

ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PERSONAL DE USO
DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS O DE VIVIENDAS DISTINTA
A LA FAMILIAR TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular Acreditada Doctora
Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO PERSONAL DE USO DE VIVIENDA Y LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS.—II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA MENOR.—III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. Oponibilidad frente a terceros del derecho personal de uso.—V. SITUACIÓN EN CATALUÑA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP, TSJC) CITADAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO PERSONAL DE USO DE VIVIENDA Y LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS

Desde 1981 que se introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial y tras su ruptura.

El artículo 91 del Código Civil solo permite al juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el artículo 96 del Código Civil. El artículo 774.4 LEC del año 2000 sigue la misma regla¹.

Tampoco el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña permite en principio esta atribución, sino que *solo prevé esta posibilidad* en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio siendo además, la propia autoridad judicial la que procederá a sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias.

Algún sector doctrinal entiende que «los criterios determinantes de la atribución del uso de segundas residencias están relacionados con el nivel económico de la familia, con sus hábitos y con su uso efectivo hasta el momento de la crisis matrimonial, es decir, cuando esta residencia haya sido de gran relevancia para la vida familiar antes de la crisis, atendiendo al nivel de vida de sus miembros»².

Por el contrario entiendo que no debemos olvidar que la razón por la que el artículo 96 del Código Civil atribuye a los hijos el uso de la vivienda familiar

¹ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel DE LA, «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, págs. 2294 a 2323.

² LÓPEZ ROQUE, Carmen, «Atribución judicial de la vivienda familiar y segundas residencias en los procesos de nulidad, separación y divorcio», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Araceli DONADO VARA, María Fernanda MORETÓN SANZ, Fátima YÁÑEZ VIVERO, 2004, ISBN 84-609-3858-1.

radica en la protección de los intereses de los menores³, a lo que también se equipara el de los mayores incapacitados, y resulta indirectamente beneficioso para ellos, la alternativa de las segundas residencias y su atribución ya sea al padre no custodio, o en caso de custodia compartida ya sea la otra residencia conocida donde vivir cuando estén bajo la custodia del otro progenitor...⁴ O, como el propio artículo del Código Civil de Cataluña, indica cuando sea el juez quien la considere más idónea pensando en el propio interés supremo de los menores.

No obstante, no puede utilizarse este planteamiento para la atribución del uso de cualquier bien inmueble que no constituya la vivienda familiar, como nos recordó la STS de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010⁵, la cual estableció con claridad como doctrina que *en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*, de ahí que no fuera procedente la atribución a la esposa, como despacho profesional, de una vivienda propiedad del esposo que no constituya el domicilio familiar⁶.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LAS SEGUNDAS RESIDENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA MENOR

La cuestión es interesante puesto que la jurisprudencia menor de las Audiencias estaba dividida hasta el pronunciamiento del TS.

Así nos encontramos con que como el artículo 96 del Código Civil no prevé la asignación de otra vivienda distinta a la familiar, las SSAP de Valencia, de 4 diciembre⁷; la SAP de Valencia, de 12 de diciembre⁸, y la SAP de Valencia, de

³ El artículo 96.1 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. En consecuencia, el Tribunal Supremo ratifica su doctrina ya declarada conforme a la cual, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil (STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011, recurso 2176/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 236/2011. Número de recurso: 2176/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52203/2011).

⁴ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel DE LA, «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 733, septiembre-octubre, págs. 2842-2858.

⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 284/2012. Número de recurso: 1781/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58285/2012.

⁶ ROCA TRÍAS, Encarnación, *Libertad y Familia*. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2012, pág. 166 y sigs.

⁷ SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de diciembre de 2002, recurso 680/2002. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Número de sentencia: 640/2002. Número de recurso: 680/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 203717/2002. FJ 3.º: «Interesa también al demandado que se le atribuya el uso de la vivienda de Xirivella, sita en los Jardines del Cid, complejo Alquería Nova, pretensión a la que no puede accederse porque el artículo 96 del Código Civil, al regular la atribución de la vivienda, se refiere tan solo a la familiar, pero no a otras viviendas propiedad de los cónyuges en la que la familia no ha residido habitualmente, por lo que el pronunciamiento del Juzgado *a quo* ha de confirmarse también en este punto».

⁸ SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 12 de diciembre de 2002, recurso 821/2002. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Número de sentencia: 661/2002. Número de recurso: 821/2002. Juris-

27 de marzo de 2003...⁹ siguen el criterio legal, más restrictivo, en base a que el señalado precepto a efectos de la atribución del uso por el juez tras la ruptura *se refiere tan solo a la vivienda familiar, pero no a otras viviendas propiedad de los cónyuges en la que la familia no ha residido habitualmente en ellas, o son distintas de aquella que abrigó la intimidad de la familia...*

Frente a aquellas sentencias que atendiendo al caso concreto, posibilitan la atribución de viviendas distintas para cada uno de los cónyuges a los solos efectos de cubrir las *necesidades de habitación* y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Es lo que ocurre en la SAP de Madrid, de 25 mayo de 2001¹⁰, donde se otorga —en definitiva sin salirse del marco legal— el uso de la vivienda familiar a la esposa custodia de los menores y la segunda residencia al otro cónyuge.

En la SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 13 de marzo de 2003¹¹, se modifica la atribución del uso de la vivienda familiar, en base al criterio de que ninguno de los esposos constituye el interés más necesitado de protección, por lo que, y en aras a facilitar y promover la pronta y fluida liquidación de la sociedad conyugal, y habiendo segunda vivienda susceptible de utilización, procede asignar a cada esposo el uso alternativo por años de ambas, *hasta que la liquidación tenga lugar*. Se posibilita así, el intercambio de las viviendas y la utilización de la segunda residencia siendo el fundamento en este caso del derecho de uso las necesidades de habitación con una limitación temporal concretada y referida a la liquidación del patrimonio que conforma la sociedad de gananciales. Y todo ello porque tras la ruptura no hay hijos.

Existe también una postura intermedia, consistente en declarar la negación de la atribución del uso y disfrute de vivienda distinta a la habitual, y la asignación de la administración a uno de los cónyuges. Así podemos analizar la sentencia

dicción: CIVIL. LA LEY 208228/2002. FJ 2.º: «El artículo 96 del Código Civil, que regula la asignación del uso de la vivienda conyugal, no prevé la atribución del uso de otras viviendas distintas de aquella que abrigó la intimidad de la familia, por lo que procede revocar el pronunciamiento de la sentencia que dio al demandado la utilización de una segunda vivienda ganancial, sita en la calle de Campoamor de Valencia».

⁹ SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 27 de marzo de 2003, recurso 118/2003. Ponente: M.^a Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 170/2003. Número de recurso: 118/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60097/2003. FJ 2.º: «No constituyendo pues el domicilio conyugal de los esposos el domicilio sito en Viver, la petición relativa a que se le atribuya su uso al recurrente queda vacía de contenido, motivo por el cual no procede entrar a conocer cuál sea el interés más necesitado de protección».

¹⁰ SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 25 de mayo de 2001, recurso 590/2000. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. Número de sentencia: 528/2001. Número de recurso: 590/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105102/2001. Sentencia que en su FJ 4.º establece que: «Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda sita en la localidad de Horche (Guadalajara) al señor P., no puede ser otra la solución acordada por el juzgador *a quo*, habida cuenta que el matrimonio poseía dos viviendas, una era el domicilio conyugal sito en Getafe, cuyo uso ha sido atribuido a la esposa, y el otro sito en Horche, donde se marchó a vivir el esposo tras la separación de hecho, siendo lo más adecuado para satisfacer todos los intereses en juego, que se reconozca al esposo el derecho a ocuparla, todo ello, aun cuando fuera segunda vivienda, donde la familia pasaba las vacaciones y los fines de semana y demás fiestas, dado que tampoco hay que olvidar que la esposa se queda en el domicilio conyugal privando al esposo de su uso. Por lo expuesto el motivo ha de ser desestimado...».

¹¹ SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 13 de marzo de 2003, recurso 30/2003. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número de sentencia: 269/2003. Número de recurso: 30/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 50700/2003.

de la AP de Madrid, de 19 de julio de 2005¹², que señala que la atribución del derecho personal de uso tras la crisis matrimonial del artículo 96 del Código Civil, no impide que las segundas residencias sean atribuidas a uno u a otro para su administración al ser objeto del patrimonio conyugal hasta su definitiva liquidación, momento en que se establecerá el destino final del mismo.

La SAP de Madrid, de 25 septiembre de 2007¹³, en el mismo sentido, indica además, basándose en el artículo 47 CE, que no cabe que uno de los cónyuges

¹² SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de julio de 2005, recurso 217/2005. Ponente: M.ª José de la Vega Llanes. Número de sentencia: 608/2005. Número de recurso: 217/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160928/2005.

«En orden a la atribución del uso y disfrute de la vivienda, el juzgado rechaza tal petición por entender que al no constituir vivienda familiar no cabe un pronunciamiento judicial al respecto, en ese procedimiento dejándolo relegado para la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo no existe óbice legal para adoptar medidas respecto a la administración de bienes inmuebles distintos a la vivienda familiar; que encuentre cobertura en el artículo 103.4 del Código Civil, dentro del ámbito de las medidas provisionales, lo que en lógica interpretación puede tener su vigencia hasta tanto se resuelva la partición de la sociedad de gananciales. En el caso que se examina, además de lo expuesto, avala tal atribución su aceptación por parte de la esposa (art. 90 CC), siempre y cuando se limite hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y corra con los gastos de tal uso» (FJ 4.º).

¹³ SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 2007, recurso 642/2007. Ponente: Eduardo Hujas Fernández. Número de sentencia: 560/2007. Número de recurso: 642/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169680/2007. En el 4.º FJ indica que: «el artículo 96 del Código Civil solo regula la atribución del uso de la vivienda familiar; habiendo de entenderse por tal la que ha venido constituyendo la sede habitual de la vida conyugal con anterioridad a la ruptura de la convivencia de los esposos, no es menos cierto, como viene manteniendo esta Sala, que el referido precepto no impide, en modo alguno, que otros inmuebles de los que sean titulares los cónyuges se atribuyan a uno u otro para su administración. Así lo prevé expresamente el artículo 103-4.ª sobre entrega de bienes comunes y administración de los mismos, medida que, aun regulada legalmente con carácter provisional, puede prorrogar su vigencia en el procedimiento principal, conforme a lo prevenido en el artículo 91 del Código Civil, en tanto no se liquide el patrimonio común, y a expensas de lo que en tal momento se acuerde sobre el destino definitivo de tal inmueble. Dicha solución, viable cualquiera que fuere el destino que en principio el adjudicatario de la administración quiera dar al inmueble, se refuerza aún más, e inclusive se hace casi ineludible, cuando la finalidad perseguida es la de cubrir las necesidades de alojamiento de quien, por imperativos del artículo 96, ha de salir del domicilio conyugal, no pudiendo quedar desamparado su derecho a ocupar una vivienda digna, que consagra el artículo 47 CE, cuando en el patrimonio familiar existe algún otro inmueble susceptible de cubrir la referida finalidad.

En el supuesto analizado, habiendo de presumirse el carácter ganancial del antedicho inmueble (art. 1361 CC), sin perjuicio de lo que al respecto pueda resolverse en el correspondiente procedimiento liquidatorio, es lo cierto que la falta de regulación judicial de su administración y uso, puede provocar, en primer lugar, situaciones de conflicto entre los mismos, en los que prevalecería, no el ordenamiento jurídico en los términos recogidos en los artículos 392 y sigs. del Código Civil, sino factores de prevalencia física o psicológica de uno respecto del otro. Igualmente el referido criterio decisorio implica el dejar desamparado, en orden a la cobertura de sus necesidades cotidianas de alojamiento, a quien ha de salir, de conformidad con lo acordado en la sentencia, del domicilio familiar, no disponiendo, a tal fin, de otras alternativas, pues, como ha quedado acreditado, el inmueble del que don Francisco es titular privativo viene ocupado por un hijo del mismo y su familia, sin que se haya demostrado, pues ni siquiera se le formuló pregunta alguna al respecto, que tal vivienda ofrezca condiciones, por razones de espacio, para el alojamiento añadido de aquel, así como tampoco las relaciones que el mismo mantenga con el citado grupo familiar, en orden a una posible convivencia en tal entorno.

quede desamparado al salir del domicilio conyugal, teniendo derecho a ocupar una vivienda digna que además se encuentra dentro del patrimonio familiar.

III. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La STS, de 27 de febrero de 2012¹⁴, se había referido a la atribución del derecho personal de uso de la vivienda que fue atribuido al esposo en la sentencia de divorcio *al ser el suyo el interés más necesitado de protección ya que desempeñaba en ella su actividad profesional* y un pronunciamiento distinto supondría un deterioro económico de la familia en *perjuicio del hijo menor*¹⁵.

Pero además, había señalado que la acción de división de la comunidad de bienes no extingue el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento. Su derecho es oponible a terceros.

El Tribunal Supremo ha llegado a la conclusión de que la atribución *del uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar*, no puede ser realizado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo¹⁶. La citada STS, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010, concretó, a fin de unificar doctrina de las Audiencias¹⁷ que:

Razones que hacen prosperar la pretensión revocatoria al efecto deducida, sin perjuicio del destino definitivo que al inmueble objeto de debate haya de dársele en las operaciones liquidatorias del patrimonio común».

¹⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de febrero de 2012, recurso 2258/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 78/2012. Número de recurso: 2258/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 15725/2012.

¹⁵ El FJ 1.º dice que: «teniendo en cuenta la situación ante la que nos encontramos, donde el hijo, que vive con su madre en la ciudad de Segovia, tiene diez años y recibe una pensión del padre que se ha aumentado en el procedimiento de divorcio, no podemos afirmar que las bases que tuvo en cuenta el Juzgado de Familia, es decir, la necesidad del uso de la vivienda para poder atender a sus necesidades y a las del hijo menor de edad, se hayan alterado en este momento, ya que debemos diferenciar los supuestos en que, en función de las condiciones de provisionalidad y temporalidad de esta medida, se aprecie claramente que las bases sobre las que se sustentaron se han alterado significativamente, careciendo de sentido mantener el derecho de uso, de aquellos otros en los que no se comparten los razonamientos que han llevado al Juzgado de Familia a conceder tal derecho...».

¹⁶ Según el FJ 3.º se trata de una segunda residencia *de facto*, al ser utilizada exclusivamente por uno de los cónyuges, no como domicilio, sino como local profesional. Y ello a pesar de que la propiedad de dicho local era exclusiva del marido al habersele adjudicado en la liquidación de los gananciales efectuada en el año 1995, casi diez años antes de la crisis matrimonial.

¹⁷ En el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.

«En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar» (FJ 4.º).

«1.^a La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges.

2.^a La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del artículo 806 y siguientes LEC, en defecto de acuerdo previo.

3.^a Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el artículo 103.4.^a del Código Civil, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes».

IV. OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO PERSONAL DE USO

Partimos de la doctrina jurisprudencial de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros.

La STS de 859/2009, de 14 de enero de 2010¹⁸, formuló la siguiente doctrina: «...de la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia *no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección*».

¹⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 5806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010. «La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por este último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III del Código Civil. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concorra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe».

Previamente la RDGRN, de 10 de octubre de 2008¹⁹, concretó como el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar.

Precisamente tal carácter familiar hace que el derecho de uso tenga una naturaleza especial, consecuencia de sus características especiales como por ejemplo, la *duración* del mismo —que puede ser variable—. Pero la esencia de la figura se encuentra en la *disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo*.

El derecho de uso personal protege el interés familiar y especialmente el de los hijos, pues es el domicilio familiar en el que continúan viviendo y conviviendo con el progenitor custodio. La titularidad del derecho de uso se atribuye al cónyuge custodio, «pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento»²⁰.

Posteriormente la RDGRN, de 14 de mayo de 2009²¹, señaló que desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante

¹⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 10 de octubre de 2008. LA LEY 152072/2008. Dice que: «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo —que puede ser variable— así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento».

²⁰ Reiterando la doctrina de las anteriores RRDGRN de 6 de julio de 2007 (LA LEY 91948/2007) referida a la denegación de la constancia registral del uso a favor de la esposa de la vivienda familiar atribuido por sentencia de divorcio por estar inscrita la vivienda a favor de la esposa como bien privativo, su uso y disfrute le viene asignado por el derecho de propiedad que ostenta; y la de 19 de septiembre de 2007 (LA LEY 139894/2007), la cual concreta que el derecho de uso limita las facultades dispositivas del propietario, por lo que merece la protección registral. En este caso el derecho de uso se atribuye al cónyuge no propietario de la vivienda, y por ello procede la inscripción registral de la propiedad a favor del otro cónyuge.

²¹ RDGRN de 14 de mayo de 2009. LA LEY 67918/2009. Dicha Resolución señala que: «A la vista de nuestro Derecho positivo, el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda, por lo que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento, pues en tales hipótesis el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso».

Pero además insiste en una cuestión formal: «Por ello mismo, la Resolución de este Centro Directivo, de 10 de octubre de 2008 (LA LEY 152072/2008), confirmó la calificación

sentencia judicial a un cónyuge no titular *no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge*, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad.

La doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia de 2009, fue confirmada por la STS de 861/2008, de 18 enero de 2010²², donde se añade que: «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división... Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges...»²³.

del Registrador que había denegado la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge titular de la propiedad, sobre la base del fundamento de que en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente».

²² STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3984/2010. «El Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional [SSTC 135/1986 (LA LEY 657-TC/1987), 159/1989 (LA LEY 570-JF/0000) y 126/1989 (LA LEY 2286/1989)], el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, este debe notificarlo al arrendador a los efectos de la subrogación».

²³ No hay que olvidar que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros (ver SSTs de 27 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006).

V. SITUACIÓN EN CATALUÑA

Comienza a valorarse por los Tribunales la existencia de la segunda residencia, en base al interés más necesitado de protección tras la ruptura de la convivencia marital.

La sentencia de la Sección 12.^a de la AP de Barcelona, de 5 de septiembre de 2000²⁴, modificó la atribución del uso de la vivienda familiar, atribuyéndola a la esposa, al constatarse que el marido estaba ocupando efectivamente la segunda residencia y no ejercitaba el uso de la vivienda familiar que le había sido atribuido en la sentencia de instancia, basándose esta revocación parcial de la resolución en la consideración del interés de la esposa como el que merece especial protección en el sentido del artículo 96 del Código Civil.

Por otra parte, la sentencia de la Sección 18.^a de la AP de Barcelona, de 20 de mayo de 2002²⁵, revocó la sentencia de primera instancia que atribuía el uso de la segunda residencia «al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia sobre el menor por tenerlo en su compañía ya por atribución ya en régimen de relación y visitas», remitiendo la controversia sobre su uso al juicio declarativo correspondiente, al no precisarse para la residencia habitual y permanente de ninguno de los cónyuges y, además, por pertenecer a un tercero.

Posteriormente, el TSJC, sentencia de 10 de febrero de 2003²⁶, rechazó la atribución de uso de la segunda residencia del matrimonio acordada a favor de

²⁴ SAP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 5 de septiembre de 2000, recurso 353/2000. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número de recurso: 353/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158806/2000. Modificación de la atribución de la vivienda familiar: La vivienda familiar de los litigantes no está ocupada actualmente por el esposo, que ha pasado a residir en la que era segunda residencia del matrimonio. La precaria situación física y económica de la esposa determina que deba ser protegido su interés de una forma preferente. Se modifica la atribución del uso de la vivienda familiar, que pertenece en proindiviso a ambos litigantes, concediéndose el mismo a la demandante.

²⁵ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 20 de mayo de 2002, recurso 305/2001. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de recurso: 305/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96093/2002.

«...en cuanto a la atribución del uso del apartamento del Valle d'Arán, la Sala también disiente de lo argumentado y resuelto por el Juzgador de Instancia, pues, como ya ha indicado esta Sección, de la que es un fiel y reciente exponente, la sentencia de 3 de enero de 2002, el Codi de Família, en su artículo 76, yendo más allá de lo establecido en el Código Civil, permite atribuir el uso de la segunda u otras residencias, en el apartado a) del número 3, relativo al uso de la vivienda habitual y su ajuar, pero con un añadido realmente significativo "si es el caso". Por ello, *el Tribunal entiende que solo pueden asignarse las otras residencias cuando efectivamente se precisan, esto es, en concepto de residencia habitual y permanente, pues en caso contrario podría exceder de la materia propia de un pleito matrimonial y la atribución del uso de cualquier residencia para periodos de ocio se considera que debe ventilarse en un juicio declarativo*, máxime cuando, como acontece en el presente caso, la propiedad de dicho apartamento no es ni siquiera de los cónyuges hoy en litigio, sino de un tercero —persona jurídica con personalidad propia—. Una interpretación distinta a la efectuada en cuanto a la expresión del término transcrito —aunque puedan existir otras—, cree esta Sala que se hallaría fuera de los parámetros hermenéuticos, teleológicos y sistemáticos del precepto de constante alusión, lo que comporta, por ende, que deba dejarse sin efecto la atribución del uso del apartamento del Valle d'Arán realizado por el juez *a quo*.

²⁶ TSJC, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 10 de febrero de 2003, recurso 64/2002. Ponente: Guillermo VIDAL ANDREU. Número de sentencia: 1/2003. Número de recurso: 64/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28978/2003.

la esposa por el Juzgado de Primera Instancia, número 51 de Barcelona (que atribuía el uso de la vivienda, enseres y ajuar, en ella existentes a la madre que residiría en compañía del hijo cuya guarda y custodia se le atribuye, vivienda familiar sita en Barcelona, frente al piso de la segunda residencia sita en el Valle d'Aran, que corresponderá al progenitor que en cada momento ostente la guarda y custodia sobre el menor por tenerlo en su compañía ya por atribución ya en régimen de relación y visitas) a pesar de considerarse procedente la compensación económica a su favor, por cuanto queda acreditada la desigualdad patrimonial que constituye el enriquecimiento injusto que la justifica, pero que no tiene la relevancia suficiente para mantener esa medida sobre la segunda residencia.

Actualmente el Derecho Civil de Cataluña, a diferencia del Derecho Común permite, a criterio de la autoridad judicial, la *atribución del uso de otras residencias distintas a la familiar cuando con ello quede mejor garantizado el superior interés de los menores*²⁷.

La Ponente del TSJC, doña M.^a Eugenia ALEGRET, apoyándose en la doctrina de las sentencias de las Audiencias Provinciales que hemos expuesto, que posibilitan la atribución del uso de residencias diferentes a las que constituyen propiamente la vivienda familiar, expone que «no es cierto que el (antiguo) artículo 83 del Código Civil catalán no prevea la atribución de viviendas diferentes a la familiar, pues dispone que: «el uso de la vivienda familiar se atribuye en la forma convenida por los cónyuges, salvo que esta resulte perjudicial para los hijos, a criterio de la autoridad judicial, que resuelve la cuestión», *lo que abre la vía a que la autoridad judicial pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por otras residencias cuando estas resulten idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*».

Pero insiste en que «la verdadera razón que avala la posibilidad de atribuir el uso de una vivienda distinta a la que constituyó el domicilio familiar descansa en que el Derecho Civil de Cataluña, a diferencia del estatal, sí permite la atribución de otras residencias, pues en caso de desacuerdo entre los cónyuges o cuando este sea perjudicial para los menores, *será el juez quien decida «la atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, y, en su caso, de las demás residencias»*, *ello en los términos expresamente previstos en el artículo 76.3 del Código Civil catalán*²⁸.

²⁷ STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 50/2012, de 30 de julio de 2012. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚES. LA LEY 148906/2012, en *Diario La Ley*, núm. 8029, Sección Jurisprudencia, de 22 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 831/2013. En dicha sentencia la esposa solicitaba en su demanda de divorcio la atribución del uso de una vivienda distinta a que constituyó el domicilio familiar, pues sobre este era usufructuaria la madre del esposo, y ello podía ocasionar la pérdida efectiva del uso si en aplicación de la doctrina que sostiene la inoponibilidad de la atribución del uso familiar frente a terceros, la usufructuaria instase una acción de desahucio por precario. Concedido este uso en la instancia, revocó la Audiencia Provincial tal atribución por falta de encaje en el artículo 83 del Código Civil catalán.

²⁸ «Y es aquí donde yerra la sentencia de la Audiencia, que no valoró las particulares circunstancias del caso, pues debió haber ponderado que el superior interés de la menor exige dotarla con una vivienda estable, siendo del todo inidónea la atribución de la vivienda familiar en situación de precario».

Casa y anula el TSJ de Cataluña la sentencia y acuerda atribuir a la esposa e hija menor el uso de otra vivienda, distinta a la que en su día fue el domicilio familiar, al interpretar el artículo 76.3.a) Código Civil catalán en el sentido de que puede concederse el uso de una vivienda diferente a la familiar en el curso del procedimiento matrimonial si las circunstancias

El actual artículo 233-20.6 del Libro II del Código Civil de Cataluña²⁹ faculta a la autoridad judicial a que pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, aunque solo si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge custodio y de los hijos.

Estas residencias pueden ser tanto las viviendas que se usan transitoria o estacionalmente, como otras que sean susceptibles de uso, aunque vengan siendo rentabilizadas por los cónyuges mientras no son necesarias para la familia, ya que no existe razón alguna para excluirlas.

Por otro lado, no debemos olvidar el cambio que se está produciendo en la sociedad donde prima en todo momento la *autonomía de la voluntad* y sobre todo el *interés superior de los menores*. Así recordemos como la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que en su artículo 4 regula el *pacto de convivencia familiar*, el cual en su apartado 2.º exige que dicho acuerdo deberá establecer al menos [y en su apartado c) dispone]: «El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel DE LA: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, págs. 2294 a 2323.
- «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia, núm. 733, septiembre-octubre, págs. 2842-2858.
- LÓPEZ ROQUE, Carmen: «Atribución judicial de la vivienda familiar y segundas residencias en los procesos de nulidad, separación y divorcio», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. Coordinado por Carlos LASARTE ALVAREZ, Araceli DONADO VARA, María Fernanda MORETÓN SANZ, Fátima YÁÑEZ VIVERO, 2004, ISBN 84-609-3858-1.
- ROCA TRIÁS, Encarnación: *Libertad y Familia*. Discurso leído el 10 de diciembre de 2012 en el acto de su recepción pública como académica de número. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 2012.

del caso lo exigen por darse mayor satisfacción, con tal atribución, a los intereses superiores de los menores. Es claro, pues, que la sentencia recurrida infringe el artículo 76.3.a) del CF, toda vez que no ha realizado ponderación alguna de las circunstancias del caso para denegar el uso pretendido con el argumento que no lo permite el artículo 83 del CF, obviando las facultades que otorga al juez el artículo 79.1 en relación con el artículo 76.3.a) del CF para que pueda otorgar el uso de otras residencias.

²⁹ Artículo 233-20. *Atribución o distribución del uso de la vivienda familiar... 6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.*

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP, TSJC) CITADAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 27 de febrero de 2012, recurso 2258/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 78/2012. Número de recurso: 2258/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 15725/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de mayo de 2012, recurso 1781/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 284/2012. Número de recurso: 1781/2010. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 58285/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de abril de 2011, recurso 2176/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 236/2011. Número de recurso: 2176/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 52203/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 3984/2010.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 14 de enero de 2010, recurso 5806/2000. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 859/2009. Número de recurso: 5806/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 21048/2010.
- SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de septiembre de 2007, recurso 642/2007. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 560/2007. Número de recurso: 642/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 169680/2007.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 19 de julio de 2005, recurso 217/2005. Ponente: M.ª JOSÉ DE LA VEGA LLANES. Número de sentencia: 608/2005. Número de recurso: 217/2005. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 160928/2005.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 27 de marzo de 2003, recurso 118/2003. Ponente: M.ª Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 170/2003. Número de recurso: 118/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 60097/2003.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de marzo de 2003, recurso 30/2003. Ponente: María del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Número de sentencia: 269/2003. Número de recurso: 30/2003. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 50700/2003.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 12 de diciembre de 2002, recurso 821/2002. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Número de sentencia: 661/2002. Número de recurso: 821/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 208228/2002.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 4 de diciembre de 2002, recurso 680/2002. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Número de sentencia: 640/2002. Número de recurso: 680/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY. 203717/2002.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, sentencia de 20 de mayo de 2002, recurso 305/2001. Ponente: Enrique ANGLADA FORS. Número de recurso: 305/2001. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 96093/2002.
- SAP de Madrid, Sección 24.ª, de 25 de mayo de 2001, recurso 590/2000. Ponente: Miriam DE LA FUENTE GARCÍA. Número de sentencia: 528/2001. Número de recurso: 590/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 105102/2001.
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, sentencia de 5 de septiembre de 2000, recurso 353/2000. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. Número de recurso: 353/2000. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 158806/2000.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, núm. 50/2012, de 30 de julio de 2012. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÚES. LA LEY 148906/2012. *Diario La Ley*, núm. 8029, Sección Jurisprudencia, de 22 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 831/2013.

- TSJC, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 10 de febrero de 2003, recurso 64/2002. Ponente: Guillermo VIDAL ANDREU. Número de sentencia: 1/2003. Número de recurso: 64/2002. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 28978/2003.
- RDGRN de 14 de mayo de 2009 (LA LEY 67918/2009).
- RDGRN de 10 de octubre de 2008 (LA LEY 152072/2008).
- RDGRN de 6 de julio de 2007 (LA LEY 91948/2007).
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (LA LEY 139894/2007).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española. Artículo 47.
- Código Civil. Artículo 96.
- Código de Derecho Civil de Cataluña. Artículo 233-20.6.
- Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE de 25 de abril de 2011).

RESUMEN

ATRIBUCIÓN DEL USO DE SEGUNDAS RESIDENCIAS DERECHO CATALÁN

El Derecho Civil de Cataluña —a diferencia del Derecho Común—, permite que la autoridad judicial establezca, tras la ruptura y en el proceso matrimonial, la atribución del uso de otras residencias distintas a la familiar cuando con ello quede mejor garantizado el superior interés de los menores. El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, pero a los efectos de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales ha indicado únicamente que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse el uso de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

ABSTRACT

USE OF SECOND HOMES CATALAN LAW

Catalan civil law, unlike general law, allows a judicial authority to assign the use of homes other than the regular family home in the legal process ensuing after a marriage has broken up, if by so doing the courts can better secure the higher interest of any underage children. The Supreme Court has had no occasion to give any pronouncements on this point, but in order to unify the doctrine used by provincial appellate courts it has just indicated that the use of homes or other properties other than the family home cannot be assigned in legal proceedings for the dissolution of a marriage without a consensus from the spouses.