificación la prueba de la concurrencia de los requisitos indicados”⁸⁸.

2.3. Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar

2.3.1. La atribución del uso de mutuo acuerdo

Conforme al art. 233-20.1 CCCat *“los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.”* Este supuesto se caracteriza por la existencia de acuerdo entre los cónyuges. Este acuerdo debe ser formalizado en convenio regulador, ya que, como entre otros aspectos, debe contener *“la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar”* (art. 233-2.3.b CCCat). Este acuerdo, debe ser aprobado por la autoridad judicial y debe ser conforme al interés del menor (art. 233-3.1 CCCat)⁸⁹.

La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar puede ser también objeto de un pacto en previsión de una ruptura matrimonial⁹⁰ (art. 233-21.3), siempre

⁸⁸ SAP de Barcelona 646/2014 (Sección 12ª) de 23 de octubre. FJ 2º (JUR 2015\10711), sobre reducción de la cuantía de la pensión de alimentos, por un cambio de circunstancias sustancial: la hija en la actualidad reside con ambos progenitores y por consiguiente los gastos del padre aumentaron en el tiempo que la hija permanece en su domicilio.

⁸⁹ Ejemplo de ello es el Auto 162/2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de El Vendrell, de 24 mayo de 2012, FJ 4º (JUR 2013\54957): *“las partes (...) han alcanzado un acuerdo que ha contado con el visto bueno del Ministerio Fiscal en cuanto a la guarda y custodia, patria potestad compartida, régimen de visitas y pensión de alimentos. Atendida la conformidad formulada por los interesados y en aplicación de lo previsto en los arts. 233-3 del Libro II del Codi Civil y arts. 90 y 103 del Código Civil (LEG 1889, 27), procede la aprobación judicial, con el carácter de provisionales, de las medidas relacionadas en el acto de la vista, por garantizar suficientemente las necesidades e intereses del mismo”*.

⁹⁰ Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial son una novedad del Libro Segundo del CCCat, ya que aunque se reconocía en el art. 15 del CF, no fue hasta la aprobación del Libro Segundo del CCCat que se le dio una extensa y detallada regulación. Se encuentran regulados en el art. 231-20 pero a su vez se relacionan con otros aspectos del CCCat como es en el caso de la atribución del uso de la vivienda familiar. Según PINTO ANDRADE en el artículo doctrinal *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura*. Noticias jurídicas, septiembre de 2010: *“los pactos matrimoniales en previsión de la ruptura consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados*

que no “perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso”.

a) La atribución del uso como pago de los alimentos y de la prestación compensatoria.

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de pago de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria (art. 233-20.1 CCCat). Según el art. 233-20.7 CCCat “la atribución del uso de la vivienda, si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.

En relación con el pago de los alimentos la atribución del uso de la vivienda familiar constituye una “prestación in natura de carácter alimenticio que, dentro de los procesos matrimoniales, se encuadra en la obligación de contribuir a los gastos familiares y, en concreto, a las necesidades de los hijos”⁹¹.

Por su parte, la prestación compensatoria⁹² es una institución que busca un equilibrio entre los cónyuges teniendo en cuenta la situación anterior y posterior a la

antes o después de celebrado el matrimonio dirigidas a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial”.

Con respecto a los pactos en previsión de ruptura matrimonial existe una importante sentencia del TSJ de Cataluña argumentando la importancia de los requisitos de estos pactos para que sean válidos. Entre ellos uno que es muy destacable, es que no necesitan obtener finalmente la aprobación judicial, si se cumplen las formalidades y concurren los requisitos propios de los contratos. Según la sentencia del TSJ de Cataluña 46/2012 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 12 de julio, FJ 2º (RJ 2012\10025), “aunque no obtengan finalmente la aprobación judicial, siempre que se trate de una materia disponible, que concurren los requisitos propios de los contratos (consentimiento, objeto y causa) y que se cumplan ‘las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter ‘ad solemnitatem’ para determinados actos de disposición”, y ello aunque únicamente genere obligaciones para uno de los cónyuges, “lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual”. Además añade que “ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas específicas de los negocios de familia, singularmente a la que decreta la nulidad de las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1328 C.C .) y a la que pretende preservar a los hijos de cualquier daño y a los cónyuges del perjuicio grave que pudiera derivarse para unos y otros de tales pactos (art. 90 CC)”.

⁹¹ CASO SEÑAL, Mercedes en ROCA TRÍAS, op cit., p. 911.

⁹² La prestación compensatoria se llamaba pensión compensatoria en el CF. Este cambio de denominación se debe a que en el art. 85.1 CF se estipulaba que la pensión debía pagarse en mensualidades pero

separación o divorcio. Según el art. 233-14 CCCat, *“el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias”*. Según la jurisprudencia del TSJ de Cataluña, la pensión compensatoria es una institución para poder equilibrar la situación económica de los cónyuges una vez ocurre la nulidad, separación o divorcio. La prestación compensatoria es *“una institución que prolonga la solidaridad matrimonial después de la ruptura de la convivencia, a fin de equilibrar en la forma más equitativa posible la situación económica en que queda el cónyuge más perjudicado económicamente por la nulidad, separación o divorcio, en relación con la que mantenía constante la relación matrimonial (S TSJC 8/2006 de 27 feb.), si bien con una vocación inequívoca de caducidad, en la medida en que así lo indica la fijación legal de una serie de causas que pueden producir su extinción, bien por motivos contemplados al tiempo de su constitución -fijación de un plazo- o bien por causas sobrevenidas relacionadas con su naturaleza y función reequilibradora”*⁹³. Para GARRIDO MELERO la prestación compensatoria⁹⁴ busca compensar al cónyuge que debido a la ruptura matrimonial se encuentra en una *“situación económicamente perjudicial”* con respecto a la que tenía en la relación matrimonial, ya que, por ejemplo, *“un cónyuge que no tiene medios económicos antes del matrimonio pero que pasa como consecuencia del mismo a una posición económica fuerte tiene derecho a la compensación si se produce la ruptura matrimonial”*⁹⁵.

Mediante la cesión del uso de la vivienda familiar (cesión de un derecho) se puede hacer frente al pago de la prestación compensatoria. El art. 233-17 CCCat establece que la pensión compensatoria puede atribuirse en forma de capital, en bienes o dinero, o una

actualmente, según el art. 233-17 CCCat la prestación se puede atribuir en forma de capital (con un vencimiento máximo de 3 años) o en forma de pensión.

⁹³ STSJ de Cataluña 17/2008 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 8 de mayo. FJ 7º (JUR 2009\296272).

⁹⁵ GARRIDO MELERO, *op cit.*, p. 466.

pensión. De la lectura de este artículo se podría deducir que no contempla la posibilidad de que la prestación compensatoria se abone mediante la cesión del uso de la vivienda familiar. Pero esta afirmación no es correcta debido a que las causas de extinción del derecho de uso de la vivienda (art. 233-24 CCCat) y las causas de extinción del derecho a la prestación compensatoria fijadas en forma de pensión (art. 233-19 CCCat) son las mismas, por lo tanto, sí es admisible el abono de la prestación compensatoria mediante la cesión del uso de la vivienda⁹⁶.

b) La atribución del uso por períodos determinados

Especial atención merece el art. 233.20.1 *in fine* en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar “*por períodos determinados*”. Según este artículo si los cónyuges lo acuerdan, la vivienda será utilizada en determinados períodos por uno de los cónyuges y los restantes por el otro. La autoridad judicial nunca podrá ser la que la determine esta forma de atribución.

Existen pues, dos supuestos posibles, según existan hijos o no. En caso de existencia de hijos y que la guarda sea compartida el domicilio se puede alternar. Esta forma de utilización de la vivienda familiar presenta pros y contras, aunque en mi opinión, son más los inconvenientes que las ventajas que se le pueda encontrar. La ventaja más importante, y siempre teniendo en cuenta el interés del menor, es que el menor no tengan que cambiar constantemente de domicilio. Entre las desventajas se puede resaltar las siguientes: aunque la separación o el divorcio sea de mutuo acuerdo, el uso temporal de la vivienda es posiblemente una fuente de discusiones entre los ex cónyuges. Otro inconveniente es que, además de la vivienda familiar, cada uno de los cónyuges debe contar con otra vivienda para poder vivir el resto del tiempo, ocasionando más gastos económicos e inconvenientes. La jurisprudencia considera que son más las desventajas que las ventajas. Así, en este sentido, para la AP de Barcelona “*Es evidente pues, que únicamente los cónyuges o los miembros de la pareja estable pueden acordar el uso alternativo del domicilio familiar, sin que pueda adoptar tal medida la autoridad judicial en un proceso en el que no haya acuerdo de las partes sobre esta forma de organización familiar. Este es el criterio además, del Tribunal Superior de Justicia de*

⁹⁶ CASO SEÑAL en ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 911.

Cataluña que en sentencia 31/2008 de 5 septiembre, dijo respecto al uso alternativo del domicilio familiar, "que se vayan alternando los progenitores en el domicilio y queden en él los hijos, no producen más que incomodidad para todos y es fuente segura de conflictos" (...) "Tampoco es admisible ni puede atribuirse el uso de la vivienda familiar a los hijos de las partes, pues la legislación catalana aplicable no contiene tal previsión, estableciendo siempre la atribución del uso de la vivienda a una de las partes, sea por razón de la guarda de hijos menores de edad, sea por razón de su mayor necesidad, pero nunca a los hijos"⁹⁷. Finalmente considero que, como este disfrute temporal es algo que sólo pueden decidir los cónyuges, deberían de pensar muy detenidamente esta distribución ya que, probablemente, si acarrea problemas, haya que modificar posteriormente del convenio regulador.

La segunda posibilidad en la distribución acordada por los cónyuges es en caso de inexistencia de hijos y no sea posible determinar cuál de los cónyuges es el más necesitado de protección porque los cónyuges tienen una situación económica similar. En la Sentencia de AP de Madrid en donde los cónyuges no tienen hijos el tribunal entiende que "han de ponderarse con prudencia los factores concurrentes para llegar a una decisión que amparando el interés más necesitado, tampoco implique una total desprotección de los legítimos derechos que al otro cónyuge puedan corresponder sobre el inmueble que constituyó el domicilio"⁹⁸.

2.3.2. La atribución del uso de la vivienda familiar por decisión judicial

En caso de falta de acuerdo válido entre los cónyuges, será el juez quien en última instancia haya de decidir sobre la atribución del uso de la vivienda familiar.

a) Atribución del uso al cónyuge al que corresponde la guarda de los hijos comunes.

El art. 233-20.2 CCCat establece que "si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta".

⁹⁷ SAP de Barcelona 651/2014 (Sección 18ª) de 6 de octubre. FJ 1º (JUR 2014\295509).

⁹⁸ SAP de Madrid 147/2004 (Sección 24ª) de 25 febrero. f. j. 2º (JUR 2004\260814).

Según la jurisprudencia el precepto contenido en el art. 233-20.2 CCCat es la norma general, aunque no absoluta, porque se utiliza el término “*preferentemente*”. Puede darse la situación que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio en caso de que no influya en el interés del menor, o exista un interés que necesite una mayor protección. Así se ha entendido en la AP de Barcelona, según la cual “*existiendo hijos menores de edad hay que atender de forma preferente y prioritaria como interés más necesitado de protección al del hijo (...). El favor filii es el punto de referencia en torno al que ha de girar la decisión judicial sobre la atribución del uso del domicilio que fue familiar. Este es sin duda el punto de partida y destino de la regulación contenida en los citados preceptos. (...) El legislador está presumiendo que, en la ruptura, el interés más necesitado de protección es el de los hijos menores de edad a cuya satisfacción se ordena la atribución del uso del domicilio familiar a fin de garantizarles una vivienda digna y la estabilidad que resulta del hecho de continuar residiendo en el mismo entorno en el que vivían antes de la ruptura. Se trata de una presunción iuris tantum, como resulta del uso del adverbio "preferentemente", en razón de la cual, en los supuestos de atribución en exclusiva a uno de los progenitores de la guarda de los hijos menores, la regla general será la atribución a dicho progenitor del uso de la vivienda familiar mientras ésta dure. Sólo de forma excepcional, cuando de la prueba practicada resulte la no afectación del interés de los menores, su mejor satisfacción por otro medio o la existencia de un interés más necesitado de protección, procederá la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que no ostenta la guarda en exclusiva*”⁹⁹.

La atribución del uso de la vivienda familiar es en favor del cónyuge y no de los hijos comunes¹⁰⁰. Esto tiene relevancia sobre todo a efectos registrales del derecho de uso sobre la vivienda familiar. Hay que tener en cuenta que se trata de “*la guarda de los hijos comunes*”, por lo tanto, si el hijo no es común al matrimonio la norma no es

⁹⁹ SAP de Girona 209/2014 (Sección 1ª) de 30 de junio. FJ 3º (JUR 2014\236356).

¹⁰⁰ Esto es una gran diferencia en relación al CC debido a que en éste la atribución del uso corresponde a los hijos y al cónyuge (art 96.1 CC). Así lo demuestra la STS 257/2012 f. j. 2º (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 26 de abril. (RJ 2012\6102) por la cual “*el principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación; (...) La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien*”.

aplicable. La atribución del uso de la vivienda familiar será limitada en el tiempo ya que se asigna hasta que los hijos cumplan la mayoría de edad (art. 233-20.3 b) CCCat). Sin embargo, existen sentencias anteriores a la aprobación del Libro Segundo del CCCat que prorrogan el uso de la vivienda familiar alcanzada la mayoría de edad de los hijos debido a que consideran la normativa no se debe interpretar de forma estricta. Según la Sentencia de la AP de Barcelona en la cual *“el uso se atribuye preferentemente al cónyuge que tenga atribuida la guarda mientras dure esta, ello no puede ser interpretado literalmente y de forma restrictiva en el sentido de entender que automáticamente al alcanzar la mayoría de edad el hijo se extinguiría el derecho de uso. (...) la atribución se mantendrá en tanto subsista la obligación del padre de continuar abonando alimentos al hijo , pues no olvidemos que la "habitación" es uno de los componentes del deber de alimentos (...) , mientras el hijo se esté formando y no tenga ingresos propios que le permitan vivir de forma independiente y en suma, mientras persista la necesidad”*¹⁰¹.

Con la aprobación del Libro Segundo del CCCat queda demostrado que no se extenderá la protección de los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad, debido a que la finalización de la guarda es una de las causas de extinción del derecho de uso (233-24.1 CCCat). No obstante lo anterior, según el art. 233-20.3.c) CCCat si los hijos alcanzan la mayoría de edad se podrá prolongar el uso de la vivienda familiar pero a través del criterio de mayor necesidad del cónyuge¹⁰². En este caso se deberá analizar la situación en la que se encuentran los hijos y el cónyuge, y, en caso de ser necesario, se podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas para prorrogar el uso de la vivienda familiar.¹⁰³

b) Atribución del uso al cónyuge más necesitado de protección

Para la atribución del uso de la vivienda familiar *“al cónyuge más necesitado”* existen varios criterios. El concepto de necesidad está relacionado a una necesidad económica aunque se pueden valorar otras circunstancias, como las profesionales,

¹⁰¹ SAP de Barcelona 363/2007 (Sección 18ª) de 13 de julio. FJ 1º (JUR 2007\342028).

¹⁰² CASO SEÑAL, OP CIT., p. 915

¹⁰³ PUIG BLANES, op. cit., p. 408.

familiares o personales¹⁰⁴. Uno de los criterios de la atribución de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado está recogido en el art. 233-20.3 a) CCCat, según el cual el Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado si la guarda de los hijos queda “*compartida o distribuida*” entre los progenitores. El ejercicio de la guarda está recogido en el art. 233-10 CCCat que considera preferente el régimen de guarda establecido por los cónyuges en el plan de parentalidad¹⁰⁵, excepto que sea perjudicial para los hijos (art. 233-10.1 CCCat). En caso que no exista acuerdo o si éste no se ha aprobado, será la autoridad judicial la que determine la forma de ejercer la guarda, “*atendiéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales de conformidad con el artículo 233-8.1*”. Sin embargo, se podrá ejercer la guarda de forma individual si es lo que más conviene al interés del hijo (art. 233-10.2 CCCat)¹⁰⁶. Considero que la opción preferencial y prioritaria, en defecto de pacto, debe de ser la guarda compartida, debido a que sólo en el caso de que convenga más al menor, la solución deberá ser la guarda individual. La guarda compartida será la regla general, y

¹⁰⁴ BOSCH CAPDEVILA, en DEL POZO CARRASCOSA *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁵ El concepto de plan de parentalidad está recogido en el Preámbulo del CCCat, concretamente en su apartado III c y “*es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos*”.

¹⁰⁶ En la Sentencia de la AP de Barcelona 102/2007 (Sección 18ª) de 20 de febrero. FJ 2º (JUR 2007\101427) se recogen las ventajas e inconvenientes más relevantes de la guarda compartida. Entre los inconvenientes se encuentran “*la posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores*”. En lo que respecta a las ventajas la Sentencia, a la que ahora se alude, considera que son mayores que los inconvenientes debido a que “*se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja, siendo tal presencia similar de ambas figuras parentales y constituye el modelo de convivencia que más se acerca a la forma de vivir de los hijos durante la convivencia de pareja de sus padres, por lo que la ruptura resulta menos traumática; b) se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono; sentimiento de lealtad; sentimiento de culpa; sentimiento de negación; sentimiento de suplantación; etc., c) se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto y se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos; e) se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abonarse la pensión de alimentos, consiguiendo, además, con ello, una mayor concienciación de ambos en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos; f) no se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores; g) hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional, con lo que se evitan de esta manera dinámicas de dependencia en la relación con los hijos, pues en ocasiones el dolor y vacío que produce una separación se tiende a suplir con la compañía del hijo o hija que se convierte así en la única razón de vivir de un progenitor; y h) los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte asimismo en un modelo educativo de conducta para el menor*”.

la subsidiaria y excepcional será la guarda individual debido a que el término “*sin embargo*” utilizado por el art. 233-10.2 CCCat “*denota que la excepcionalidad se predicará de la custodia individual y no de la compartida aunque no haya acuerdo de los progenitores*”¹⁰⁷.

Otro criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es la atribución al cónyuge “*más necesitado*”, si los cónyuges no tienen hijos o si los hijos son mayores de edad (art. 233-20.3.b) CCCat). Aquí existe una diferencia con la regulación de la pareja estable. En caso de parejas estables, en el supuesto de falta de acuerdo, si no existen hijos o los hijos son mayores de edad, no se le puede otorgar el uso de la vivienda familiar a ningún integrante de la pareja, es decir, solo existe atribución del uso de la vivienda familiar cuando haya hijos menores sujetos a guarda. En caso que la guarda sea individual, la atribución del uso de la vivienda familiar se hará al progenitor que ostente la guarda y mientras dure esta (art. 234-8.2 a) CCCat). Por otro lado, si la guarda es compartida, el uso de la vivienda se realizará al progenitor que tenga mayor necesidad (art. 234-8-2 b) CCCat)¹⁰⁸. Según CASO SEÑAL no es un olvido del legislador sino que se ha querido “*prolongar la protección al conviviente más necesitado en perjuicio o límite del derecho de propiedad*”¹⁰⁹. Así se ha entendido en la Sentencia de la AP de Barcelona, que declara extinguido el uso de la vivienda habitual concedido a la madre, ya que el hijo llegó a la mayoría de edad y, como la vivienda es propiedad de los dos progenitores, se podrá ejercer la acción de división del bien común: “*La mayoría de edad supone la extinción del ejercicio de la patria potestad, y consecuentemente de la guarda y custodia concedida en el proceso meritado, siendo también causa del cese de la utilización del domicilio familiar (...) Los titulares del dominio de la vivienda familiar, es decir las partes del presente proceso, podrán deducir en pleito a parte, la acción de división del bien común, en defecto del proceder a su liquidación fuera del proceso judicial, y por la vía del artículo 552.11 del Código Civil de Cataluña*”¹¹⁰. En Sentencia de la AP de Barcelona se encuentra recogido la

¹⁰⁷ ALASCIO CARRASCO, Laura. La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, nº 2, p 10.

¹⁰⁸ CASO SEÑAL en ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 964.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 964.

¹¹⁰ AP de Barcelona 487/2012 (Sección 12ª) de 11 de julio. f. j. 2º (JUR 2012\280314).

denegación del uso de la vivienda familiar en caso de ausencia de hijos comunes: *“Efectivamente, el legislador catalán ha diferenciado las parejas matrimoniales de las no matrimoniales, y en cuanto a estas últimas solo ha previsto la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de existencia de hijos comunes menores de edad obviando el argumento de la necesidad de la parte más necesitada, que si ha previsto como motivo de atribución del uso de la vivienda para el caso de parejas matrimoniales. En el caso de autos las partes no han tenido hijos comunes de manera que no procede hacer especial atribución del uso de la vivienda, por lo que este pronunciamiento de la sentencia debe asimismo, ser confirmado”*¹¹¹.

El siguiente criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es la atribución al cónyuge *“más necesitado”* si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad (art. 233-20.3.b CCCat). Según DÍAZ FRAILE este apartado *“no está bien redactado ya que no se trata de un supuesto de excepción a la regla general de atribución (al cónyuge titular de la guarda), sino de una excepción a la regla general de la duración (no se termina al terminar la custodia)”*¹¹².

Los tres supuestos del art. 233-20.3 CCCat son la norma general de atribución y la excepción se encuentra en el art. 233-20.4 CCCat al establecer que *“excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos”*¹¹³ Este artículo, que rompe la regla general del art. 233-20.3 CCCat, está sujeto a un requisito doble: por un lado, una necesidad mayor por parte de uno de

¹¹¹ AP de Barcelona 127/2014 (Sección 18ª) de 20 de febrero .f. j. 3º (JUR 2014\8547).

¹¹² DÍAZ FRAILE en BARRADA ORELLANA, *op. cit.*, p. 431.

¹¹³ El Preámbulo del Libro Segundo del CCCat en su apartado III. c establece que *“las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar presentan novedades importantes. A pesar de partir de atribuirlo, preferentemente, al cónyuge a quien corresponda la guarda de los hijos, se pone énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto. Por ello, se prevé que, a solicitud del interesado, pueda excluirse la atribución del uso de la vivienda familiar si quien sería beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de este”*.

los cónyuges y, por otro, una situación de capacidad económica por parte del otro cónyuge¹¹⁴.

2.3.3. Duración del derecho de uso de la vivienda familiar

La atribución del uso de la vivienda familiar en los casos previstos en los artículos 233-30.3 y 233-20.4 CCCat se realizarán con carácter temporal¹¹⁵ y es susceptible de prórroga, que también es temporal, siempre que se mantengan las circunstancias que la motivaron (art. 233-20.5 CCCat). Esta temporalidad se recoge en la Sentencia del TSJ de Cataluña por la cual *“el Codi civil de Catalunya no contempla una atribució indefinida de l'ús de l'habitatge familiar, sinó que l'article 233-20.5 estableix, en tot cas, i malgrat la situació de necessitat que l'atribució sigui sempre temporal, sense perjudici de pròrroga, també temporal, si es mantenen les circumstàncies que la van motivar”*¹¹⁶.

Para la DGRN no se necesita señalar un plazo de duración del derecho de uso debido a que considera que no es propiamente un derecho real sino que es de carácter familiar. Además considera que *“aunque no se señale un plazo de duración, siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye; y la atribución del repetido derecho no es irrevocable, pues, como parte de las medidas que acuerda el Juez en los casos de separación y divorcio, habrán de cambiarse cuando se alteren las circunstancias (...), con lo que el señalamiento de un plazo de duración podría inducir a confusión siendo tal plazo, por su naturaleza, esencialmente prorrogable”*¹¹⁷. En similar sentido, la AP de Tarragona considera que no resulta procedente la fijación de un plazo de tiempo del uso de la vivienda familiar *“al desconocer en el momento actual,*

¹¹⁴ DÍAZ FRAILE en BARRADA ORELLANA, *op. cit.*, p. 433.

¹¹⁵ El Preámbulo del Libro Segundo del CCCat en su apartado III. c establece que *“la atribución por razón de la necesidad es siempre temporal, sin perjuicio de que puedan instarse las prórrogas que procedan. Quiere ponerse freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular”*.

¹¹⁶ STSJ de Cataluña 11/2014 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 24 de febrero. FJ 5º (RJ 2014\2222).

¹¹⁷ Resolución DGRN de 20 febrero de 2004. (RJ 2004\2376).

cuándo pueden cesar o variar las causas que han dado lugar a la atribución del uso de la vivienda a la demandada”¹¹⁸.

La Sentencia del TSJ de Cataluña, dictada a consecuencia de un juicio de separación, otorgó el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa, que tenía sesenta años y se había dedicado al hogar durante los años de matrimonio, con carácter temporal hasta la venta de la vivienda. Esta Sentencia fue apelada por la esposa. El recurso fue estimado y se declaró el uso de la vivienda familiar sin límite temporal. Posteriormente fue recurrido por el ex cónyuge, pero le fue desestimado por el TSJ de Cataluña con el argumento siguiente en relación al art. 83.2.b CF: *“Una interpretació estrictament literal de l'indicat precepte semblaria conduir a una única i inequívoca conclusió: la voluntat del legislador d'establir sempre i en tot cas un termini en l'atribució de l'habitatge familiar, tant si hi ha fills menors d'edat com si no. Per al primer supòsit (a on s'assenyala la preferència d'atribució en favor del cònjuge encarregat de la guarda dels menors), la duració vindrà marcada, amb caràcter general, per l'edat d'aquests, ja que la cessació de la guarda comportarà també la de l'ús de l'habitatge. Per al segon supòsit, o sigui pel cas d'inexistència de fills (per a no tenir-ne el matrimoni o haver-se emancipat aquells) es faria l'atribució al cònjuge més necessitat de protecció sempre amb caràcter temporal, sense perjudici de atorgar pròrroga en cas de subsistència d'aquella necessitat”*¹¹⁹. Además para el TSJ el interés más necesitado de protección es el de la esposa y eso justifica su adjudicación sin limitación de tiempo mientras dure la necesidad¹²⁰.

2.3.4. Sustitución de la vivienda familiar por otras residencias

Según el art. 233-20.6 CCCat la autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y de los hijos. El CF, concretamente, en el art. 76.3.a) diferenciaba entre el uso de la vivienda familiar y, si existían, el de las demás

¹¹⁸ SAP de Tarragona 28/2005 (Sección 1ª) de 13 de enero. FJ 1º (JUR 2005\71486).

¹¹⁹ STSJ de Cataluña 33/2003 (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única) de 22 de septiembre. FJ 2º (RJ 2003\7128).

¹²⁰ MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel. Crisis Conyugal: limitaciones del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, nº 705, p. 382.

residencias¹²¹. Al respecto, la Sentencia de la AP de Barcelona establece que “a diferencia del Código de Familia de Cataluña, que permitía atribuir, en ciertos casos el uso de las segundas residencias de los cónyuges, el Código Civil (LEG 1889, 27) de Cataluña actual, que ha derogado la anterior legislación, no regula específicamente tal medida, haciendo referencia, tan solo, en el artículo 233-20.6 del mismo, que el órgano judicial puede sustituir la atribución del uso del domicilio familiar, por otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge e hijos. La ausencia de regulación, en la actualidad, sobre el uso de las segundas residencias, por propia y voluntaria decisión del legislador, conduce a constituir materia extraña al proceso matrimonial, debiendo dilucidarse en proceso distinto, en donde pueda ejercitarse la acción de división del bien común, o adoptar los acuerdos que sean necesarios o instando la decisión judicial, en defecto de consenso, sobre el uso alternativo de tales residencias por parte de ambos partícipes en la comunidad de bienes”¹²².

El CCCat permite la atribución del uso de otras residencias en los procesos de mutuo acuerdo pero no cuando se trata de un procedimiento contencioso. Así se ha entendido en la Sentencia del Tribunal Supremo según la cual en el CCCat solo se permite al Juez atribuir una vivienda distinta de la vivienda habitual siempre que sea más apta, “el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio”. Además esta Sentencia formula la siguiente doctrina “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”¹²³

¹²¹ Tal como indica CASO SEÑAL en ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 919, el art 233-20.6 CCCat tiene un alcance menor que el art 76.3 a) CF debido a que el CCCat solo posibilita a que la autoridad judicial atribuya su uso si es idónea para el cónyuge e hijos, en cambio el CF existían 2 posibilidades.

¹²² SAP de Barcelona 283/2014 (Sección 12ª) de 29 abril de 2014. FJ 4º. (JUR 2014\134683).

¹²³ STS 284/2012 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 9 de mayo. FJ 4º (RJ 2012\5137).

3. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda familiar

3.1. Exclusión

En el art. 233-21.1 CCCat se regulan los supuestos en los cuales la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar. El primero de ellos es en el supuesto en que el cónyuge, que sería beneficiario del uso por razones de la guarda de los hijos, cuenta con medios suficientes para cubrir sus necesidades de vivienda y la de los hijos (art. 233-21.1.a) CCCat). BOSCH CAPDEVILA considera que existe un “*paralelismo*” con el art. 233-20.4 CCCat, pero con dos matices. Por un lado lo que se solicita es la exclusión de la atribución del uso de la vivienda familiar y no la atribución en sí. Por otro lado, no se menciona la situación de necesidad¹²⁴. La AP de Barcelona considera que esta forma de exclusión regulada en el art. 233-21.1.a) CCCat es excepcional y se limita a los casos en que exista una “*marcada desigualdad económica entre los progenitores*”. Además “*en cuanto a la naturaleza de los "medios" de que disponga el progenitor custodio, a diferencia de lo apuntado por algunos autores, no es preciso que se trate de la titularidad de otros inmuebles en condiciones de ser habitados y situados en el mismo entorno en el que se hallaba el domicilio familiar, aun cuando esto sea lo más deseable, bastando con que sirvan para dicha finalidad utilitaria, aun cuando no comporten la propiedad del inmueble en cuestión*”. Según la Sentencia es posible que estos “medios” provengan de la constitución de una nueva unidad familiar del progenitor custodio. Cuando la exclusión del uso de la vivienda familiar tenga razón porque el beneficiario del uso, por razón de la guarda de los hijos, tenga medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, puede actuar como una causa de modificación de la atribución inicial que realiza el art. 233-20 CCCat “*en aquellos casos en que la adquisición de los "medios suficientes" por parte del progenitor custodio beneficiario del uso fuere sobrevenida y dicha circunstancia pudiera considerarse, en atención a las peculiaridades del caso, una variación sustancial de las que fueron consideradas en un primer momento (art. 233-7.1 CCCat)*”¹²⁵.

El segundo supuesto de exclusión es aquel en que el cónyuge que deba ceder el uso pueda asumir y garantizar “*suficientemente*” el pago de las pensiones de alimentos de

¹²⁴ BOSCH CAPDEVILA en DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁵ STSJ de Cataluña 8/2014 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 3 de febrero. FJ 5º (RJ 2014\1568).

los hijos y, en su caso, el de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos. (art. 233-21.1.b CCCat). Es un caso de sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar por una prestación económica equivalente. Para CASO SEÑAL esta sustitución debe ser una realidad en el momento de la sentencia y no “*una mera hipótesis condicionada a la división/venta de la vivienda*”¹²⁶.

3.2. Límites

3.2.1. Límites derivados del propio título

Según el art. 233-21.2 CCCat “*Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias*”. El contenido de esta norma acoge con carácter novedoso ¹²⁷, dos supuestos posibles: la ocupación basada en un título diferente al del propietario y la ocupación basadas en la tolerancia.

En el supuesto más habitual de ocupación por título diferente al del propietario es el de arrendamiento. Si la atribución judicial del uso de la vivienda familiar se realiza a favor del cónyuge no arrendatario, el art. 15 LAU¹²⁸ dispone que este pueda continuar

¹²⁶ CASO SEÑAL en ROCA TRÍAS, *op cit.*, p. 921.

¹²⁷ El Preámbulo del Libro Segundo del CCCat en su apartado III establece que “*la materia se completa estableciendo criterios para la distribución de las obligaciones por razón de la vivienda y para la resolución del caso, muy frecuente a la práctica, en que algún familiar próximo haya cedido un inmueble para que vaya a vivir el matrimonio. Como ha reiterado la jurisprudencia, quienes ocupan la vivienda familiar en condición de precaristas no pueden obtener una protección posesoria superior a la que el precario proporciona a la familia. Si la posesión deriva, en cambio, de un título contractual, es preciso ajustarse a lo establecido por éste, sin perjuicio de la posibilidad de subrogación que prevé la legislación de arrendamientos*”.

¹²⁸ Esta ley es de aplicación a partir del 1 de enero de 1995 pero según la Disposición Transitoria Primera a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, se les aplicará la LAU según la Disposición Transitoria Segunda.

en el uso de la vivienda arrendada. El cónyuge a quien se atribuya el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato. Además si el cónyuge no titular decide continuar deberá comunicárselo al arrendador en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución judicial. Considero que el incumplimiento de la obligación de notificar impuesto por el art.15 LAU, que es de carácter imperativo¹²⁹, dará derecho a la otra parte a promover la resolución del contrato según lo dispuesto en el art. 1124 CC (art. 27.1 LAU).

El art. 15 LAU plantea dudas acerca de si la atribución del uso a favor del cónyuge no titular del contrato de arrendamiento es una subrogación del contrato o si se realiza una cesión del uso de la vivienda familiar¹³⁰.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia las opiniones no son unánimes. Desde un sector se entiende que existe una subrogación, dado que se *“se produce una cesión o subrogación ex lege de la cualidad de arrendatario, de tal modo que el cónyuge adjudicatario pasa a ocupar la posición que originariamente tenía su consorte en el contrato de arrendamiento y el primitivo titular deja de formar parte en ese contrato”*¹³¹. Entre los defensores de esta teoría se encuentran ELORRIAGA DE BONIS, quien considera que el art. 15 LAU no es claro respecto al carácter del cónyuge beneficiario¹³². En la misma línea, VENDRELL FERRER opina que la mejor protección de los intereses familiares es la subrogación, ya que coincide totalmente el titular del derecho y el uso de la vivienda¹³³.

El art. 15 LAU fue modificado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

¹²⁹ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Pilar. *Definición y atribución del domicilio familiar*. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Seminario Permanente de Ciencias Sociales, 2008. p. 24.

¹³⁰ COLÁS ESCANDÓN, Ana María. La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, nº 13, apartado III.

¹³¹ *Ibíd.*, apartado III.

¹³² ELORRIAGA DE BONIS, *op. cit.*, p. 539 a 541.

¹³³ VENDRELL FERRER, Eudald. La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1987, nº 4, pp. 985-1010.

En una posición contraria se sitúan quienes consideran que es una cesión del uso de la vivienda familiar. Según este sector *“el único derecho que se atribuye al cónyuge del arrendatario es un simple derecho de uso, que no implica un cambio en la titularidad del contrato de arrendamiento, de tal modo que frente al arrendador el arrendatario seguirá siendo el cónyuge firmante del contrato”*¹³⁴. Para BENAVENTE MOREDA carecen de motivos los preceptos de la subrogación *“sobre todo si se afirma que el cónyuge no contratante se encuentra en la misma situación jurídica contractual que el otro”*¹³⁵. En este sentido, un sector de la jurisprudencia considera que no se trata de una subrogación sino de una posesión material de la vivienda, es decir, que continuará siendo arrendatario el cónyuge que firmó el contrato. Así, la Sentencia de la AP de Barcelona establece que *“el art. 15 LAU no eleva al cónyuge atributario a la categoría de subrogado en la posición contractual del arrendatario sino que únicamente permiten seguir considerando al cónyuge separado legalmente o divorciado como poseedor material de la vivienda con base en el título arrendaticio de su consorte”*¹³⁶. En el mismo sentido en Sentencia de esta misma Audiencia se menciona que *“independientemente de cuál de los dos cónyuges sea titular del contrato de arrendamiento, la atribución de la vivienda familiar se realice a uno de ellos, tanto a través del convenio regulador aprobado judicialmente, como de la decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, no es más que la atribución del uso exclusivo de la misma, esto es su derecho a usarla y disfrutarla. Derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, (...) lo cierto es que en la atribución del uso, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador, y ello porque aquélla no es definitiva, en la medida en que tanto el convenio aprobado judicialmente como las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso son susceptibles de modificación si varían las circunstancias que sirvieron de fundamento a su adopción, de ahí que en una determinada situación si fuere otro el interés familiar más digno de protección, se daría un cambio en el uso, tornando éste por ejemplo al*

¹³⁴ COLÁS ESCANDÓN, *op. cit.*, apartado III.

¹³⁵ BENAVENTE MOREDA, Pilar. Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma. *Anuario de Derecho Civil*, 1988, nº III, p. 874.

¹³⁶ SAP de Barcelona 115/2006 (Sección 4ª) de 8 marzo. FJ 3º (JUR 2006\227235).

cónyuge-arrendatario, modificación que es obvio no podría darse si se entendiera que estamos ante una verdadera cesión con cambio de titularidad contractual”¹³⁷.

Después de haber analizado las diferentes posturas en favor de la tesis de la subrogación como la que sostiene que es una cesión del uso de la vivienda familiar, me posiciono a favor de la tesis que considera que es una cesión del uso de la vivienda familiar. Las razones que fundamentan mi postura son, en primer lugar que el art. 15 LAU no cede el contrato, es decir, no realiza una subrogación ya que estipula que el cónyuge no arrendatario *“podrá continuar con el uso de la vivienda arrendada”*. En segundo lugar, el art. 7 LAU establece que el arrendamiento de vivienda no se pierde tal condición, aunque el arrendatario no tenga en la finca su vivienda permanente. Por otra parte, también se puede argumentar en favor de la postura a la que me adhiero que si la LAU hubiera optado por una subrogación lo hubiera regulado expresamente, como ocurre en otros supuestos dentro del articulado.

En el caso de mera tolerancia del propietario o cuando se posee la vivienda familiar sin título existe una situación de precario. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³⁸ cuando exista un contrato entre las partes, por ejemplo, de comodato, que se caracteriza por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto, los conflictos se deberán resolver conforme a lo establecido en el contrato. En el supuesto de que no exista un negocio jurídico y sea una posesión tolerada es una situación de precario.

En una de las primeras sentencias en torno al precario, el Tribunal Supremo define este concepto en relación a una vivienda que unos padres dejaron a un hijo. Según el Tribunal, *“aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho Romano le configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin, el cedente o el cesionario (...) la cesión del uso y disfrute de una*

¹³⁷ Auto AP de Barcelona (Sección 4ª) de 27 de febrero 2002. FJ 1º (AC 2002\978).

¹³⁸ STS 772/2010 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 de noviembre. FJ 3º (RJ 2011\936).

vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente”¹³⁹. Posteriormente el Tribunal ha solucionado de diferentes formas situaciones similares. En una de las primeras sentencias sobre la cuestión, el Tribunal considera la situación como comodato y no como precario. Según el Alto Tribunal en este caso el uso de la vivienda se fija “por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal «uso preciso y determinado» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda como tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la «necesidad urgente» de los dueños para recuperar el piso”¹⁴⁰.

En Sentencia posterior el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre este tema poniendo de relieve que “la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía”. Para el Tribunal en este caso, los beneficiarios del derecho de uso no pueden obtener una protección posesoria “superior al que el hecho del precario proporciona a la familia”¹⁴¹. Finalmente, en el año 2005 el Tribunal Supremo adopta una única línea según cual “cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades: 1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil (LEG 1889, 27) atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil., sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente. Pero hay que tener en cuenta que la relación contractual debe constar de forma clara, aunque puede deducirse también de los actos tácitos de las partes. Pero si

¹³⁹ STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre 1964. (RJ 1964\5552).

¹⁴⁰ STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 1992. FJ 3º (RJ 1992\10250).

¹⁴¹ STS 119/1994 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre. FJ 2º (RJ 1994\10330).

cuando cesa este uso, el concedente no reclama la devolución del inmueble dado en comodato, la situación del usuario es la de un precarista. 2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 (RJ 1986, 6017) define como el «[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella», por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño »¹⁴². En esta última Sentencia se llega a la conclusión que cuando exista un contrato entre el titular que cede la vivienda familiar y los que la reciben, se aplicarán los efectos de ese contrato, al poseer las características del comodato, En cambio, en caso de no existir contrato, se considerará un supuesto de precario.

3.2.2. Límites pactados por las partes

Según el art. 233-21.3 CCCat es posible establecer pactos con anterioridad a la crisis matrimonial, es decir, pactos en previsión de ruptura en los términos del art. 231-20 CCCat. Los pactos no son eficaces si perjudican el interés de los hijos, lo mismo que aquellos que no forman parte de un convenio regulador, ni los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso. Estos pactos son los regulados en el art. 233.20 CCCat¹⁴³. En la Disposición Transitoria Tercera del CCCat se establece que los procesos matrimoniales iniciados antes de la entrada en vigor del Libro Segundo del CCCat se aplican la normativa vigente en el momento de iniciarlos, excepto que las partes pacten adoptar las medidas provisionales y definitivas y, en caso que proceda, liquidar los bienes comunes de acuerdo con lo establecido por el CC. No obstante las partes pueden, mediante el procedimiento establecido para medidas definitivas, acordar la sustitución de la atribución del uso de la vivienda habitual por el abono de una prestación dineraria.

¹⁴² STS 1022/2005 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 26 diciembre. FJ 5º (RJ 2006\180)

¹⁴³ Vid. *Supra* p. 38.

CONCLUSIONES

- I. Respecto al concepto de vivienda familiar en relación con el concepto de domicilio familiar, a pesar de las discrepancias que han sido puestas de relieve, entiendo que se identifican en el contexto de este trabajo, ya que se puede entender que ambos casos se refieren al espacio habitable donde los miembros de una misma familia (vivienda familiar) desarrollan las relaciones familiares cotidianas (domicilio familiar).
- II. El derecho de uso de la vivienda familiar puede ser considerado de naturaleza real y por tanto oponible *erga omnes* si atendemos, no tan solo al art. 233-22 CCCat que permite su inscripción en el Registro de la Propiedad, sino también porque limita las facultades inherentes al derecho real de propiedad, derecho pleno del que se disocia.
- III. En relación a las obligaciones originadas por la vivienda familiar reguladas en el art. 233-23.1.1 CCCat, los gastos inherentes a la titularidad de la vivienda son los contraídos por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar y deberán satisfacerse según lo dispuesto en el título de constitución. Ante la dificultad que entraña la interpretación del art. 231-23-1-1 CCCat, considero que, a falta de pacto, los gastos contraídos por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar son inherentes a la titularidad, esto es, que son a cargo del titular de la obligación y no del titular del derecho de uso. Este argumento puede también fundamentarse en el apartado siguiente norma siguiente, que establece los gastos a cargo del titular del derecho de uso, entre los que no se incluyen los primeros.
- IV. El derecho de uso de la vivienda familiar, al ser un bien con un valor patrimonial específico, el que corresponda a ese bien, puede computarse como pago de la pensión compensatoria. Aunque el art. 233-17 CCCat establece que la pensión compensatoria puede atribuirse en forma de capital, ya sea en bienes o dinero, o en forma de pensión y no se refiera expresamente a esta posibilidad, la misma queda integrada en el supuesto de pago en forma

de capital, ya sea en bienes, o en dinero. En definitiva como valor patrimonial que es, el derecho de uso es apto como pago de la pensión compensatoria.

- V. La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar por períodos determinados genera una serie de ventajas e inconvenientes a tener en cuenta. La ventaja más relevante cuando existen hijos es que estos no se encuentran obligados al cambio constante de domicilio, lo que redundaría en su interés. No obstante, el mayor inconveniente, que supera en gran medida a las ventajas, es que en la práctica es fuente de importantes conflictos entre los progenitores que, cuanto menos, se encuentran obligados a tener otra vivienda, con los gastos que ello comporta.
- VI. El cambio introducido por el art. 233-24.1 CCC, que extingue el derecho de uso de la vivienda familiar cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, no supone cambio alguno respecto de lo contenido en el derogado art. 83.2 a) CF, dado que en la práctica jurisprudencial el derecho de uso se mantiene aunque los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad, mediante la aplicación del criterio de la mayor necesidad del progenitor con el que los hijos conviven (art. 233-20.3. c) CCCat).
- VII. A pesar de alguna discrepancia existente en torno a la temporalidad limitada del uso de la vivienda familiar, se puede afirmar el carácter temporal del mismo, que se desprende del art. 233-20.5 CCCat, al establecer que la atribución realizada en los apartados 3 y 4 del artículo debe realizarse con carácter temporal. Esta atribución temporal, aunque admite prórroga, también es de carácter temporal, por lo que se descarta cualquier atribución de la vivienda familiar ilimitada en el tiempo.
- VIII. La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular no implica una subrogación de este en la titularidad del cónyuge arrendatario, sino una cesión del uso. A esta conclusión se llega atendiendo a lo dispuesto en el art. 15 LH, según el cual en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada, y atendiendo al contenido

del art. 7 que considera igualmente arrendatario a quien tenga otra vivienda permanente, siempre que en la vivienda arrendada habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes.

- IX. El comodato es un contrato que se caracteriza por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En cambio el precario es el disfrute o tenencia de una cosa sin título. La jurisprudencia ha sido vacilante a lo largo de los años en relación a la mera tolerancia del propietario de la vivienda familiar cuando esta se posea sin título debido a que, en ocasiones, lo ha considerado como una situación de comodato y en otras como precario. Se puede afirmar que cuando exista un contrato entre el titular que cede la vivienda familiar y los que la reciben, se aplicarán los efectos de ese contrato, al poseer las características del comodato, En cambio, en caso de no existir contrato, se considerará un supuesto de precario.

JURISPRUDENCIA

a) Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1964. (RJ 1964\5552).
- STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 1992. (RJ 1992\10250).
- STS 1149/1992 (Sala de lo Civil) de 11 de diciembre. (RJ 1992\10136).
- STS 119/1994 (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre. (RJ 1994\10330).
- STS 310/2004 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 22 de abril. (RJ 2004\2713).
- STS 1234/2004 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 14 de diciembre. (RJ 2004\7919).
- STS 1022/2005 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 26 diciembre. (RJ 2006\180).
- STS 646/2006 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 20 de junio. (RJ 2006\3389).
- STS 859/2009 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 14 de enero. (RJ 2010\2323).
- STS 861/2009 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 18 de enero. (RJ 2010\1274).
- STS 772/2010 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 22 de noviembre. (RJ 2011\936).
- STS 188/2011 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 28 de marzo. f. j. 2º. (RJ 2011\939).
- STS 257/2012 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 26 de abril. (RJ 2012\6102).
- STS 284/2012 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 9 de mayo. (RJ 2012\5137).
- STS 340/2012 (Sala de lo Civil, Sección1ª) de 31 de mayo. (RJ 2012\6550).

b) Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Cataluña 33/2003 (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única) de 22 de septiembre. (RJ 2003\7128).
- STSJ de Cataluña 17/2008 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 8 de mayo. (JUR 2009\296272).
- STSJ de Cataluña 49/2009 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 3 de diciembre. (RJ 2010\143).
- STSJ de Cataluña 46/2012 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 12 de julio. (RJ 2012\10025)
- STSJ de Cataluña 8/2014 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 3 de febrero. (RJ 2014\1568)
- STSJ de Cataluña 11/2014 (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 24 de febrero. (RJ 2014\2222).
- Auto del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 26 de mayo de 2014 (JUR 2014\196860).

c) Audiencias Provinciales

- Auto AP de Girona 146/1998 (Sección 2ª) de 1 de abril. (AC 1998\806).
- Auto AP de Barcelona (Sección 12ª) de 23 de abril de 1998. (AC 1998\4532).
- SAP de Las Palmas 100/2000 (Sección 4ª) de 27 enero. (JUR 2000\159871).
- Auto AP de Barcelona (Sección 4ª) de 27 de febrero de 2002. (AC 2002\978).
- SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 29 de julio de 2002. (JUR 2002\279549).
- SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 2 de septiembre de 2002. (JUR 2002\271492).
- SAP de Madrid 147/2004 (Sección 24ª) de 25 de febrero. (JUR 2004\260814).
- SAP de Tarragona 28/2005 (Sección 1ª) de 13 de enero. (JUR 2005\71486).
- SAP de Barcelona 115/2006 (Sección 4ª) de 8 de marzo. (JUR 2006\227235).
- SAP de Barcelona 102/2007 (Sección 18ª) de 20 de febrero. (JUR 2007\101427)
- SAP de Barcelona 363/2007 (Sección 18ª) de 13 de julio. (JUR 2007\342028).
- SAP de León 6/2010 (Sección 2ª) de 14 de enero. (JUR 2010\106720).
- SAP de Barcelona 487/2012 (Sección 12ª) de 11 de julio. (JUR 2012\280314).
- SAP de Barcelona 127/2014 (Sección 18ª) de 20 de febrero. (JUR 2014\8547).
- SAP de Barcelona 283/2014 (Sección 12ª) de 29 abril de 2014. (JUR 2014\134683)
- SAP de Girona 209/2014 (Sección 1ª) de 30 de junio. (JUR 2014\236356).
- SAP de Barcelona 651/2014 (Sección 18ª) de 6 de octubre. (JUR 2014\295509).
- SAP de Barcelona 646/2014 (Sección 12ª) de 23 de octubre. (JUR 2015\10711).

d) Resoluciones DGRN

- Resolución DGRN de 31 de marzo de 2000. (RJ 2000\2739)
- Resolución DGRN de 21 de junio de 2004. (RJ 2004\548).
- Resolución DGRN de 27 de agosto de 2008. (RJ 2008\8285).
- Resolución DGRN de 20 de 10 octubre 2008. (RJ 2009\634).
- Resolución DGRN de 14 de mayo de 2009. (RJ 2009\3009).

BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, Laura. La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC): a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, nº 2, pp. 1-25. ISSN- e: 1698-739X.

BARRADA ORELLANA, Reyes; GARRIDO MELERO, Martín; NASARRE AZNAR, Sergio (coord.). *El nuevo derecho de la persona y de la familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, 2011. 990 p. ISBN: 978-84979004412.

BENAVENTE MOREDA, Pilar. Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma. *Anuario de Derecho Civil*, 1988, nº III, pp. 949-895.

COLÁS ESCANDÓN, Ana María. La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2003, nº 2. ISSN: 1133-0198. ISSN- e: 1139-0638.

DE LA PUENTE ALFARO, Fernando. La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, nº 698, pp. 2359-2379. ISSN: 0210-0444.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de familia*. Madrid: Marcial Pons, 2013. 629 p. ISBN: 978-84-15948-11-7.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. La supresión de las causas de separación y divorcio en la ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil. *Revista Jurídica de Castilla y León*. 2007, nº 13, pp. 53-111. ISSN: 1696-6759.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Pilar. *Definición y atribución del domicilio familiar*. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Seminario Permanente de Ciencias Sociales, 2008. ISSN: 1887-3464.

DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Pilar. *La protección de la vivienda familiar en situación de normalidad en el ordenamiento jurídico civil*. Pamplona 2012. (BIB 2012\1018).

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*. Pamplona: Aranzadi, 1995. 658 p. ISBN: 84-8193-189-6.

ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Barcelona: PPU, 1992. 265 p. ISBN: 84-477-0030-5.

GARRIDO MELERO, Martin. *Derecho de Familia: un análisis del Código Civil catalán y su correlación con el Código Civil español*. 2a. ed. Madrid: Marcial Pons, 2013. 2 v. 978-84-15948-03-02 (vol. 1). 978-84-15948-03-02 (vol. 2).

GETE -ALONSO Y CALERA, María del Carmen; SOLÉ RESINA, Judith; YSÁS SOLANES, María. *Derecho de la Persona Vigente en Cataluña: Adaptado a la Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2011. 343 p. ISBN: 978-84-9004-033-1.

GIL MEMBRADO, Cristina. *La vivienda familiar*. Madrid: Reus, 2013. 287 p. ISBN: 978-84-290-1738-0.

HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen. *La separación de hecho matrimonial*. Madrid: Editoriales de Derechos Reunidas, 1982. 271 p. ISBN: 8471303809.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen. *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2012. 260 p. ISBN: 978-84-92884-45-2.

MARSAL GUILLAMET, Joan. *Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (maig-juliol 2009)*. *Revista para el Análisis del Derecho*, 2009. Nº 4, pp. 1-16. ISSN-e: 1698-739X.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar. *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno* Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999. 599 p. ISBN: 84-88973-97-7.

MURCIA QUINTANA, Emilio. *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: artículo 1320 del Código Civil*. Madrid: Civitas, 2005. 452p. ISBN: 8447018075.

MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel. Crisis Conyugal: limitaciones del uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, nº 705, pp. 379-396. ISSN: 0210-0444.

PÉREZ DAUDÍ (coord.) ; BALADO ASENSIO, Isabel [et al]. *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: Análisis de las principales novedades civiles y aspectos fiscales*. Barcelona: Atelier, 2011. 325 p. ISBN: 978-84-92788-51-4.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier [et al]. La nueva regulación del derecho de familia: legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Madrid: Dykinson, 2011. 179 p. ISBN: 978-84-99821-114-6.

PUIG BLANES, Francisco de Paula; SOSPEDA NAVAS, Francisco José (coordinadores); HOLGADO ESTEBAN, Juan [et al]. *Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2011. 2 t. 9788447038138 (t. 1) 9788447038121 (t 2).

ROCA TRÍAS, Encarnación (coord.). *Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Madrid: Sepin, 2011. 1488 p. ISBN: 978-84-929-9572-1.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, María Eugenia. *Obligaciones de los cónyuges tras el divorcio o la separación*. Madrid: Tecnos, 2012. 88p. ISBN: 978-84-309-5518-3.

SERRANO CASTRO, Francisco de Asís. *Vivienda Familiar y Cargas del Matrimonio*. Madrid: El Derecho Editores, 2010 p. 119. ISBN: 978-84-151-4541-7.

VENDRELL FERRER, Eudald. La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1987, nº 4, pp. 985-1010. ISSN: 1575-0078.

ZANON MASDEU, Luis. *El divorcio en España: Ley de 7 de julio de 1981*. Barcelona: Ediciones Acervo, 1981. 502 p. ISBN: 84-7002-317-9.