

DICTÁMENES Y NOTAS

Examen de la atribución del derecho
de uso del domicilio familiar en
procedimientos de nulidad, divorcio
o separación con motivo de la
Resolución de 30 de agosto de 2023,
de la Dirección General de Seguridad
Jurídica y Fe Pública¹

*Analysis of the attribution of the right
to use the family home in annulment,
divorce or separation procedures due
to the Resolution of August 30, 2023, of
the Spanish General Directorate
of Legal Security and Public Faith*

por

PATRICIA VICEIRA ORTEGA
Profesora UGR

* El presente artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación UGR.22-06 _VISMUSES_Vivienda Sostenible y Mujeres en Situación de Exclusión Social”, financiado por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía.

RESUMEN: En este trabajo se discute la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en los procedimientos de nulidad, divorcio o separación. Se centra en la diversa casuística, en los criterios jurisprudenciales vigentes, en el concepto del interés más necesitado de protección como concepto jurídico indeterminado, en la Resolución de 30 de agosto de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y en el estudio de la cuestión en la CCCat. Se destaca la importancia de considerar la perspectiva de género en este proceso, para evaluar las disparidades socioeconómicas entre hombres y mujeres. Se analizan diversos escenarios relacionados con la asignación del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, considerando la presencia de hijos menores de edad, la situación económica de las partes, y otras circunstancias relevantes. Se menciona la importancia de la integración de la mujer en el ámbito laboral, así como la relevancia de las condiciones socioeconómicas de los cónyuges al momento de atribuir el uso de la vivienda. Además, se discute la duración de la atribución, la situación de vulnerabilidad de la mujer, y la necesidad de protección judicial.

ABSTRACT: This work discusses the attribution of the right to use the family home in nullity, divorce, or separation procedures. It focuses on various case scenarios, current jurisprudential criteria, the concept of the most in need of protection as an indeterminate legal concept, the Resolution of August 30, 2023, from the General Directorate of Legal Security and Public Faith, and the study of the issue in the CCCat. The importance of considering the gender perspective in this process is emphasized to assess socio-economic disparities between men and women. Various scenarios related to the allocation of the use of the family home in marital crisis situations are analyzed, considering the presence of minor children, the economic situation of the parties, and other relevant circumstances. The integration of women into the workforce is mentioned, as well as the relevance of the socio-economic conditions of the spouses when assigning the use of the home. Additionally, the duration of the allocation, the vulnerability of women, and the need for judicial protection are discussed.

Examples of questions:

What factors are taken into account to determine the attribution of the right to use the family home in divorce or separation proceedings?

How does current jurisprudence prioritize the allocation of the family home based on the most in need of protection?

What are the implications of attributing the right to use the family home based solely on economic factors and how does it affect women in vulnerable situations?

PALABRAS CLAVE: Vivienda. Familia. Matrimonio. Divorcio. Nulidad. Separación. Crisis matrimonial. Atribución uso de la vivienda familiar. Perspectiva de género. Plazo de atribución. Hijos menores. Factores económicos. Factores sociales. Cónyuges. Precariedad económica. Bien jurídico protegido. Concepto jurídico indeterminado. Registro de la Propiedad. Facultad dispositiva. Interés más necesitado de protección. Autoridad judicial. Techo de cristal. Desigualdad. Titularidad de la vivienda familiar. Artículo 96 del Código Civil.

KEYWORDS: *Housing. Family. Marriage. Divorce. Nullity. Separation. Marital crisis. Assignment of use of the family home. Gender perspective. Assignment deadline. Minor children. Economic factors. Social factors. Spouses. Economic precariousness. Protected legal interest. Indeterminate legal concept. Property Registry. Dispositive faculty. Most needy protection interest. Judicial authority. Glass ceiling. Inequality. Ownership of the family home. Article 96 of the Spanish Civil Code.*

SUMARIO: I. METODOLOGÍA Y CASUÍSTICA.—II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES.—III. EL INTERÉS MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.—IV. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA.—V. ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL CCCAT.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE.—VIII. REFERENCIAS.

I. METODOLOGÍA Y CASUÍSTICA

La atribución del derecho de uso del domicilio familiar en procedimientos de nulidad, divorcio o separación es un tema importante que involucra aspectos tanto legales como sociales. Generalmente se basa en una evaluación de las circunstancias específicas del caso. La presencia de hijos menores, la situación económica de las partes, la necesidad de estabilidad para los hijos y la existencia de otras alternativas de vivienda constituyen los factores que se evalúan por parte de los jueces y tribunales. La metodología implica un análisis detallado de las pruebas presentadas por las partes y la aplicación de la ley correspondiente. Además, desde una perspectiva de género, este proceso puede tener implicaciones específicas que reflejan roles tradicionales así como la distribución desigual de poder en las relaciones familiares.

En muchos sistemas legales, el derecho de uso del domicilio familiar se concede al cónyuge que tiene la custodia de los hijos. Y en caso de custodia compartida, los jueces son ecuánimes sin entrar a considerar particularidades

relacionadas con el género de los excónyuges. Pero hay que reconocer que a lo largo de la historia, las mujeres han enfrentado desventajas económicas y sociales en comparación con los hombres. Estas desventajas, que no siempre se han tenido en cuenta, pueden influir en las decisiones judiciales al asignar el derecho de uso del domicilio familiar. Por esta razón, en este capítulo introducimos la metodología utilizada, que se basa en la perspectiva de género. Consideramos esta perspectiva como el enfoque que permite identificar, cuestionar y evaluar la discriminación, desigualdad y exclusión que sufren las mujeres.

Examinaremos este tema desde esta óptica con el propósito de comprender y erradicar las disparidades y discriminaciones impulsadas por los sistemas legales, desafiando la concepción tradicional del Derecho respaldada por la ideología predominante, que se presenta como neutral, objetivo, racional, abstracto y universal (MACKINNON, 1983). Es fundamental no pasar por alto otros sistemas que interactúan con el género, tales como la situación de la mujer en ámbitos rurales, la opresión de clase y el racismo. La existencia de brechas salariales y el fenómeno conocido como “techo de cristal” son ejemplos concretos que ilustran estas interrelaciones¹. Juzgar con perspectiva de género implica la obligación jurídica² (ESPUNY TOMÁS, 2018) de identificar los estereotipos de género que puedan haber influido a lo largo de un proceso judicial (GIMENO, 2020).

Partimos de la premisa de que el conocimiento aceptado en las sociedades occidentales, respaldado por consenso general, no ha sido formulado desde la perspectiva femenina. Esta perspectiva, considerada una de las corrientes contemporáneas fundamentales, es conocida como la Teoría del Punto de Vista Feminista (FST, Feminist Standpoint Theory) (LOMBARDO, 2014). Este enfoque resulta crucial para el desarrollo del análisis sobre la asignación del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y el papel que desempeña en este contexto el concepto jurídico vagamente definido del “interés más necesario de protección”, según lo mencionado en el artículo 96.2 del Código Civil³. Abordamos este tema desde la evaluación de las disparidades socioeconómicas entre hombres y mujeres, en lugar de limitarnos a una perspectiva de igualdad meramente económica.

Este estudio se inicia con el análisis de la problemática en diversos escenarios, derivada de la circunstancia de que, en situaciones de crisis matrimonial y en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges aprobado por el juez respecto a la asignación del uso de la vivienda familiar, la autoridad judicial tomará una decisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, modificado tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, que modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, art. 96 del CC cuyas disposiciones continúan siendo de carácter facultativo, es

decir, se aplican “en ausencia de un acuerdo entre los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”.

En este contexto, se destacan los siguientes puntos críticos:

La asignación del uso del domicilio familiar, ya sea de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de titularidad compartida, cuando no hay hijos menores involucrados en ambos casos. En esta situación, la evaluación del interés más necesitado de protección por parte de jueces y tribunales cobra especial importancia.

La asignación del uso del domicilio familiar, siendo de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o de titularidad compartida, cuando la custodia de los hijos menores ha sido otorgada a uno de los cónyuges. En este escenario, similar al anterior, se destaca la ponderación del interés más necesitado de protección, incluso cuando el uso de la vivienda se concede a un cónyuge que no ha obtenido la custodia.

Se aborda la situación en la que el domicilio familiar es propiedad de uno de los cónyuges, y ambos enfrentan dificultades económicas. En este contexto, la identificación del interés más necesitado de protección para cualquiera de los cónyuges se vuelve compleja. En términos generales, y sin considerar más criterios en este punto, esto podría llevar a la aplicación de las normas relacionadas con el derecho de propiedad para determinar el uso y disfrute de la vivienda familiar. En consecuencia, si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, este disfrutará del uso no según el artículo 96 del Código Civil, sino debido a su condición de propietario⁴.

La determinación del período de asignación de la vivienda familiar es igualmente crucial. En este aspecto, la jurisprudencia más reciente ha estado contemplando la posibilidad de otorgar temporalmente el uso a uno de los cónyuges en situaciones de matrimonios sin hijos como una medida excepcional. Numerosas sentencias sostienen esta perspectiva, argumentando que no se puede establecer la asignación del uso de la vivienda de manera indefinida, ya que esto sería contrario a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 96 del Código Civil y a la jurisprudencia emitida por la sala del Tribunal Supremo⁵.

Otro tema problemático sería la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como resultado de la convivencia con un tercero, según lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5086)⁶.

Por último, se presentan situaciones comunes en las que la vivienda es de propiedad exclusiva del esposo y la esposa firma un acuerdo de mutuo acuerdo, renunciando al uso de la vivienda, incluso cuando tiene hijos menores y la custodia de estos asignada. En estas circunstancias, la renuncia suele estar relacionada con la proximidad de la vivienda a la familia política, particularmente en áreas

rurales donde es común que las viviendas de los hijos se construyan adyacentes a las de los padres. El factor determinante en estos casos suele ser la empleabilidad de la mujer, ya que si no trabaja y tiene hijos, tiende a no renunciar al uso de la vivienda. En este contexto, factores como el estatus socioeconómico de los ex cónyuges, la condición de la mujer y las dificultades para acceder a mejores oportunidades laborales, junto con la ubicación de la vivienda en áreas rurales o urbanas, a menudo se pasan por alto en la mayoría de los casos.

En la práctica judicial actual, se puede notar una evolución en los últimos diez años. Se ha pasado de otorgar tanto una pensión compensatoria como una atribución de la vivienda sin restricciones a favor de la mujer, a una tendencia creciente de “salir del paso” y permitir que los excónyuges lleguen a acuerdos por sí mismos. Este cambio se debe, en parte, a una percepción de igualdad que en muchos casos no es realista. Como algunas autoras han sostenido, podríamos encontrarnos ante un escenario de igualdad formal pero desigualdad material (SOLÉ RESINA, 2018).

En este contexto, cobra una importancia significativa la integración de la mujer en el ámbito laboral, ya que cuando ambos cónyuges trabajan, tienen la posibilidad de buscar una nueva vivienda para ambos, lo que permitiría alquilar o vender la residencia que sirve como domicilio familiar. Por lo tanto, la personalidad y la situación de vulnerabilidad de la mujer en cada caso resultan cruciales, así como su independencia, la cual suele ser más factible cuando está empleada y tiene buenas perspectivas laborales. En esta perspectiva, se observa que las mujeres con condiciones laborales más precarias tienden a ser más rigurosas en la defensa de sus derechos, incluso si eso significa convivir con la familia política “casa con casa”, dado que la alternativa sería regresar a la casa paterna.

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ACTUALES

La vivienda familiar recibe protección en calidad de un bien familiar y no patrimonial, como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo emitida el 31 de diciembre de 1994. Esto se debe a que la propiedad de dicho inmueble se encuentra al servicio del interés de la familia, prevaleciendo sobre los intereses individuales de cada uno de los miembros que la componen⁷.

En este contexto, la sentencia emitida por el pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo bajo la referencia 859/2009, fechada el 14 de enero de 2010, aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de la atribución del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil. Su objetivo es proporcionar claridad y establecer un criterio jurisprudencial al respecto, dado el impacto de esta calificación

en cuestiones de familia. En esta línea, la sentencia afirma que la atribución no constituye un derecho real, sino que se trata de un derecho de índole familiar.

En relación con lo anterior y conforme a la posición mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: “Se deja en situación de igualdad al marido y a la mujer ante este derecho, enfrentándose el uno y el otro, a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado”.

En este contexto, la asignación de la vivienda familiar da lugar a un debate amplio y no está exenta de controversias en relación con los diversos bienes jurídicos protegidos, los cuales evolucionan con el tiempo, al igual que la propia institución legal de la familia (QUESADA PÁEZ, 2023).

La dimensión patrimonial añade complejidad a la cuestión, ya que en este ámbito se tiende a realizar una valoración económica como parte de la ponderación de conceptos jurídicos indeterminados, como el interés más necesario de protección (QUESADA PÁEZ, 2023) al que hace referencia el artículo 96.2 del Código Civil y la interpretación del concepto de cónyuge en estado de precariedad, que son ambos objeto de estudio en este análisis.

En nuestra opinión, estos conceptos jurídicos indeterminados no deben ser evaluados únicamente desde una perspectiva estrictamente patrimonial o económica, que es el criterio mayoritario utilizado en las sentencias consultadas.

En términos generales, esto se debe a que la vivienda conyugal suele ser el activo más valioso desde un punto de vista de estabilidad económica y familiar para ambos cónyuges. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, ambos desean que se les atribuya el uso de la vivienda, ya que perder dicho uso puede conllevar importantes perjuicios. Cuando un cónyuge es desplazado de la vivienda, se enfrenta a la necesidad de encontrar otra residencia, ya sea alquilando o comprando, lo que puede resultar en dificultades financieras y estrés psicológico, que se añaden a las obligaciones de cuidado de los hijos, que no siempre recaen de forma igualitaria entre los dos excónyuges, aunque ambos tengan la custodia compartida. En situaciones extremas, algunos ex cónyuges pueden incluso verse obligados a regresar al hogar de sus padres debido a la incapacidad de hacer frente a los gastos de esta nueva situación (QUESADA PÁEZ, 2023).

Completando este esquema, tendríamos la postura de algunos autores, como la de Roca Trías, el cual sostiene que en este contexto, cuando la atribución del uso de la vivienda familiar se otorga al cónyuge que no es propietario de la misma al ostentar un interés más digno de protección, no se trata de una medida que tiene como fundamento únicamente el contribuir a las cargas, que pueden no existir en casos de nulidad o divorcio, sino una medida que complementa la pensión o que pretende el cumplimiento del deber de asistencia mutua, especialmente en situaciones de separación (ROCA TRÍAS, 1991).

En este orden de cosas, el artículo 96.2 del CC establece que el uso de bienes, en ausencia de hijos, puede ser otorgado al cónyuge no titular si su interés es el más necesitado de protección⁸, según las circunstancias. Sin embargo, este artículo es efectivo en casos muy excepcionales donde un interés claramente necesitado de protección prevalece. En situaciones donde ninguno de los cónyuges tiene un interés claro y justificado como más necesitado de protección, no se emite un pronunciamiento sobre el uso de la vivienda conyugal y se pospone esta decisión hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

Así las cosas, en situaciones sin hijos menores sin atribución especial de custodia o con hijos mayores de edad, la decisión sobre el uso de la vivienda conyugal se basa en cuál de los cónyuges tiene el interés más necesitado de protección. Sin embargo, esta atribución tiene un límite de tiempo prudencial, ya que no puede ser indefinida según la jurisprudencia (STS 390/2017, de 20 de junio (RJ 2017, 3060). El argumento sostenido por la reiterada jurisprudencia es el de evitar que la atribución del domicilio familiar suponga una expropiación de la vivienda y que se base en un principio de solidaridad conyugal en detrimento del interés material de uno de los cónyuges (sentencia 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273)).

La jurisprudencia establece que al evaluar cuál es el interés más necesitado de protección, de acuerdo con los artículos 96 y 103 del Código Civil, se debe dar prioridad a las condiciones socioeconómicas de los cónyuges. En la mayoría de las ocasiones, la atribución del uso de la vivienda se justifica principalmente con el propósito de proteger al cónyuge que se encuentra en una situación económica desfavorable, relegando a un segundo plano las circunstancias personales, salvo en situaciones especiales, como discapacidades o razones de salud particulares.

En vista de lo expuesto, creemos que la mera disparidad económica en términos de ingresos o patrimonio entre las partes, aunque no sea suficiente por sí sola para justificar una compensación directa en forma de pensión, podría servir como base para la asignación de la vivienda, siempre y cuando se tengan en cuenta todas las circunstancias personales relevantes. Estas circunstancias pueden incluir aspectos laborales, la capacidad de enfrentar la nueva realidad de manera independiente, así como factores como el género, la edad, la duración previa del matrimonio, la ayuda de terceros, la espera por la liquidación de bienes compartidos, entre otros. Todas estas consideraciones se interpretan como requisitos de protección judicial que deben recaer en la parte que se encuentre en una posición relativa más desfavorable.

En lo que respecta a la prórroga de los plazos de atribución, si ya es complicado que la atribución pase a favor de uno de los cónyuges, resulta aún más problemático extenderla más allá de los habituales dos años. Este periodo de dos años generalmente se considera razonable en la mayoría de los casos y no se

percibe como excesivo. Algunos autores argumentan que esta limitación es necesaria para mantener la coherencia con la naturaleza excepcional de la atribución, tanto en términos de su alcance material, que se limita al uso de la propiedad (propia o compartida) que ha servido como vivienda familiar, como en el aspecto temporal, ya que debe limitarse a un periodo razonable para satisfacer las expectativas habituales de protección del interés que se busca salvaguardar.

La rigurosidad en conceder una prórroga en el plazo de adjudicación de vivienda previamente atribuido, normalmente de dos años, se pone de manifiesto en numerosas sentencias como por ejemplo la reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.^a), sentencia núm. 413/2023 de 7 julio⁹. En este caso el divorcio se decretó previamente, teniendo adjudicada la vivienda familiar la ex esposa por un periodo de dos años, ya que se consideró en su momento que ostentaba el interés más necesitado de protección al encontrarse enferma. La sentencia de primera instancia determinó que no se justificaba una nueva prórroga debido a la falta de cambios significativos. Unos cambios significativos que si bien no se habían producido, sí se había mantenido la situación de enfermedad que originó la atribución en un primer momento. Aunque la prueba médica mostraba que la enfermedad de la demandante seguía igual, y que recibía asistencia financiera al tener una discapacidad reconocida.

La excónyuge apelante por su parte argumentaba un error en la valoración de la prueba debido al agravamiento de su enfermedad. Sostenía que seguía siendo la parte más vulnerable, lo que justificaba prorrogar el derecho de uso de la vivienda en lugar de extinguirlo. El demandado se opuso, afirmando que la salud de la demandante no había empeorado, y que ya se había prorrogado el uso de la vivienda una vez encontrándose él en peores dificultades económicas. Finalmente en este caso se consideró que el excónyuge no tenía por qué seguir cubriendo la vulnerabilidad de su exesposa y no se prorrogó la atribución de la vivienda a la exmujer.

En el caso de la sentencia de 7 octubre 2002. JUR 2003\2186 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12.^a), se discutía la atribución del uso de la vivienda familiar entre los esposos. La sentencia de primera instancia inicialmente otorgó el uso a la esposa durante dos años. Ella apeló con el objetivo de que se eliminara esta limitación y se permitiera el uso indefinido de la vivienda. Resultando de aplicación el artículo 83.2.b) del Código de Familia¹⁰ ya que los hijos eran mayores de edad e independientes económicamente. Este artículo del Código de familia catalán establece que el uso se otorgará al cónyuge más necesitado de manera temporal, mientras persista la necesidad. Y en este caso se consideró que la esposa era la parte más necesitada debido a la desigualdad económica evidente entre las partes, pues el esposo tenía más recursos económicos. La ley catalana prevé que la atribución del uso se mantenga mientras persista la ne-

sidad. En este caso ambos cónyuges tenían propiedades, incluyendo la vivienda familiar y otros inmuebles, así como activos financieros. Esto le sugirió al juez que la esposa podría adquirir otra vivienda una vez que se dividiera el patrimonio común y que mantener el uso indefinido de la vivienda sería una carga excesiva para el esposo. En resumen, se decidió que ella conservara el uso de la vivienda familiar por un mínimo de dos años, y que trascurrido el mismo se prorrogara hasta que se procediera a la división de los bienes inmuebles pertenecientes a ambos cónyuges.

En el caso de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 1.^a). Sentencia núm. 135/2018 de 28 febrero. JUR 2018\91974: es relevante el artículo 234-8 del Código Civil de Cataluña que regula la atribución de la vivienda familiar en casos de convivencia con hijos comunes. Establece que en el caso de guarda compartida, la vivienda se atribuirá a quien tenga más necesidad, en la mayoría de los casos, económica. Sin embargo, esta atribución debe ser temporal, como medida transitoria para conseguir una vivienda, de acuerdo con la jurisprudencia. TS sentencia 6 abril, 27 junio, 21 julio y 16 septiembre 2016; 23 enero y 14 marzo 2017; y n.º 95/2018 de 13 febrero, estableciendo unos plazos de uno a dos años; en el mismo sentido es el criterio del TSJC. En definitiva, en caso de custodia compartida, la atribución del uso de la vivienda familiar solo debe ocurrir de manera excepcional, cuando exista una desigualdad económica evidente entre las partes o cuando una de ellas tenga dificultades significativas para acceder a una vivienda.

En el caso de la sentencia núm. 226/2016 de 8 marzo de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.^a). Sentencia JUR 2016/97786, el padre y la madre tenían diferentes peticiones con respecto al uso de la vivienda familiar. El padre sugería que no se hiciera ninguna atribución de uso de la vivienda, mientras que la madre solicitaba que se le atribuyera a ella y a sus hijos. Los hijos tenían 18 y 15 años, y el régimen económico matrimonial era el de sociedad legal de gananciales, aunque posteriormente optaron por el régimen de separación de bienes. La situación económica y laboral de ambos cónyuges también se tuvo en cuenta. Dado que no existía una medida de custodia compartida para la hija menor y que no se había demostrado una necesidad significativa en ninguna de las partes ni una desigualdad grave, la Sala decidió no realizar una atribución del uso de la vivienda familiar. En lugar de eso, se atribuyó el uso de la vivienda a la hija menor y a la madre por un periodo de un año, con la condición de que esta atribución estuviera sujeta al proceso de liquidación de la sociedad legal de gananciales después de transcurrido ese año (en este sentido la STS de 9 de septiembre de 2015 y 11 de febrero de 2016).

Un último ejemplo en el sentido expuesto lo constituye la SAP de Murcia (sección 4.^a) núm. 406/2015 de 16 julio que confirma la sentencia de instancia

cuento atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar por considerar que en ella concurre el interés más necesitado de protección, si bien estableciendo como limitación temporal el momento de la correspondiente liquidación del régimen ganancial. Conclusión que se apoya en el hecho de que carece de actividad laboral y de cualificación profesional, dado que a lo largo de los 36 años de duración del matrimonio se ha dedicado al cuidado y atención de su familia. En la actualidad solo desempeña una labor de asistencia a familiares por la que percibe una gratificación de doscientos euros al mes. Por el contrario, el marido ejerce una actividad laboral de carácter estable por la que percibe una retribución media mensual próxima a los dos mil euros que ha constituido durante la convivencia matrimonial la única fuente de ingresos económicos con la que se nutría la unidad familiar. Es evidente que un estudio comparativo entre ambas capacidades y situaciones económicas, y cualificación profesional ponen de manifiesto que la mujer ostenta el interés más necesitado de protección (ORDÁS ALONSO, 2018).

III. EL INTERÉS MÁS NECESITADO DE PROTECCIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

El concepto de “interés más necesitado de protección” es un concepto jurídico indeterminado que se emplea en el ámbito del derecho de familia para evaluar y equilibrar diferentes intereses en situaciones donde no existe una regla clara o una medida exacta para determinar cuál debe prevalecer. La indeterminación en este concepto radica en la falta de una definición precisa o un criterio específico para determinar cuándo un interés se considera “más necesitado de protección” que otro. En cambio, se deja a la interpretación y discreción de los jueces o autoridades competentes la tarea de sopesar y equilibrar los diferentes intereses en conflicto en función de las circunstancias específicas de cada caso.

La ventaja de utilizar conceptos jurídicos indeterminados como este es que permiten una mayor flexibilidad y adaptabilidad del sistema legal a situaciones variadas y cambiantes. Sin embargo, esto también puede dar lugar a cierta incertidumbre y subjetividad en la toma de decisiones legales, ya que diferentes jueces o tribunales pueden interpretar de manera diferente cuál es el interés más necesitado de protección en un caso particular.

En última instancia, el uso de conceptos jurídicos indeterminados como este requiere un análisis cuidadoso y una ponderación equitativa de los intereses en juego para llegar a una decisión justa.

Las razones fundamentales aducidas en la jurisprudencia para tomar decisiones sobre la asignación de la vivienda se centran principalmente en motivos

económicos. En casos excepcionales, se consideran otros factores personales, como la salud, por ejemplo, cuando la vivienda está adaptada para uno de los cónyuges con discapacidad.

La razón más comúnmente citada por jueces y tribunales al respaldar la adjudicación del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, en virtud de la interpretación del artículo 96.2 del Código Civil, es la condición de precariedad económica. Esta interpretación se basa en el análisis de la disparidad económica entre ambos cónyuges, y aunque esta disparidad por sí sola no justifica la asignación de la vivienda, se considera como un factor determinante. Incluso, algunos fallos judiciales argumentan que, para determinar cuál de los ex cónyuges necesita una mayor protección, es esencial evaluar principalmente la situación financiera en la que quedan después de la ruptura familiar y sus habilidades para asegurarse un hogar.

En este contexto, la jurisprudencia actual adopta una posición restrictiva al argumentar que interpretar de manera diferente el artículo 96 del Código Civil podría dar lugar a situaciones que constituyan un abuso de derecho y, en algunos casos, fomentar un enriquecimiento indebido e injusto.

Para abordar estos asuntos, recordemos lo dispuesto en el epígrafe 2 del art. 96 del CC: “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Remarco lo dispuesto en este artículo:

Por el tiempo que se considere apropiado de manera razonable.

Siempre que se tomen en cuenta las circunstancias.

En caso de que sea aconsejable.

Y, especialmente, si su interés es el que necesita una protección especial.

Esto requiere una evaluación meticulosa de todas las circunstancias presentes en cada caso, que no necesariamente se limitan a cuestiones económicas. Se debe prestar atención especial a dos factores: en primer lugar, al interés que requiere una protección más urgente, y en segundo lugar, a las circunstancias individuales de cada uno de los cónyuges. En nuestra opinión, el género y la edad de los cónyuges son factores de gran importancia que deben considerarse.

Desde nuestra perspectiva, es esencial reintroducir una flexibilidad en la valoración que permita tener en cuenta aspectos prácticos y sociales, en lugar de limitarse únicamente a las consideraciones relacionadas con la situación económica del cónyuge menos favorecido.

Al realizar un análisis detallado de este artículo, se nota que el Código Civil no especifica una definición precisa del término “interés más necesitado de protección”. Este artículo es vago y no proporciona directrices claras ni criterios

para su aplicación. La interpretación de este artículo 96.2 del CC, en consonancia con la realidad social actual, ha llevado a que los tribunales tiendan a considerar que el único criterio suficiente para determinar la existencia de un interés más necesitado de protección es el factor económico. Y aun así, incluso cuando existe una disparidad en el patrimonio entre los cónyuges, no se justifica automáticamente la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge económicamente más desfavorecido, que en la mayoría de los casos suele ser la mujer. Esto puede parecer incoherente.

Por lo tanto, no comprendemos cómo la mayoría de la doctrina sostiene prácticamente que el único criterio suficiente por sí solo para asignar el uso de la vivienda es el factor económico y, aún en caso de disparidad económica, no sería decisivo. Al observar la variedad de situaciones y cómo los tribunales las han venido resolviendo, el interés más necesitado de protección se consolida como el factor determinante para la atribución del uso de la vivienda, ya sea propiedad de uno o de ambos cónyuges, y suele abordarse principalmente desde una perspectiva económica. Esta concepción no concuerda del todo con nuestra opinión, ya que no debemos olvidar que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

Resulta incomprensible cómo no se otorga la debida importancia a los demás factores y circunstancias (como el género, la edad, la salud, entre otros), ya que estos elementos también tienen una relevancia especial, dado que influyen en la valoración de la disparidad económica al decidir, por un lado, si la asignación del uso es apropiada o no, y, en particular, en la determinación de la duración de la medida. Por ejemplo, una persona que carece de recursos, especialmente si es una mujer, para satisfacer su necesidad de vivienda, se enfrentará a mayores dificultades para encontrar empleo. Asimismo, si sufre de una enfermedad o si tiene una edad avanzada en comparación con una situación diferente, esto podría influir en la asignación del uso por un periodo más prolongado.

Algunos autores sostienen que la atribución de la vivienda debería centrarse en la protección del cónyuge que enfrenta mayores dificultades para acceder a otra vivienda (ORDÁS ALONSO, 2018), en lugar de basarse exclusivamente en su situación económica. Es importante recordar que, en la mayoría de los casos, uno de los cónyuges es una mujer. Sin embargo, la creciente incorporación de la mujer al mundo laboral ha llevado a que, a menudo, se confunda la equidad con la errónea suposición de que hombres y mujeres han alcanzado igualdad económica, pues en una hipotética igualdad de condiciones económicas no existen razones suficientes para favorecer automáticamente a la mujer debido a su género.

Según numerosas sentencias, la interpretación del interés más necesitado de protección según el art. 96.2 solo justificaría atribuir el uso al cónyuge no titular por razones de “auténtica necesidad y penuria económica”. Situaciones de gran excepcionalidad que, como califican los distintos tribunales, en la mayoría de los

casos no se dan, porque los ingresos de ambos cónyuges son parejos, y en esta situación de paridad económica, considerar a uno de los cónyuges como más vulnerable en igualdad de salarios podría plantear una infracción del art. 96 del CC.

Conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo¹¹, el tercer párrafo del artículo 96 del Código Civil posibilita la atribución del derecho de uso por un periodo determinado en beneficio del cónyuge, cuando las circunstancias lo ameriten y su interés requiera una protección especial. Además, según lo expuesto en la sentencia, una vez que los hijos a quienes se les otorgó el uso alcancen la mayoría de edad, tanto el esposo como la esposa se encuentran en condiciones iguales en relación con este derecho. Ambos enfrentan una nueva situación que no considera el derecho preferente derivado de la medida complementaria de la guarda y custodia, sino el interés que pueda justificarse a partir de ese momento¹² y por un periodo específico.

En ausencia de un acuerdo previo, la responsabilidad de asignar el uso de la vivienda familiar recae en el juez, quien se guiará por los criterios legalmente establecidos. Al respecto, el artículo 103 del Código Civil, en el contexto de las medidas provisionales, autoriza al juez a determinar qué cónyuge deberá quedar-se en la vivienda familiar, teniendo en consideración el interés que más requiere protección. Este interés se especifica en el artículo 96 del Código Civil, dependiendo de si existen hijos menores de edad o no (ORDÁS ALONSO, 2018).

A continuación procederemos al estudio de los tres primeros apartados del artículo 96 del Código Civil y de su interpretación jurisprudencial. No sin antes llamar la atención, como manifiesta Tena Piazuelo, sobre lo sorprendente que resulta tal cúmulo de conceptos jurídicos indeterminados (tiempo prudencial, atendidas las circunstancias, aconsejable, interés más necesitado de protección) que ponen en manos del juez una gran capacidad decisoria, no sometida siquiera a las reglas de la titularidad de los propios derechos en relación con terceros (TENA PIAZUELO, 2015) y que en ningún momento se plantea ni la edad, ni el género, ni ninguna otra circunstancia de carácter subjetivo ni las implicaciones que estas pudieran acarrear.

Profundicemos pues en el concepto de “auténtica necesidad” tal como lo define la jurisprudencia. Se trata de un estado que algunos fallos judiciales han calificado como una situación de mayor necesidad, que puede incluir circunstancias de extrema desprotección o necesidad debido a problemas de salud, siempre y cuando el cónyuge no custodio carezca de otra vivienda y el cónyuge custodio tenga los medios necesarios para proporcionar vivienda a los hijos.

En estos casos, se podría considerar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio. Sin embargo, algunas sentencias enfatizan que esta excepción al principio general solo se aplicará si se demuestra de manera sólida la existencia de una situación de extrema necesidad en el cónyuge no custodio. Esta

prueba de extrema necesidad puede ser difícil de establecer en algunos casos, lo que desprotegería, presumiblemente al cónyuge más necesitado de vivienda que aun padeciendo una gran necesidad, no pueda probarla.

Por ejemplo, en la sentencia SAP Baleares 4.^a 9 de abril de 2001, a pesar de la grave enfermedad de la esposa (cónyuge no custodio), su solicitud de atribución del uso de la vivienda familiar adaptada a su enfermedad no prosperó debido a que disponía de recursos económicos de un seguro y una indemnización por su enfermedad. En otro caso, en la sentencia SAP Barcelona 12.^a de 26 de mayo de 2003, a pesar del delicado estado de salud del esposo (cónyuge no custodio) que requería ingresos hospitalarios frecuentes y asistencia de terceras personas, no se le atribuyó el uso de la vivienda conyugal, ya que vivía en el domicilio de sus padres, quienes podían cuidar de él, mientras que la esposa trabajaba pero no ganaba lo suficiente para alquilar otra vivienda.

Así se expresa también la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, en sentencia de 31 de mayo de 2016, según la cual: “Cuando no cabe observar un interés más necesitado de protección en ninguno de los cónyuges litigantes, lo procedente hubiese sido no efectuar pronunciamiento alguno en relación con la medida pretendida de uso y disfrute de la vivienda conyugal, dejándolo sin definición hasta el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Profundicemos en la segunda interpretación: Penuria económica y precariedad¹³.

Por poner un ejemplo entre muchos, como indica la SAP de Cáceres (sección 1.^a) núm. 7/2007 de 11 enero, la situación de auténtica necesidad o penuria económica sería el único supuesto de hecho excepcional habilitante para permitir la atribución a uno de los cónyuges (el más necesitado de protección se entiende). Además como sostiene la sentencia, esta situación totalmente excepcional de auténtica necesidad debía ser probada en todos sus extremos, dejando claro que en cualquier caso la adjudicación tendría lugar por un periodo de tiempo más o menos reducido durante el cual, supuestamente, el cónyuge en estado de auténtica necesidad, tendría que superar dicha situación y disponer de una vivienda.

Por lo tanto, se establece de manera evidente que la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, cuando no existen hijos menores, se concede principalmente al cónyuge no titular, solo en situaciones excepcionales de precariedad, generalmente de naturaleza económica, que justifiquen su reconocimiento temporalmente.

En virtud de la doctrina jurisprudencial presentada, no podemos estar de acuerdo en que el factor determinante para la atribución del uso de la vivienda, siendo propiedad de uno de los cónyuges, dependa exclusivamente de la capacidad económica significativamente superior o inferior. En lugar de eso, como se ha enfatizado repetidamente, debe atribuirse cuando exista una situación de

precariedad sobrevenida que justifique considerar su interés como necesitado de protección que no debería de resultar de casos tan excepcionales, según lo establecido en el artículo 96.2 del Código Civil.

La pregunta que surge es por qué se considera únicamente la situación de precariedad económica sobrevenida, cuando este no es el único aspecto contemplado por el artículo 96 del CC. ¿Por qué no se toma en cuenta una circunstancia relevante en muchos casos, como la vulnerabilidad de la mujer, especialmente en áreas rurales? Estos términos rara vez son considerados, al igual que la ubicación de la vivienda familiar contigua a la casa de la familia política, descuidando de este modo, otras “circunstancias” que también deberían ser consideradas.

Sin lugar a dudas, el interés que requiere una protección especial se debe plantear y respaldar adecuadamente y en la mayoría de los casos, excesivamente con pruebas. En caso contrario, si solo se ha solicitado el uso de la vivienda familiar sin mencionar y respaldar de manera adecuada el interés que necesita una especial protección, no se podrá conceder dicho uso¹⁴.

Además, es fundamental tener en cuenta que estamos frente a una norma legal que se viene interpretando de manera muy restrictiva. Por lo tanto, no es suficiente demostrar simplemente un interés que requiere una protección especial, sino que, se exige rigurosamente evidenciar la existencia de una “necesidad excepcional que demanda una protección singular o cualificada”, que en la mayoría de los casos se exige que sea de carácter económico.

Un carácter excepcional, que reiteran numerosas sentencias. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22.^a) número 122/2007, emitida el 16 de febrero, que establece que la norma requiere la existencia de “un interés que, de modo notorio, haga de merecer una protección prioritaria frente al del otro consorte. Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.^a) número 134/2009, dictada el 9 de febrero, afirma que el artículo 96.3 del Código Civil es una medida excepcional que permite atribuir temporalmente el uso del domicilio a uno de los cónyuges y que debe aplicarse de manera restrictiva. Finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.^a) número 358/2017, del 26 de abril, establece que en situaciones donde no hay hijos en común, la ley tiende a respetar los derechos derivados de la propiedad de la vivienda, como regla general según los artículos 348 y 446 del Código Civil, a menos que, como excepción, las circunstancias aconsejen atribuir el uso al cónyuge que demuestre una mayor necesidad de protección.

Otros factores a considerar podrían ser la edad entre los cónyuges, diferencia significativa entre ambos cónyuges que, por sí sola, justifique otorgar una mayor protección a uno de los cónyuges en relación con el otro, siempre y cuando ambos tengan recursos suficientes para satisfacer sus necesidades de vivienda. La

situación cambia si existe una diferencia patrimonial notable entre ellos, hasta el punto de que uno de ellos carece de ingresos y patrimonio. En tal caso, puede ser difícil para esa persona encontrar empleo debido a su avanzada edad, ni que decir, que sea mujer, pero en esta evaluación, la edad no sería el único factor determinante para considerar un interés más necesitado de protección; se sumaría la precariedad económica.

Por lo que siempre es importante considerar la precariedad económica como binomio de otro factor, tipo edad, tipo sexo, tipo formación académica, tipo lugar de residencia. No hay que acudir a uno sino a varios factores a la hora de determinar si alguno de los cónyuges presenta un interés más necesitado de protección.

Además, es importante recordar dos datos fundamentales: en primer lugar, que no hay hijos menores cuyo interés deba ser priorizado, y la vivienda podría ser propiedad exclusiva del cónyuge al que se le niega su uso. En segundo lugar, esta medida siempre será temporal.

En cualquier caso, la precariedad económica podría abordarse mediante un aumento en la pensión compensatoria si se presupone un desequilibrio económico, no mediante el uso de la vivienda familiar.

Este criterio coincide con algunos autores que también defienden que hay que tener en cuenta criterios sociales e incluso morales. En este contexto, se argumenta que la evaluación de dicho interés no debe basarse únicamente o principalmente en la valoración económica del patrimonio, ya que el artículo 96 del Código Civil se centra más en satisfacer necesidades vitales que en valorar y compensar patrimonios.

La conducta desordenada, la falta de lealtad conyugal, la compatibilidad de caracteres, la animosidad o la mala relación entre los cónyuges o alguno de ellos con los hijos, entre otros, especialmente la mala fe son algunas de las circunstancias que menciona Santos Briz.

La SAP de Las Palmas (sección 3.^a) núm. 534/2015 del 20 de julio señaló que la evidencia de los ingresos percibidos era crucial. Aunque el apelante, en este caso, un agente de la Policía Local, mostraba unos ingresos fijos y constantes, no se conocían los ingresos de la parte demandada. La jueza de primera instancia aceptó que esta no trabajaba, basándose en un certificado del INEM que indicaba la falta de prestación por desempleo. La capacidad económica debería haber sido plenamente demostrada, lo que podía representar un riesgo para la mujer. Sin embargo, ese documento no probaba su situación económica, y se cuestionaba si realmente era la parte más necesitada de protección. La demandada no presentó declaración de la renta ni certificado de la Agencia Tributaria que indicara sus ingresos.

Desde nuestra perspectiva, este razonamiento tiene falencias desde el punto de vista de la igualdad de género. Se coloca una carga desproporcionada sobre

la demandada para probar su situación económica, mientras que el apelante se libera de esa responsabilidad. Además, se presumen circunstancias desfavorables para la demandada, como la falta de ingresos, sin una base clara. Este enfoque puede acentuar las desigualdades de género al imponer estándares que resultan más estrictos a las mujeres en situaciones similares, pues por regla general en algunos casos, las mujeres tendrán un estatus económico ligeramente inferior que los hombres, significativamente inferior en otros muchos, pero en pocos casos extremadamente inferior.

Lo justo sería analizar otros factores que influyen, como el de que la mujeres por regla general van a tener salarios más bajos que los hombres, para poder proceder a una evaluación equitativa de la capacidad económica de ambas partes. Esto es especialmente importante en casos donde se toman medidas excepcionales según el artículo 96.3 del Código Civil.

Un ejemplo ilustrativo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sección 1.^a) número 228/2013, emitida el 28 de noviembre, la cual establece: “El interés más necesitado de protección” es un concepto jurídico indeterminado que obliga al juez a analizar los factores relevantes en cada caso específico para tomar la decisión más justa. Entre otros aspectos, el juez debe tener en cuenta los siguientes elementos: a) la situación económica y patrimonial de los cónyuges; b) las personas que, además de uno de los cónyuges, podrían verse obligadas a abandonar la vivienda familiar, si aplica; c) la posibilidad de que cada uno de ellos tenga acceso a otra vivienda que satisfaga sus necesidades de alojamiento; d) la situación personal y laboral de cada uno de los afectados, incluyendo su estado de salud, edad, apoyos disponibles y estabilidad en el empleo; e) el tiempo durante el cual cada uno de ellos ha ocupado la vivienda; f) el título por el cual se ocupa la vivienda; g) si la vivienda se utiliza para el trabajo de alguno de ellos y cómo afectaría su salida a esta situación, entre otros factores relevantes.

No tiene sentido que en la atribución de la vivienda se tenga en cuenta un criterio meramente económico, cuando es algo que se puede compensar por otros medios: incluyendo la pensión compensatoria y la compensación por trabajo doméstico,

Y nada tiene que ver con la atribución del uso de la vivienda.

Los demás factores, como la edad, la salud, etc., en nuestra opinión, pueden servir únicamente para calificar la disparidad en la situación económica al determinar si es apropiado o no atribuir el uso de la vivienda, y específicamente, para determinar la duración de la medida.

Este binomio de factores justificaría la atribución del domicilio a favor de la mujer en casos dudosos donde no existe una gran disparidad económica, pues la diferente capacidad económica, por sí sola, no es suficiente para atribuir el uso de la que fue vivienda familiar.

Y en este sentido la STS (Sala de lo Civil, sección 1.^a) núm. 174/2015 de 25 marzo, cuando dice: “No bastará con que el cónyuge que solicite la atribución del uso de la vivienda familiar tenga peor capacidad económica que el otro, sino que es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente, así como que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte”.

IV. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2023, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

En relación a la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante Dirección General) del 30 de agosto de 2023, la cuestión que se plantea en este contexto es si la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, (resultante de un convenio regulador acordado entre dos excónyuges), puede inscribirse en el Registro de la Propiedad sin detallar su periodo de validez, o si es imperativo incluir esta especificación para su registro cuando existan hijos menores involucrados.

Es importante señalar es que la Dirección General también parte de la consideración del derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia, no como un derecho real, sino como un derecho de índole familiar.

En esta resolución, la Dirección General afirma que la autoridad judicial debe determinar el plazo de duración de ese derecho, siguiendo la misma línea que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se establece en la sentencia 117/2017, de 22 de febrero. En dicha sentencia, se sostiene que, de acuerdo con el principio de especialidad y temporalidad, en este caso particular no es necesario establecer un “dies certus” en consideración a la protección del interés superior del menor. La sentencia argumenta que “Conforme al principio de especialidad y la temporalidad, en este caso concreto no resulta necesario la fijación de un “dies certus”.

Aunque de manera indirecta se desprenderá que, en situaciones donde no hay hijos o estos son mayores, se protegerá el derecho del propietario al imponer la condición de temporalidad necesaria, siempre y cuando no haya otro interés superior que deba atenderse.

La doctrina de la Dirección General, tal como se refleja en la Resolución de 2 de junio de 2014, mantiene una postura coherente en relación con la configuración, alcance y oponibilidad del derecho de uso sobre la vivienda familiar establecido en los artículos 90 y 96 del Código Civil en situaciones de crisis familiar. En líneas generales, se ha establecido que, para ser registrado en el Registro de la Propiedad, el derecho de uso familiar debe tener relevancia frente a terceros y

debe definirse conforme al principio de especialidad. Esto implica expresar con precisión las facultades que abarca, identificar a sus titulares, establecer su temporalidad (aunque no sea necesario fijar un “*dies certus*”, a menos que la legislación civil especial lo exija, como en el caso del Código Civil Catalán, artículo 233-20) y, además, contar con un mandato expreso de inscripción.

Independientemente de cómo se configure, si se busca que sea reconocido como un derecho de uso registrable, debe estar claramente determinado, siguiendo así el principio general de especialidad característico de nuestro sistema registral. La asignación del derecho de uso de la vivienda familiar se considera una medida de salvaguarda, aplicable sin tener en cuenta el régimen de bienes matrimoniales o la modalidad de titularidad acordada entre los propietarios. Por lo tanto, no se puede limitar el derecho de uso al período en el que los progenitores sean titulares de dicho bien.

En última instancia, la objeción presentada por el registrador al insistir en la necesidad de especificar temporalmente la asignación del uso de la vivienda no recibió respaldo. Como resultado, la Dirección General optó por aceptar el recurso y anular la calificación impugnada. Esta resolución subraya una vez más la actualidad y controversia de la cuestión del plazo fijado en el que se atribuye el uso de la vivienda, aunque tenga lugar de mutuo acuerdo vía convenio regulador, evidenciando cómo se extiende a diversos ámbitos jurídicos, incluida la labor de calificación registral.

V. ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL CCCAT

El Código Civil Catalán regula la atribución del uso de la vivienda familiar en los artículos 233-20 y siguientes. Sigue en gran medida un enfoque similar el CC. Sin embargo, existen algunas diferencias y particularidades en la regulación del CCCat que podíamos resumir así:

Enfoque similar al Código Civil Español: Al igual que el CC, el CCCat establece que en caso de divorcio, separación o nulidad del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda familiar se determinará de acuerdo con las circunstancias y necesidades de las partes involucradas.

Principio de preferencia a hijos menores: Al igual que el CC, el CCCat también prioriza el interés de los hijos menores en la atribución del uso de la vivienda familiar. El CCCat establece que cuando hay hijos menores de edad, su interés prevalecerá a la hora de determinar la atribución del uso de la vivienda.

Consideración de las circunstancias de las partes: El CCCat permite que las circunstancias específicas de los cónyuges o convivientes sean consideradas al tomar una decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Esto puede incluir aspectos económicos, de salud o cualquier otra circunstancia relevante.

Posibilidad de acuerdo entre las partes: El CCCat también permite que las partes involucradas lleguen a un acuerdo sobre la atribución del uso de la vivienda familiar. Este acuerdo deberá ser aprobado por el juez y debe ser equitativo y en interés de todas las partes involucradas.

Carácter temporal: Al igual que en el CC, el CCCat establece que la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un carácter temporal y se otorga por un período de tiempo determinado. Esto significa que no es una asignación permanente y puede ser revisada en el futuro si cambian las circunstancias.

Posibilidad de atribución al cónyuge no titular: En situaciones donde no existen hijos menores de edad, el CCCat también permite la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, en circunstancias excepcionales de precariedad económica.

La regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar, que se lleva a cabo en el momento del cese de la convivencia, como se desprende del artículo 233-20 del CCCat, debe interpretarse siguiendo criterios restrictivos. La jurisprudencia respalda esta idea al considerar que esta atribución implica una limitación temporal del derecho de propiedad de uno de los titulares al que se priva del uso en beneficio del otro progenitor, quien tiene la custodia de los hijos menores. Esta medida tiene como objetivo garantizar cierta estabilidad a los hijos menores, y su razón de ser se basa en el interés superior de estos, que debe ser la principal consideración en las decisiones judiciales, como se establece en el artículo 211-6 del CCCat.

Cuando no se trata de un caso con hijos menores involucrados, la justificación de esta atribución se encuentra en la continuación de la solidaridad familiar a pesar del divorcio. Solo se puede restringir las facultades del dominio cuando exista un interés más necesario de protección en uno de los cónyuges.

La extensión de la solidaridad familiar a la que nos referimos tiene un límite definido. En nuestro sistema legal, el derecho de uso de la vivienda familiar no es ilimitado, ya que se establece con una duración temporal, aunque existe la posibilidad de prórroga y modificación durante su vigencia. Este enfoque se justifica, según se expone en la justificación de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, que aborda cuestiones relativas a la persona y la familia. La intención es frenar una jurisprudencia que ha tendido a otorgar un carácter indefinido a la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular de la propiedad.

El artículo 233-20.5 del CCCat establece que la asignación temporal del uso, basada en una mayor necesidad, puede ser prorrogada, también de manera temporal, si persisten las circunstancias que la motivaron. No obstante, no contempla prórrogas sucesivas indefinidas.

Cuando se vincula este apartado con el número 7 del mismo artículo 233-20, que pondera la atribución como contribución en especie para determinar la prestación que podría generar el otro cónyuge, y con el artículo 233-18.1 del mismo código, que regula la posibilidad de modificar la prestación compensatoria solo para reducir su cuantía, sin permitir su aumento o extensión, se concluye que, por la misma causa legal, no existe la opción de aumentar la carga que soporta el propietario del inmueble al mantener al ex cónyuge durante un período mayor que el derivado de la asignación inicial y una prórroga.

Un ejemplo significativo es la de la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a) sentencia núm. 7/2017 de 16 febrero. RJ 2017\1600. Por un lado, se argumenta que se habían infringido los artículos 233-20.2, 4 y 5 del CCCat y el artículo 233-21.1 a) del mismo código. Se solicitaba que la atribución del uso del domicilio familiar a la esposa, basada en la concesión de la custodia de los menores, fuera temporal y que finalizara cuando se liquidara efectivamente la propiedad conjunta de la vivienda.

Por otro lado, el recurrente alegaba que la sentencia de la Audiencia infringía el artículo 233-20.1 del CCCat, que permite a los cónyuges acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar para satisfacer los alimentos de los hijos comunes. Sostenía que este artículo impedía que el juez, en caso de desacuerdo de la pareja, atribuyera al cónyuge beneficiario no solo la vivienda en sentido estricto, sino también el uso de la plaza de parking y el trastero anejos a la vivienda, así como el acceso a la zona comunitaria y la piscina del inmueble.

Este motivo de casación fue rechazado por el TSJC, argumentando que el derecho de uso del domicilio conyugal, a pesar de ser especial y vinculado a la esfera familiar, abarcaba la totalidad de la vivienda, incluyendo sus dependencias y derechos anexos, según lo estipulado en el artículo 562-7 del CCCat. Esto implica que, a menos que la normativa específica del derecho de familia indicara lo contrario, el uso de la vivienda naturalmente comprende el acceso al trastero y la plaza de aparcamiento habitualmente utilizados por la familia. Además, la propiedad y el uso de la piscina y otros elementos comunes estarían vinculados a la propiedad y el uso de los elementos privativos de acuerdo con las normas de la propiedad horizontal. De modo que separar el derecho de uso de la vivienda de la utilización de estos elementos no concuerda con la legislación vigente.

Por último, se rechaza en esta sentencia la pretensión del recurrente argumentando que sería poco práctico y costoso desvincular el uso de la plaza de parking y el trastero de la vivienda en el registro, y podría generar conflictos innecesarios entre los cónyuges. Se menciona también una tendencia reciente de otorgar el uso de la vivienda familiar por períodos más cortos, en lugar de otorgárselo indefinidamente como se hacía en el pasado, con el objetivo de permitir a la parte que no tiene la custodia buscar una nueva vivienda por sus propios medios.

En general, se destaca que la atribución del uso de la vivienda familiar tiende a ser temporal y sujeta a condiciones específicas en lugar de indefinida.

Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 68/2015 de 5 de octubre, la reciente normativa sobre la asignación del uso de la vivienda familiar en casos de separación o divorcio matrimonial se distingue por ser más flexible y otorgar a los jueces nuevas facultades, limitadas en la regulación previa del código de familia.

Esta legislación reciente se fundamenta en la idea de que, tras la ruptura de la convivencia conyugal, en la medida de lo posible, los inmuebles deben regresar a su régimen jurídico ordinario que vincula la disposición del uso con la titularidad de la propiedad. No obstante, el legislador también reconoce la necesidad de considerar intereses superiores y distintos a los de los cónyuges como propietarios o copropietarios de la vivienda. Estos intereses buscan proporcionar estabilidad y protección a los hijos menores, así como asegurar la continuidad temporal de la solidaridad conyugal cuando uno de los cónyuges requiere protección especial.

En este sentido, se permite que, considerando las circunstancias particulares de cada caso, las necesidades de vivienda se puedan satisfacer de formas diferentes a la vinculación de la propiedad privada o la copropiedad, con el objetivo de que los lazos económicos creados durante el matrimonio no perduren más allá de lo necesario. Este enfoque se expresa claramente en el Preámbulo del Libro II CCCat (LCAT 2010, 534) que aborda este tema y señala que las nuevas reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar introducen cambios significativos.

Aunque se mantiene la prioridad de atribuir la vivienda al cónyuge con la custodia de los hijos, se destaca la importancia de evaluar las circunstancias específicas de cada caso. Así, se permite que, a solicitud de la parte interesada, se excluya la asignación del uso de la vivienda familiar si la persona beneficiaria cuenta con recursos suficientes para satisfacer sus necesidades y las de los hijos, o si la persona que debe cederla puede garantizar adecuadamente el pago de alimentos y la prestación correspondiente al otro cónyuge para cubrir sus necesidades de vivienda.

En situaciones donde, a pesar de tener la custodia de los hijos, se prevé que esa necesidad persistirá después de que los hijos alcancen la mayoría de edad, la asignación del uso de la vivienda familiar puede hacerse inicialmente en función de esa necesidad. Sin embargo, en todos los casos, la asignación por necesidad es temporal y puede prorrogarse según sea apropiado. Este enfoque busca limitar una jurisprudencia que tendía a otorgar atribuciones indefinidas, perjudicando los intereses del cónyuge titular.

La normativa actual refleja una perspectiva en la que la obligación de proporcionar alojamiento a través de la asignación del uso del domicilio familiar ha

perdido importancia. Este cambio de enfoque se observa en diversas disposiciones del CCCat:

- El artículo 233-20.4 del CCCat otorga a la autoridad judicial la facultad excepcional de asignar el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene la custodia, siempre que sea el más necesitado y el cónyuge con la custodia disponga de medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.
- El artículo 233-20.6 CCCat establece que la autoridad judicial puede reemplazar la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son adecuadas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.
- El artículo 233-21.1 CCCat permite que, a solicitud de uno de los cónyuges, se excluya la atribución del uso de la vivienda familiar en ciertas circunstancias, como cuando el cónyuge que tendría derecho al uso debido a la custodia de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos, o cuando el cónyuge que debe ceder el uso puede garantizar el pago adecuado de las pensiones de alimentos de los hijos y, en su caso, de la pensión compensatoria del otro cónyuge para cubrir sus necesidades de vivienda.

En síntesis, la normativa actual en Cataluña refleja una mayor flexibilidad en relación con la asignación del uso de la vivienda familiar, adaptándose a las necesidades y recursos de las partes involucradas en procesos de divorcio o separación.

VI. CONCLUSIONES.

- I. Se observa un tratamiento distinto del derecho de uso de la vivienda familiar en el contexto del Derecho común cuando hay hijos menores. En este caso, se considera por la jurisprudencia mayoritaria que la asignación del derecho de uso de la vivienda sin restricciones temporales infringe lo establecido en el artículo 96.2.
- II. El legislador reconoce que, a pesar de que las mujeres en general tienen acceso al mercado laboral, a menudo abandonan sus carreras después de casarse o tener hijos. Lo que no se menciona es que este abandono a menudo ocurre en una etapa de la vida de la mujer en la que perder oportunidades laborales puede ser irreparable (SOLÉ RESINA, 2018). No obstante, este es un tema controvertido y complicado de anticipar, especialmente cuando la necesidad surge debido a problemas de salud o a la falta de empleo remunerado del cónyuge que recibe la atribución del uso de la vivienda, ya que esta situación podría prolongarse inde-

- finidamente (ESPUNY TOMÁS, 2018). Por supuesto, los desacuerdos pueden surgir cuando la vivienda es de titularidad compartida entre ambos cónyuges o cuando lo es exclusiva del cónyuge que no recibe el derecho de uso. Esto no ocurre cuando la propiedad es exclusiva del cónyuge al que se le otorga el derecho de uso, ya que esto está inherentemente ligado a su derecho de propiedad.
- III. La jurisprudencia mayoritaria establece que la asignación del derecho de uso de la vivienda al cónyuge que no es el beneficiario debe considerarse como una forma de contribución en especie al calcular tanto la pensión de alimentos como la pensión compensatoria que podría corresponder al otro cónyuge (SOLÉ RESINA, 2018).
- IV. Además, la jurisprudencia también ha establecido que los gastos habituales de mantenimiento y reparación de la vivienda son responsabilidad del cónyuge que tiene su uso, mientras que las obligaciones relacionadas con su adquisición o mejora recaen sobre el titular o titulares de la vivienda. Estas cuestiones se abordan de manera más específica en la regulación del Código Civil de Cataluña, que introdujo cambios significativos para evitar que la asignación del uso de la vivienda sea indefinida en detrimento del cónyuge titular.
- V. En cuanto al criterio de atribución basado en la necesidad, es importante determinar si se refiere a la capacidad económica del cónyuge, a su situación de necesidad o a ambas, dependiendo de las circunstancias de cada caso. En general, estas disposiciones tienden a mejorar la posición del cónyuge titular que no tiene derecho al uso de la vivienda, lo que puede afectar a un alto número de mujeres, ya que, como se mencionó anteriormente, la custodia de los hijos menores suele ser otorgada a la madre, lo que conlleva la asignación del uso de la vivienda familiar. Sin embargo, esta situación a menudo deja a las mujeres en una posición vulnerable, ya que dependen del pago puntual de la hipoteca por parte de sus exparejas y deben hacer frente a los posibles retrasos o incumplimientos para evitar embargos u otras consecuencias negativas.
- VI. La restricción en cuanto a la duración temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar parece no permitir extensiones más allá de las establecidas por ley. En nuestra opinión, esta limitación es demasiado inflexible en lo que respecta a la asignación de la vivienda al cónyuge que más necesita protección, y esto podría perjudicar especialmente a las mujeres, que con frecuencia se encuentran en esta situación.

VII. El principio de “solidaridad conyugal” y la consiguiente renuncia del “puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro”, deben ser determinantes en la asignación de uso adicional a favor del cónyuge que necesita mayor protección, (no solo económica), limitándose al tiempo determinado por el criterio judicial en función de las circunstancias. Esta normativa no admite restricciones temporales explícitas, aunque estas se derivarán de manera indirecta. Esto ocurre especialmente cuando no hay hijos o cuando estos son mayores, ya que en este último escenario, y en ausencia de otros intereses superiores, se protege el derecho del propietario mediante la imposición de la regla que exige una duración temporal necesaria del derecho.

VIII. En este contexto, poco esperanzadores resultan los intentos fallidos realizados por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en casos de nulidad, separación y divorcio. Este anteproyecto propone modificaciones al artículo 96 en su artículo 8¹⁵, donde se abordan aspectos relacionados con la corresponsabilidad parental. Esta norma tiene un impacto significativo y perjudicial para las mujeres que, a pesar de tener atribuido el uso de la vivienda, quedan en una situación vulnerable en la que dependen de que su expareja cumpla con los pagos mensuales de la hipoteca. En casos en los que estos pagos se retrasen o no se realicen, son las mujeres quienes deben hacer frente a las consecuencias, incluso para evitar un posible embargo.

IX. La conclusión principal sería la de no perder de vista que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar siempre debe ir arraigada a la idea de la solidaridad conyugal, aunque el vínculo conyugal se rompa. Digamos que hay una presunción de permanencia de los efectos del matrimonio que se entienden más allá de la nulidad, ruptura, separación o divorcio, que debe ser protegida. Por ello, en atención al deber de solidaridad conyugal que se extiende más allá de la disolución del matrimonio, en situaciones inciertas, buscamos establecer una presunción de que la mera condición de ser mujer representa un interés que requiere una protección adicional. Además, cuando no se pueda proporcionar una carga de prueba sólida, el papel valorativo y ponderativo del juez debe considerar de manera destacada la condición de ser mujer, junto con otras circunstancias comprobadas, como la dificultad económica, entre otras, todo ello en atención al mantenimiento de la equidad y de la mencionada solidaridad conyugal.

VII. ÍNDICE

- STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5086).
- STS 20 noviembre 2018 (JUR 2018\315910).
- STS núm. 95/2018 de 13 febrero.
- STS de 6 abril, 27 junio, 21 julio y 16 septiembre 2016; 23 enero y 14 marzo 2017.
- STS 390/2017, de 20 de junio (RJ 2017, 3060).
- STS núm. 117/2017, de 22 de febrero.
- STS de 23.1.2017.
- STS de 11 de febrero de 2016.
- STS núm. 315/2015, de 29 de mayo (RJ 2015, 2273).
- STS de 9 de septiembre de 2015.
- STS (Sala de lo Civil, sección 1.^a) núm. 174/2015 de 25 marzo.
- STS 11 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7262).
- STS de Pleno de 5 de septiembre de 2011.
- STS Sala 1.^a 859/2009 fechada el 14 de enero de 2010.
- STS 31 diciembre 1994 (JUR1994/20231).
- STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a), núm. 7/2017 de 16 febrero. RJ 2017\1600.
- STSJ de Cataluña número 68/2015 de 5 de octubre.
- SAP de Barcelona (sección 12.^a), núm. 413/2023 de 7 julio. JUR 2023\338315.
- SAP de Barcelona 12.^a de 26 de mayo de 2003.
- SAP de Barcelona de 7 octubre 2002. JUR 2003\2186 (sección 12.^a).
- SAP de Baleares 4.^a 9 de abril de 2001.
- SAP de Cádiz (sección 5.^a), núm. 928/2022 de 19 octubre. JUR 2023\16642.
- SAP de Cáceres (sección 1.^a) núm. 399/2016 de 26 de octubre.
- SAP de Cáceres (sección 1.^a) núm. 7/2007 de 11 enero.
- SAP de A Coruña (sección 4.^a) número 13/2017, de 16 de enero.
- SAP de Granada, n.^o 101/2020, sección Quinta, Rollo No 102/2020 – Autos No 191/2019. Juzgado De Primera Instancia e Instrucción N.^o 1 de Loja.
- SAP de Huelva (Sección 1.^a) núm. 228/2013, emitida el 28 de noviembre.
- SAP de Las Palmas (sección 3.^a) núm. 534/2015 de 20 de julio.
- SAP de Madrid, núm. 226/2016 de 8 marzo (sección 22.^a). Sentencia JUR 2016\97786.
- SAP de Madrid (sección 22.^a) núm. 122/2007.
- SAP de Madrid (sección 24.^a) núm. 134/2009, dictada el 9 de febrero.
- SAP de Murcia (sección 4.^a) núm. 406/2015 de 16 julio.

- SAP de Tarragona (sección 1.^a), núm. 135/2018 de 28 febrero. JUR 2018\91974.
- SAP de Toledo n.^o 1038/2020, de 16 de octubre, ECLI: ES: APTO:2020: 1594.
- SAP de Valencia (sección 10.^a) núm. 358/2017, del 26 de abril.

VIII. REFERENCIAS

- BARNETT, H. (1998). *Introduction to Feminist Jurisprudence*. London: Cavendish.
- ESPUNY TOMÁS, M. J. (2018). *La docencia del derecho con perspectiva de género* (1^a ed.). Dykinson S.L. Obtenido de <http://www.jstor.org/stable/j.ctv346pcj>
- GIMENO, M. (2020). *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* Thomson-Aranzadi.
- LOMBARDO, E. (2014). Métodos de investigación en ciencia política. En M. LOIS GONZÁLEZ, & A. ALONSO, *Ciencia Política con Perspectiva de Género* (págs. 9-38). Madrid: Akal.
- MACKINNON, C. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence. En *Journal o Women in Culture and Society* 8 (4) (págs. 635-658).
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). Los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo. En *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*. Barcelona: Bosch.
- QUESADA PÁEZ, A. (2023). La extinción del derecho al uso de la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con una nueva pareja. *Revista Aranzadi Doc-trinal* 6.
- ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 96 del Código Civil. En M. d. Justicia, *El comentario del Código Civil* (págs. 398-399). Madrid.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Igualdad formal y desigualdad material: el estado de la cuestión en el derecho de familia. En M. ESPUNY TOMÁS, & E. ZAPATER DUQUE, *La docencia del derecho con perspectiva de género* (pág. 136 y ss.). Dykinson S.L.
- TENA PIAZUELO, I. (2015). *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Navarra: Aranzadi.

NOTAS

¹ La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres aborda la consecución de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres. En su preámbulo, reconoce que “el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos” y acomete la prevención de esas conductas discriminatorias y la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

² El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

³ El artículo 96. CC, redactado por la Ley 8/2021, de 2 junio, que ha mantenido en esencia el texto anterior, regula el uso de la vivienda que fue la vivienda conyugal y los objetos de uso ordinario:

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

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

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

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

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

3. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

⁴ SAP de Toledo n.º 1038/2020, de 16 de octubre, ECLI: ES: APTO:2020:1594.

⁵ Entre otras, STS n.º 315/2015, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2015.

⁶ STS 20 noviembre 2018 (JUR 2018\315910).

⁷ STS 31 diciembre 1994 (JUR1994/20231).

⁸ Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.^a). Sentencia núm. 928/2022 de 19 octubre. JUR 2023\16642. (SSTS 11.11.2013 (RJ 2013, 7262) y 23.1.2017).

⁹ Sentencia núm. 413/2023 de 7 julio. JUR 2023\338315.

¹⁰ (RCL 1998, 2135 y LCAT 1998, 422, 521)

¹¹ Sentencia de Pleno TS de 5 de septiembre de 2011.

¹² Criterio que se apoya en la línea jurisprudencial seguida en sentencias del Alto Tribunal de 12 de febrero de 2014 y 25 de marzo de 2015, estableciendo la segunda de ellas: “Necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge”.

¹³ Definición de precariedad según la RAE: nombre femenino.

Carencia o falta de los medios o recursos necesarios para algo.

“precariedad tecnológica”.

Carencia o falta de estabilidad o seguridad.

“precariedad ética”.

¹⁴ Así lo determinan numerosas sentencia, entre ellas la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.^a) número 13/2017, de 16 de enero, no se aplica el derecho preferente derivado de la atribución de la custodia, sino el interés que requiere una protección superior, el cual debe ser debidamente fundamentado.

¹⁵ El artículo 8 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio dispone que: “Se modifica el artículo 96, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera: «1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento. 2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por períodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad. Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. 3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y esta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivien-

da, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas. 4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. 5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios. En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

*Trabajo recibido el 8 de diciembre de 2023 y aceptado
para su publicación el 11 de marzo de 2024*

