

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO
DE RUPTURA DE LOS PROGENITORES: ANÁLISIS DE LA LEY
7/2015, DEL PARLAMENTO VASCO.

USAGE ASSIGNMENT OF THE FAMILY HOME IN THE EVENT
OF SEPARATION OF THE PARENTS: ANALYSIS OF THE ACT
7/2015, OF THE BASQUE PARLIAMENT.

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 145 - 163.

Fecha entrega: 14/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dra. ANA SEISDEDOS MUIÑO
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco
ana.seisdedos@ehu.eus

RESUMEN: Este artículo ofrece un breve análisis del régimen establecido por la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, con relación a la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio de los progenitores, comparándolo con la regulación establecida al respecto por el Código civil español.

PALABRAS CLAVE: separación de los progenitores, vivienda familiar, asignación del uso, hijos menores, custodia de los hijos, ley vasca.

ABSTRACT: This article offers a brief analysis of the regime set out in the law issued by the Basque Parliament, Law 7/2015, regarding the use of the family home in the event of separation or divorce where there are minor children involved, and it makes a comparison with the regime laid out in the Spanish Civil Code for the same situation.

KEY WORDS: separation of parents, family home, usage assignment, minor children, child custody, Basque Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY VASCA 7/2015.- III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN FUNCIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.- IV. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA SEGÚN LAS NECESIDADES DE LOS PROGENITORES.- V .LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.- VI. OTRAS MEDIDAS TENDENTES A ARMONIZAR LOS INTERESES DE AMBOS PROGENITORES.- VII. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

I. INTRODUCCIÓN.

En octubre de 2015 ha entrado en vigor la Ley del Parlamento vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Esta Ley persigue, entre otros objetivos, que en dichos supuestos la atribución de la guarda de los hijos menores a ambos padres de forma compartida no constituya una solución excepcional, tal como ocurre actualmente en el art. 92 CC cuando sólo uno de los padres la solicita.

En efecto, la norma estatal prescribe que “se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento” (art. 92.5 CC). Ahora bien, faltando tal solicitud conjunta de los progenitores, el juez, “excepcionalmente (...) a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor” (art. 92.8 CC). Lo que ocurre es que, por un lado, el TC declaró inconstitucional, en ¹2012, la exigencia de que el informe del Fiscal fuera favorable a la guarda conjunta, por vulneración del artículo 117.3CE y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. De modo que ahora simplemente debe haber informe, en uno u otro sentido, tal como ya exigen la LEC y el párrafo 6 del propio art. 92 CC. Creo que con ello se ha atenuado considerablemente el carácter “excepcional” que tiene en el Código la custodia compartida a solicitud de un solo progenitor. Y de hecho, son varias las sentencias de los últimos años en las que el TS desmiente tal carácter, afirmando que la redacción del art. 92 CC “no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en

¹ STC (Pleno) 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185.)

situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (STS 29 abril 2013,² entre otras).

Así las cosas, estimo que la nueva normativa vasca no aporta realmente novedades importantes en este aspecto, con relación a la estatal. Ambas exigen o bien acuerdo de los dos progenitores o bien, al menos, la petición de uno de ellos, para que pueda establecerse una guarda conjunta. Ninguna ha dado el paso de permitirla sin petición de parte, lo que podría justificarse por la atenuación que en este tipo de procedimientos experimentan los principios de congruencia y dispositivo, en aras del interés superior de los menores afectados. Tampoco la Ley vasca ha llegado al extremo de considerar la custodia conjunta como solución preferente o como regla general, a diferencia de las Leyes aprobadas por las Cortes aragonesas y valencianas, respectivamente. Se limita a indicar que tal sistema se establecerá por el juez, a petición de parte, “siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores” (art. 9.3). Igualmente podrá el juez otorgar a uno solo la guarda “cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor” (art. 9.6).

En cambio, otro de los aspectos de la Ley 7/2015, a cuyo estudio se va a dedicar precisamente este trabajo, sí supone una modificación importante en comparación con la regulación del Código Civil. Se trata de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuestión a la que se refiere el extensísimo artículo 12, integrado por catorce apartados. Frente a ello, el artículo 96 CC ofrece una regulación escueta en exceso, sumamente rígida y aplicable únicamente a los supuestos de custodia monoparental.

Y puesto que la normativa vasca va a desplazar en adelante a la del Código en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi, siempre que se den los puntos de conexión previstos en el artículo 2 de aquella, voy a efectuar un estudio comparativo entre ambas regulaciones, poniendo de manifiesto cómo la Ley 7/2015 ha intentado remediar algunos de los problemas que desde 1981 ha venido generando la interpretación y aplicación del art. 96 CC, haciéndose eco de las soluciones jurisprudenciales que con respecto a ellos se han ido abriendo paso durante los últimos años.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER GENERAL SOBRE EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY VASCA 7/2015.

Aunque la Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo en el Código Civil expresamente la posibilidad de establecer un sistema de custodia compartida

² RAJ 2013, 3269.

en los supuestos de crisis matrimonial, modificando para ello el art. 92, a cuyo contenido me he referido en la Introducción de este estudio, lo cierto es que dicha Ley no modificó, como hubiera sido deseable, el art. 96 del mismo Código, pensado exclusivamente para los casos de guarda individual, ya sea cuando la misma se atribuye a un progenitor sobre todos los hijos de la pareja, ya cuando se produce un reparto de aquéllos entre ambos padres. En el primer supuesto, siempre en defecto de acuerdo aprobado por el Juez, “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. En el segundo, poco frecuente en la práctica, ya que el mismo Código recomienda “no separar a los hermanos”, la norma se limita a proclamar que “el Juez resolverá lo procedente”.

Los adjudicatarios del uso son, por tanto, en el primer supuesto, los hijos, y sólo por relación a ellos el progenitor a quien se haya encomendado su guarda. Y puesto que no se incorpora al texto ningún otro matiz ni previsión, la permanencia de los hijos en la vivienda familiar se erige en criterio único, dándose por sentado que la defensa del interés de aquéllos exige tal solución, por encima de cualquier otra consideración y de la atención a otros intereses concurrentes. El rigor y el automatismo de esta regulación, cuya aplicación ha originado en muchas ocasiones medidas desproporcionadas e injustas, ha conducido, por un lado, a que los Tribunales hayan intentado en cierta medida paliar dichos defectos, y, por otro, a que las legislaciones autonómicas hayan procurado ofrecer una normativa más flexible y orientada a la armonización de los distintos intereses que pueden concurrir.

En cuanto a lo primero, el TS viene efectuando últimamente una reinterpretación o relectura del art. 96.1CC en clave “alimenticia”: se trata de permitir, en determinadas circunstancias, que los hijos menores residan en otra vivienda que satisfaga de forma adecuada su necesidad de habitación, necesidad que se incluye, en definitiva, en la obligación de alimentos que han de prestarles sus progenitores. Cubierta razonablemente dicha necesidad de los hijos, cabría atribuir el uso de la vivienda familiar al padre no custodio, evitando situaciones que a veces pueden calificarse como de auténtico abuso de derecho. Además, la implantación del sistema de custodia compartida obliga en ocasiones a los hijos a variar periódicamente su lugar de residencia, poniéndose así en cuestión el tradicional planteamiento que vincula el interés de los menores con la permanencia en el hogar familiar³.

³ Véase al respecto DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial”, en este mismo ejemplar de *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, pp. 22-26, con cita de las sentencias más recientes del TS acerca de esta cuestión.

Y en cuanto a lo segundo, y centrándome en el análisis de la normativa vasca, la Ley 7/2015 abre su artículo 12 proclamando, como criterios que han de orientar al Juez en esta cuestión, siempre en defecto de acuerdo aprobado por él, no solo la conveniencia de los menores, sino también las necesidades de sus padres y la titularidad de la propia vivienda. La armonización de estos tres factores va estructurando una detallada y bastante farragosa regulación, que admite, además, la posibilidad de que la vivienda familiar sea sustituida por otra que se encuentre a disposición de la pareja. Se presta especial atención, también, a la limitación temporal del derecho de uso y a las causas que pueden motivar su extinción; y se dedica un apartado a la distribución de las obligaciones y gastos relacionados con la adquisición, mejora, conservación y reparación de la vivienda.

III. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN FUNCIÓN DE LA CUSTODIA DE LOS HIJOS.

La idea de que lo mejor para los hijos es, por regla general, continuar residiendo en el que ha sido el alojamiento cotidiano de la familia hasta el momento de la ruptura, idea que suele fundarse en la consideración de que resulta conveniente para ellos la permanencia en su entorno habitual, tiene un reflejo importante, pero muy matizado, en la nueva normativa vasca, cualquiera que sea el sistema de guarda establecido.

Efectivamente, si la custodia va a ser individual, el juez debe otorgar el uso de la vivienda “preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda y custodia de los hijos e hijas si es lo más conveniente para el interés de estos” (art. 12.2). De modo que esta solución se establece como preferente si se considera la más adecuada para los menores⁴, sin dar por sentado que siempre lo sea, superándose así el rígido criterio establecido por el art. 96.1 CC. De la lectura de esta norma, la de la Ley vasca, se desprende que lo preferente es, en realidad, atender al interés de los hijos, y que éste puede no consistir en permanecer en la vivienda familiar junto con el progenitor custodio. Podría ocurrir, por ejemplo, que los progenitores, o uno de ellos, dispusieran en ese momento de una vivienda mejor que la que haya constituido el hogar familiar, y el juez entendiera que satisface en mayor medida el interés de los hijos, en cuanto a su necesidad de disponer de

⁴ Obsérvese que en la redacción de la norma vasca el uso se otorga al progenitor, por el hecho de corresponderle la guarda. En el art. 96.1 CC, en cambio, se atribuye a los hijos y, como consecuencia, “al cónyuge en cuya compañía queden”.

alojamiento adecuado, atribuir al custodio el uso de esa otra vivienda, al amparo de lo dispuesto en el apartado 6 del art. 12⁵.

En el caso de que se haya establecido una guarda conjunta, el art. 12.4 no prioriza ninguna solución, puesto que se limita a proclamar que si “el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas”. Se enfrentan aquí dos posibilidades, sin que resulte claro cuál ha de ser el criterio para decantarse a favor de alguna de ellas.

Consiste la primera en establecer un sistema de uso por turnos, en el que los menores permanecen en el hogar familiar, instalándose en él cada uno de los progenitores durante el periodo en el que le corresponde el ejercicio de la guarda. De manera que en estos supuestos se vincula el uso de la vivienda con el ejercicio de la custodia, alternadamente, por parte de los progenitores. Los hijos disfrutan así de una residencia permanente y de la compañía de ambos padres; pero cada uno de estos ha de tener a su disposición otro lugar en el que poder alojarse fuera de los periodos de convivencia con los menores.

El juez podrá también decantarse por la segunda de las posibilidades que establece el art. 12.4. En tal caso, el uso de la vivienda se desvincula de la custodia, y por ello me ocupo de esta situación en el epígrafe siguiente.

IV. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA SEGÚN LAS NECESIDADES DE LOS PROGENITORES.

Ya hemos visto que el criterio de la protección del interés de los hijos debe coordinarse, según la Ley, con la atención a la “necesidad de los miembros de la pareja” (art. 12.1).

Ello conduce, en los supuestos de custodia compartida, a atribuir el uso a uno solo de aquellos de manera permanente, cuando se trate del padre que tenga mayores dificultades de acceso a una vivienda, siempre que esta solución resulte compatible con el interés superior de los hijos (vid. art. 12.4). En tal caso, la atribución del uso se desvincula del ejercicio de la guarda, de modo que aquel no corresponde, alternadamente, al padre que en cada momento ostente la custodia. Deberán entonces los menores desplazarse

⁵ “El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado”.

periódicamente entre el que fue su hogar familiar y la residencia del progenitor a quien no se haya atribuido el uso. Y este peregrinaje suele ser, precisamente, uno de los mayores inconvenientes que se achacan a la custodia compartida, desde el punto de vista del beneficio de los hijos. Por eso el juez habrá de afinar mucho su argumentación para demostrar que la protección del progenitor más desfavorecido es compatible con la del interés superior de los hijos, que no van a tener, en este supuesto, la posibilidad de disfrutar de una residencia estable. Y debe sobreentenderse, aunque no lo explicita la Ley en este apartado 4, que el progenitor a quien no se atribuya el uso ha de tener medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos durante los periodos en los que permanezcan en su compañía. En definitiva, en estos supuestos cobra especial relevancia la atención a las necesidades de los hijos en su faceta de necesidades alimenticias, que quedan cubiertas viviendo fuera del hogar familiar, en la vivienda que les proporcione el padre menos desfavorecido, y alternadamente en la morada familiar durante los periodos en los que convivan con el otro progenitor, quien a su vez habrá obtenido con este sistema una satisfacción adecuada de su propia necesidad de habitación.

Y si la custodia es individual, puede prescindirse del binomio “guarda-uso de la vivienda”, atribuyéndolo al no custodio siempre que tenga objetivamente “mayores dificultades de acceso a otra vivienda”, y el custodio, a su vez, disponga de “medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores”, resultando además tal solución “compatible con el interés superior de estos” (art. 12.3). De nuevo se refleja en este apartado la idea de que lo primordial es asegurar la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores, sin que ello exija necesariamente atribuir al progenitor custodio el uso del antiguo hogar familiar, cuando existan otros intereses necesitados de protección cuya defensa resulte compatible con la de los intereses de los hijos.

V. LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE USO.

La ley vasca se ha preocupado de precisar la duración que pueda tener la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores, estableciendo a tal efecto una distinción según la circunstancia que haya motivado tal atribución.

Como se sabe, el art. 96.1 CC, cuando adjudica el uso, en los casos de custodia monoparental, “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, no impone ninguna limitación temporal a tal atribución. La doctrina y la jurisprudencia han entendido que, puesto que en esta norma la asignación del

uso se encuentra vinculada a la de la custodia, habrá de subsistir hasta que esta termine por haber alcanzado los hijos la mayoría de edad⁶, sin que sea posible establecer otro tipo de límites, como en algún momento pretendieron algunos Tribunales, al permitir que en las viviendas de carácter ganancial el derecho de uso se extinguiera en el momento de la liquidación del régimen económico conyugal⁷. Alcanzada la mayoría, no resulta ya de aplicación lo dispuesto en el art. 96.1, de modo que ni el progenitor que fue custodio ni los hijos ya mayores ostentan automáticamente un derecho a mantenerse en el uso de la vivienda familiar, ni siquiera en el caso de que se encuentren en situación de necesidad, ya que habrán de aplicarse entonces las normas relativas a la obligación de alimentos entre parientes (arts. 142 y ss. CC), y tal aplicación no conduce necesariamente a dicha solución (véase especialmente lo dispuesto en el art. 149). El TS ha establecido al respecto que tras la mayoría de edad la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no constituye un factor determinante para adjudicarle el uso de la que fue vivienda familiar; en consecuencia, “ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir”⁸.

Insisto en esta idea porque la Ley vasca parece haberse apartado de este planteamiento. Así, en el caso de que el uso se haya atribuido junto con la custodia de los hijos, individual o compartida, y, por tanto, de manera continuada o por turnos, el progenitor que no sea titular único de la vivienda, por ser esta común o privativa del otro, “dispondrá del uso sólo mientras dure la obligación de prestarles alimentos” (art. 12.5.2). Creo que cabe interpretar esta norma en el sentido de que la atribución del uso no termina en estos casos con la mayoría de edad, sino que puede prolongarse más allá de la misma, en el caso de que los hijos pasen a convertirse, como es habitual, en acreedores de una obligación de alimentos entre parientes frente a sus padres, al amparo de los arts. 142 y siguientes del Código Civil. De modo que, en contra de lo que ocurre en la regulación estatal, la normativa vasca vincula claramente el uso de la vivienda a la prestación alimenticia debida a los hijos mayores. Se produce así una continuidad con relación al planteamiento legal relativo a los menores, que, como hemos ido viendo, aparece orientado en buena medida a la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos en su faceta habitacional.

⁶ Véanse. en tal sentido: SSTS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255) y 18 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048), entre otras.

⁷ Véase al respecto DE LA IGLESIA MONJE, M^a I.: “Atribución temporal del uso de la vivienda familiar” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, pp. 3453-3455.

⁸ STS (Pleno) 5 septiembre 2011 (RAJ 2011, 5677).

Sin embargo, la Ley incurre a mi juicio en una flagrante contradicción cuando en el artículo 12.11, que enumera las causas de extinción del derecho de uso, proclama en su apartado e) que “si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos”. Parece evidente la incorrección de esta disposición, puesto que normalmente las dos circunstancias que menciona no se producen de forma simultánea; muy frecuentemente, por el contrario, la extinción de la guarda, originada por la llegada del hijo a la mayoría de edad, no impide la subsistencia de la obligación de prestarle alimentos, amparada ya, no en lo que dispone el art. 154 CC en sede de patria potestad, sino en las previsiones relativas a la obligación de alimentos entre parientes, de los artículos 142 y siguientes del mismo Código. Y la norma no aclara si en tales supuestos la extinción del derecho se produce en el primer momento (fin de la guarda) o en el segundo (fin de la obligación de prestar alimentos). Interpretada en relación con el apartado 5.2 del artículo 12, que estoy analizando, habrá de concluirse que la circunstancia determinante de la extinción del derecho de uso es el fin de la obligación de prestar alimentos, de modo que el fin de la guarda solo producirá ese efecto cuando lleve aparejado el término de la obligación alimenticia, por tener el hijo que ha cumplido 18 años medios de vida suficientes. Otra cosa es que el fin de la guarda se deba a un cambio de medidas por modificación sobrevenida de las circunstancias, que haya originado la atribución de la custodia al progenitor que inicialmente no la tuvo, y ello pueda o deba acarrear una modificación del derecho de uso, que pasará a corresponder al nuevo custodio. Pero creo que esta situación hubiera debido expresarse de otra manera en el apartado 11.e) separándolo de la cuestión de los alimentos, para evitar ambigüedades.

En los casos en los que termina la guarda por mayoría de edad y subsiste en cambio la obligación de alimentos, al no encontrarse ya los hijos sometidos a la custodia de ninguno de sus progenitores pueden producirse situaciones extrañas, difícilmente justificables ¿Tiene sentido, por ejemplo, que el que fue progenitor custodio pueda permanecer en un inmueble privativo del otro, junto con los hijos mayores, hasta la independencia económica de estos? Una cosa es que se reconozca a los hijos el derecho a permanecer en la vivienda, recibiendo así una parte de la prestación de alimentos, y otra que tengan que hacerlo en compañía del progenitor no titular; ¿qué interés se está protegiendo aquí, además del de los hijos?; ¿qué ocurre si el titular desea recuperar el uso y pasar a convivir con sus hijos ya mayores?; y ¿no cabría satisfacer de otra manera la necesidad de vivienda de éstos, ex art. 149 CC? Correlativamente, si hubiera ostentado la custodia el progenitor titular de la vivienda habría que pensar, a la vista de esta norma, que los hijos mayores tendrían derecho a residir en aquella mientras subsistiera frente a ellos la obligación de alimentos.

Por otro lado, este apartado segundo del párrafo 5, que estoy analizando, contempla el supuesto de que se haya atribuido el uso de la vivienda familiar “a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia (...) ya fuera exclusiva o compartida”. Pero ya hemos visto que en los casos de guarda compartida, cuando la atribución del uso se vincula a la custodia y no a la mayor necesidad de un progenitor, se establece un sistema de uso por periodos alternos de la vivienda en la que permanecen los hijos (véase art. 12.4), de modo que el uso lo tienen realmente los dos progenitores aunque sea de forma alternada. Es dudoso que en tal supuesto resulte aplicable el párrafo 5.2, que contempla el caso de que el uso se haya atribuido “a uno” por otorgársele la guarda. Si la respuesta fuera afirmativa, podríamos encontrarnos con el progenitor no titular del inmueble entrando periódicamente en el mismo para compartirlo con sus hijos mayores, mientras el otro se vería obligado a abandonarlo temporalmente...

El mismo párrafo 5 dispone, en su apartado primero, que “la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años”. Y puesto que dicha atribución “será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron”, no resulta claro, a mi juicio, si se establece en definitiva como límite temporal de la adjudicación la pervivencia de la situación de necesidad en el beneficiario, o si aun subsistiendo la misma puede ponerse fin a la adjudicación. En efecto, cabe prorrogar el derecho de uso si perduran las circunstancias que lo fundamentaron, y la prórroga ha de ser temporal; pero, ¿cuál es la duración máxima de la prórroga y cuántas prórrogas caben?⁹

Esta norma recuerda a la que el Código civil establece en el artículo 96.3 para los casos en los que, no habiendo hijos (menores), se asigna el uso al cónyuge no titular por considerarse que, atendidas las circunstancias, es su interés el más necesitado de protección. En tal supuesto, la atribución se hará “por el tiempo que prudencialmente se fije”.

La diferencia más llamativa entre ambas regulaciones se encuentra en el hecho de que la norma estatal solo se aplica cuando, en ausencia de hijos

⁹ Esta disposición se inspira claramente en la normativa catalana, que con mayor imprecisión que la vasca, para los casos de atribución del uso a favor del cónyuge más necesitado, establece que “debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron” (art. 233-20.5 CC de Cataluña). En cambio, el Anteproyecto de Ley de reforma del Código civil aprobado en 2014 por el Ministerio de Justicia precisa que, aunque el plazo inicial es de dos años, cabe que el adjudicatario solicite “con carácter excepcional y si continúa teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año” (nuevo art. 96.3 CC).

menores, el uso se haya adjudicado al cónyuge no titular de la vivienda; con toda lógica, se trata de restringir la duración de esta situación excepcional, que en este caso no se funda en la atribución de la custodia y el interés de los hijos menores. Por ello la jurisprudencia ha precisado que debe también extenderse al supuesto de que el beneficiario comparta la titularidad con el otro, por tratarse de un inmueble ganancial o simplemente común¹⁰.

En cambio la regulación vasca está pensada para aquellos casos, ya analizados, en los que, tras la ponderación de los intereses concurrentes (hijos, progenitores), se asigna la utilización de la vivienda familiar al progenitor que, o bien no siendo custodio o bien compartiendo la guarda con el otro, tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda (art. 12.3 y 4); y puede tratarse del titular exclusivo de aquella, puesto que en este apartado no se exige que la vivienda sea privativa del otro o común a ambos. En supuestos de custodia individual, si la vivienda familiar fuera común o privativa del custodio, resulta razonable que se establezca una limitación temporal -aunque como ya he señalado, no se termine de saber cuál sea- por las mismas razones que he expuesto con relación al art. 96. 3 CC. Si la guarda es compartida, ha de considerarse también el interés de los menores, que pasan la mitad del tiempo con el progenitor beneficiario del uso, y podrían verse perjudicados si éste finalizara antes de que termine la situación de necesidad. Pero la situación más problemática se producirá cuando el progenitor necesitado sea a la vez el titular exclusivo del inmueble que ha servido como vivienda familiar. En tal caso, si la necesidad de vivienda de los hijos se encuentra resuelta mediante su convivencia con el progenitor custodio, o mediante el sistema de turnos en caso de guarda conjunta, no concurre ninguna razón para que, transcurrido cierto número de años o extinguida la inicial situación de necesidad, no pueda el titular exclusivo del inmueble continuar habitándolo; a no ser que se considere entonces prevalente el interés de los menores a retornar de forma permanente al que fue su entorno habitual, lo que parece discutible, al menos en los casos de custodia individual, puesto que estarán ya asentados en un nuevo hogar. Creo que para dar lugar a esta consecuencia sería necesario un requisito añadido: que la situación inicial se invirtiera y fuera el otro progenitor el que pasara a encontrarse en una posición de mayor dificultad, que no le permitiera satisfacer adecuadamente la necesidad de habitación de los hijos. Pero para solucionar estos problemas bastaría con acudir a la genérica previsión contenida en el tercer apartado del art. 12.5, que permite, a instancia de parte, la revisión judicial del derecho de uso “por cambio de circunstancias relevantes”. Parece más adecuada esta vía, que puede utilizarse cuando resulte necesaria en función de las vicisitudes de cada familia, que la fijación de un límite temporal preestablecido rígidamente, al menos si se

¹⁰ En este sentido, STS 5 septiembre 2011 (RAJ 5677).

pretende su aplicación al progenitor que sea en exclusiva el titular del inmueble.

Tiene también relación con la duración del derecho de uso lo dispuesto en el apartado 8 del art. 12. Aunque el Código Civil no contiene una disposición de este tenor, doctrina y jurisprudencia han mantenido que la asignación del uso a uno de los cónyuges no altera el concepto en el que ambos vinieran usando o disfrutando del inmueble cuando convivían. No cambiará, por tanto el derecho que existiera sobre el inmueble ni la titularidad del mismo: propiedad de uno o de ambos; arrendamiento, comodato, precario, usufructo, habitación... a favor de uno o de ambos. De modo que, dice el mencionado art. 12.8 de la Ley vasca, siguiendo también en esto el precedente catalán¹¹, “si los progenitores 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 en el título, de acuerdo con la ley”. Esa limitación de efectos como consecuencia de lo dispuesto en el título determina que la extinción por cualquier motivo del correspondiente derecho (vencimiento del plazo, cumplimiento de condición resolutoria, resolución por incumplimiento contractual, voluntad del propietario de poner fin al precario etc. etc. ...) origine la extinción del derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los progenitores, aunque no se hayan producido las específicas circunstancias previstas para ello en los arts. 12.5 – que he expuesto más arriba- y 12.11 de la Ley, que analizaré al final de este estudio. Como se sabe, la situación que en la práctica más polémica ha generado ha sido el caso del precario, es decir, aquellos supuestos en los que la pareja ostentaba la posesión del inmueble por la mera condescendencia o beneplácito del propietario, normalmente los padres u otros parientes de uno de ellos, o bien cuando habiéndose tratado inicialmente de un comodato - por haberse cedido el uso de la vivienda con el fin de que el matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal- termina transformado en un simple precario como consecuencia de la crisis matrimonial. La jurisprudencia reiteradamente ha manifestado que “mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges”¹²; y en la misma línea, que “la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la

¹¹ “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” (art. 233-21.2 CC de Cataluña). Idéntica declaración se contiene en el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil de 2014, como nuevo art. 96.6 CC.

¹² STS 14 enero 2010 (RAJ 2010, 1346).

vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio”¹³.

Con todo, debe recordarse que si la extinción del derecho por el que se ha poseído el inmueble se debiera a un acto de disposición de su titular, procederá la aplicación del art. 12.14 de la Ley vasca, equivalente al 96.4 del Código Civil, en cuya virtud “para disponer de la vivienda y ajuar familiar cuyo uso corresponda al beneficiario no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en ausencia del mismo, autorización judicial”.

VI. OTRAS MEDIDAS TENDENTES A ARMONIZAR LOS INTERESES DE AMBOS PROGENITORES.

El largo artículo 12 de la Ley 7/2015 contiene todavía otras previsiones dirigidas a evitar o atemperar algunas de las consecuencias injustas que puede acarrear la atribución del uso de la vivienda familiar.

Así, el apartado 7 contempla el pago de una compensación al progenitor no adjudicatario que sea titular o cotitular de la vivienda, con el fin de resarcirle por la pérdida del uso. Se trata de una norma muy similar a la que establece el art. 6.1 de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril. Con ello ambas leyes se decantan a favor de uno de los criterios doctrinales propuestos para compensar la privación del uso¹⁴. El otro ha sido la consideración de tal privación como contribución del progenitor no adjudicatario a la prestación alimenticia a favor de los hijos¹⁵, que ha quedado plasmado en la normativa catalana¹⁶. Aunque debe destacarse que en la Ley vasca se encuentra también presente este último criterio, ya que “la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar” es uno de los factores que han de considerarse a la hora de calcular y distribuir entre los progenitores la prestación de alimentos para la satisfacción de los gastos ordinarios de los hijos¹⁷.

¹³ STS 14 julio 2010 (RAJ 2010, 6041). Una vez más debo mencionar el Código civil catalán, que contempla específicamente esta situación, afirmando que “si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución” (art. 233-21.2 in fine).

¹⁴ Así, SANTOS MORÓN se mostraba partidaria de este sistema para compensar el perjuicio económico que sufre el cónyuge propietario o copropietario cuando no se le adjudica el uso del inmueble (vid. “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre 2014, pp. 20 y 26-31).

¹⁵ Criterio propugnado por CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 20-24.

¹⁶ Véase art. 233-20.7 CC de Cataluña.

¹⁷ Véase art. 10.3.

Este precepto deberá aplicarse, puesto que no establece ninguna distinción al respecto, tanto cuando la adjudicación del uso obedece a la atribución de la custodia sobre los hijos menores como cuando se hace por razón de la mayor dificultad de uno de los progenitores para el acceso a otra vivienda. Y en este último supuesto quizá no tenga mucho sentido, ya que la protección del interés del progenitor más necesitado, que justifica la atribución del uso, queda desdibujada si se le obliga al pago de esa indemnización. Precisamente “la capacidad económica de los miembros de la pareja” es, junto con “las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares”, uno de los parámetros que han de evaluarse para determinar el importe de aquella, importe que dependerá también de la condición de titular exclusivo, o simplemente cotitular, que ostente el progenitor al que se ha excluido del uso del inmueble.

El apartado que estoy analizando se refiere al supuesto de que la vivienda se atribuya “a uno de los progenitores”. Por ello surge la duda de si resulta aplicable a los casos en los que, siendo la custodia conjunta, se establezca para la utilización de la vivienda el sistema de turnos que prevé el art. 12.4. Parece evidente que no habrá lugar a compensación alguna en casos de cotitularidad de la vivienda. Pero si la misma es privativa de uno, ¿tendrá derecho a ser compensado por los periodos en los que no pueda vivir en ella?

Otra cuestión que el Código Civil no trata, y que ha originado en la práctica problemas importantes, es la referida al pago de los gastos relacionados con la vivienda, ya se trate de suministros o de gastos de mantenimiento, ya de los generados por la adquisición de la misma.

En cuanto a los segundos, se daba el caso de progenitores no adjudicatarios del uso que se veían sin embargo obligados a abonar, en su totalidad o en un porcentaje elevado, las cuotas del préstamo solicitado por ambos para la compra del inmueble común –ganancial o en régimen de proindivisión– considerándose este abono como contribución a los alimentos de los hijos. Frente a ello había reaccionado el TS en recientes sentencias, en las que ha venido a establecer que, así como los gastos de mantenimiento del inmueble han de considerarse gastos familiares incluso después de la disolución del matrimonio, el pago de las cuotas del préstamo con el que ambos cónyuges han adquirido la propiedad de la vivienda común no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que es cuestión que debe resolverse de acuerdo con el régimen económico de cada matrimonio: siendo éste el de gananciales, existirá una deuda de la sociedad frente al acreedor hipotecario; cuando se trate, en cambio, de un régimen de separación, habrán de aplicarse las normas generales de la copropiedad, y por ello el artículo 393 CC, en cuya

virtud el concurso de los partícipes en las cargas ha de ser proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales¹⁸.

En esta línea, la Ley 7/2015 establece que “en caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución” (art. 12.9). Se trata de una norma muy similar al artículo 233-23 del Código Civil de Cataluña¹⁹.

Dicha similitud se observa también en el apartado relativo a los “gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual”, que tanto en la Ley Vasca (art. 12.9) como en el Código Civil catalán (art. 233-23.2), “corren a cargo del beneficiario del derecho de uso”. En mi opinión, no tiene sentido que el pago de las tasas o impuestos de devengo anual se vincule a la atribución del uso, sin distinciones. Parece más razonable la proyectada regulación estatal, que distingue entre las “tasas municipales” (vinculadas normalmente a la prestación de servicios, como la recogida de basuras), que se ponen a cargo del adjudicatario del derecho de uso, y “los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda”, cuyo pago se atribuye al “propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”²⁰.

La Ley vasca -tampoco el Código catalán- no señala qué ocurre con los gastos extraordinarios, ni, en general, con todo tipo de gastos cuando se establece un uso alternado de la vivienda. El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil de 2014 sí entra en estas cuestiones, determinando expresamente que el pago de los gastos extraordinarios corre a cargo “del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título”, y que, en caso de alternancia, habrá de abonar los gastos ordinarios “aquel que los haya devengado, y los que no pudieren determinarse conforme a este criterio, en proporción al periodo que cada uno ocupare la vivienda”²¹.

¹⁸ Véanse la SSTS 28 marzo 2011 (RAJ 2011, 939), 26 noviembre 2012 (RAJ 2013, 186) y 30 marzo 2013 (RAJ 2013 4936).

¹⁹ Y el Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil en esta materia, modificado en 2014, se expresa en términos muy parecidos, señalando que tales gastos “deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución” (nuevo art. 96.5 CC).

²⁰ Nuevo art. 96.5 CC, según el Anteproyecto de Ley mencionado en la nota anterior.

²¹ *Ibidem*.

VII. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO.

La ley dedica uno de sus últimos apartados, el undécimo, a enumerar las causas que pueden originar la extinción del derecho de uso:

“Son causas de extinción del derecho de uso:

- a) El fallecimiento del beneficiario del uso.
- b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes.
- c) La mejora de la situación económica del beneficiario del uso o el empeoramiento relevante de la situación económica de la otra parte, debidamente justificada y salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.
- d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario.
- e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos.
- f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada.”

Esta enumeración origina alguna confusión, dada su defectuosa sistemática. Me refiero al hecho de que solo en el apartado e) se especifica que la causa que en él se contempla resulta únicamente aplicable a los casos en los que el uso se haya atribuido por razón de la guarda. Puede parecer, por ello, que los demás apartados se dirigen a regular el otro supuesto previsto por la Ley, es decir, la atribución del uso por motivos de necesidad de un progenitor. Pero esta conclusión no resulta totalmente segura, en vista del tenor literal de este apartado. Debería haberse seguido el modelo del Código civil catalán, que se ocupa también de este tema en su artículo 233-24, y tras referirse genéricamente a “las causas pactadas entre los cónyuges”, separa en dos apartados los supuestos de atribución del uso por razón de la guarda -en cuyo caso se contempla únicamente como causa de extinción la finalización de aquélla- y “por razón de la necesidad del cónyuge” -al que se vinculan las otras causas de extinción, sustancialmente coincidentes con las que recoge la Ley vasca-.

De la causa contenida en el párrafo e) he hablado más arriba, en el epígrafe V de este estudio, poniéndola en relación con lo que dispone el apartado 5.2 del art. 12 de la Ley.

En cuanto al fallecimiento del beneficiario, no hay duda de que extinguirá en cualquier caso el derecho de uso que se le hubiera atribuido.

Los interesados, por otro lado, han podido establecer de mutuo acuerdo motivos de extinción para cualquiera de los supuestos de atribución previstos en la Ley.

El “vencimiento del plazo previsto”, como causa de extinción, se refiere indudablemente a los casos de atribución de la vivienda por razones de necesidad que, como hemos visto, debe hacerse siempre con carácter temporal por un máximo de dos años con posibilidad de prórroga (véase art. 12.5).

En cuanto a los apartados c) y d), probablemente están pensados exclusivamente para los casos de atribución del uso por razón de necesidad de un progenitor. Por otro lado, creo que al primero le faltan algunos matices importantes, puesto que “la mejora de la situación económica del beneficiario” puede presentar muy diversos grados, y no siempre justificará la extinción de su derecho de uso. Podría haberse añadido el adjetivo “relevante”, que utiliza la norma en su segunda parte, cuando se refiere al empeoramiento de la situación económica del otro progenitor. Tampoco creo que este empeoramiento pueda siempre motivar la extinción del derecho de uso atribuido al otro; podría suceder, entre otras cosas, que ambos hubieran experimentado un empobrecimiento, de tal manera que las diferencias económicas entre ellos se hayan mantenido en una proporción similar. En definitiva, también en este caso me parece más adecuada la regulación catalana, que prevé la extinción “por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica”. Esta apostilla final coloca las cosas en su lugar, abriendo la puerta a la consideración de las variadas circunstancias que pueden fundamentar una u otra solución.

El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona no me parece tampoco una razón que justifique en todo caso la consecuencia que la Ley le atribuye. Habría que ponderar en qué medida esa nueva pareja puede proporcionar o facilitar al progenitor adjudicatario el acceso a otra vivienda. De darse tal circunstancia, estaríamos en realidad ante un supuesto subsumible en el apartado anterior (“mejora de la situación económica del beneficiario”). Pero si no es así, no creo que deba necesariamente impedirse la convivencia del nuevo matrimonio o pareja en la vivienda que fue familiar, teniendo en cuenta que se trata de un uso temporalmente limitado (art. 12.5), y que puede incluso haber dado lugar a una compensación por la pérdida del uso a favor del otro progenitor (art. 12.7).

Cabe incluso pensar que estos apartados c) y d) resultan superfluos, ya que las situaciones que contemplan cabrían en el genérico concepto de “alteración sustancial de las circunstancias”, que puede dar lugar al procedimiento de modificación de medidas previsto en el art. 13.4 de la Ley vasca. Este procedimiento es, además, el que hay que seguir en ambos supuestos para lograr la extinción del derecho de uso, ex art. 12.12. Y a él se refiere también el apartado 5.3 del mismo artículo, cuando afirma que “la revisión judicial de este derecho de uso podrá solicitarse a instancia de parte, por cambio de circunstancias relevantes”. De esta forma, se dejaría a la apreciación judicial, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto, la determinación de la procedencia o improcedencia de la extinción del derecho, sin sujeción a criterios apriorísticos y excesivamente rígidos.

ÍNDICE