

P

ROCESSUS IUDICII



El origen del libro se sitúa en el otoño de 2008, en el que alguno de los autores colaboraron con la Comisión de Derecho Matrimonial del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona para realizar alegaciones y propuestas de modificaciones al anteproyecto y proyecto del capítulo II del Libro II del Código Civil de Cataluña. Una vez aprobado el proyecto de ley, se organizaron diversas conferencias en el Colegio de Abogados de Barcelona para exponer las principales novedades civiles y procesales que se iban a introducir con la aprobación del mismo. Posteriormente, se planteó la realización de estos comentarios que hoy se publican.

Se debe remarcar que se les ha dado un enfoque práctico, pero sin renunciar por ello al rigor teórico que exige una materia como el derecho de familia. En el libro se analizan las principales novedades introducidas en la regulación de la ruptura matrimonial y de las parejas de hecho en el ámbito civil, procesal y fiscal.

A través de estos comentarios, se ha pretendido ofrecer un instrumento útil a los abogados y a la totalidad de los operadores jurídicos para la aplicación del capítulo II del libro II del Código Civil de Cataluña ante los Tribunales.

ISBN 978-84-92708-51-4



9 788492 788514

Vicente
Pérez
Daudí
(coord.)

Vicente Pérez Daudí (coord.)

El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña



El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña



A **Atelier**
LIBROS JURÍDICOS

- IV. Regulación de los aspectos formales y materiales de la escritura pública en que se formalizan estos pactos en previsión de una ruptura matrimonial. 33
 - 1. Cuestiones temporales y de oponibilidad en relación a la escritura pública que puede contener los capítulos matrimoniales y/o estos pactos 33
 - 2. Cumplimiento del deber notarial de información individualizada antes de autorizar la escritura que contiene estos pactos 35
 - 3. Obligación de aportar toda la información disponible por cada cónyuge y posible colisión con la obligación de guardar secreto profesional . . . 36
 - 4. Admisibilidad de los pactos de exclusión y limitación al fijar el contenido de estos pactos: Aplicación del principio de reciprocidad. . . 39
- V. Posible contenido personal y patrimonial de estos pactos en previsión de una ruptura matrimonial 41
 - 1. Materias directa o indirectamente contempladas como susceptibles de estos pactos en el CCCat o habituales en la práctica 41
 - 2. Pactos sobre la compensación por razón del trabajo para el hogar o el negocio del otro cónyuge 43
 - 3. Pactos sobre la prestación compensatoria 45
 - 4. Pactos sobre atribución del uso de la vivienda familiar 47
 - 5. Pactos relativos al régimen y manera de ejercer la guardia de los hijos . 47
- VI. Ineficacia de los pactos por grave perjuicio para uno de los cónyuges . . . 48

LA POTESTAD PARENTAL, LA GUARDA Y EL RÉGIMEN DE RELACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS EN LA LEY 25/2.010, DE 29 DE JULIO, DEL LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LA PERSONA Y LA FAMILIA.

- I. De la potestad 53
- II. De la guarda y el régimen de relación y comunicación con los hijos. 60

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR

- I. Consideraciones previas. 71
 - 1. Determinación del domicilio familiar 71
 - 2. Gastos del domicilio familiar 72
- II. Regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar en el Libro II del Código Civil de Cataluña. 73
 - 1. Líneas principales de la reforma 74
 - 2. La atribución del uso de la vivienda familiar de mutuo acuerdo. 76
 - 3. La atribución del uso de la vivienda familiar a falta de acuerdo o de aprobación judicial del acuerdo. 76
- III. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda familiar. 79
 - 1. Limitación basada en la valoración de la capacidad económica de una y otra parte. 79
 - 2. Limitación derivada del título de ocupación de la vivienda 80

- 3. Limitación derivada de la ineficacia de los pactos en previsión de ruptura 80
- IV. Publicidad del derecho de uso de la vivienda. 81
- V. Obligaciones por razón de la vivienda 81
- VI. Extinción del derecho de uso. 81
- VII. Procedimiento para recuperar la posesión de la vivienda 83
- VIII. Actos de disposición sobre la vivienda sujeta a derecho de uso 83
- IX. La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en la extinción de la convivencia de parejas estables 84

LA ATRIBUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 85

- I. La atribución del derecho de uso. 85
 - 1. Atribución del uso en el convenio regulador 85
 - 2. Atribución del uso en medidas judiciales. Criterios de atribución 86
 - 2.1. Atribución al progenitor custodio 86
 - 2.2. Atribución al cónyuge más necesitado 86
 - 3. Atribución del uso en pactos en previsión de ruptura matrimonial 87
 - 4. Exclusión de la atribución del derecho de uso. 89
 - 4.1. Cuando el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. 89
 - 4.2. Cuando el cónyuge que debería ceder el uso puede pagar prestaciones económicas que cubran los gastos de vivienda del otro cónyuge y de los hijos. 90
 - 5. Atribución de vivienda familiar que no es propiedad de los cónyuges . . 90
 - 5.1. Vivienda familiar detentada por título distinto al de propiedad . . 90
 - 5.2. Vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero 91
- II. La distribución del derecho de uso de la vivienda familiar 91
 - 1. Fundamento de la distribución del derecho de uso 92
 - 2. Distribución temporal del derecho de uso 92
 - 3. Distribución del derecho de uso en convenio regulador o en pacto en previsión de ruptura matrimonial 93
 - 4. Distribución del uso ordenada judicialmente. 93
- III. Régimen jurídico del derecho de uso. 94
 - 1. Publicidad registral del derecho de uso de la vivienda. 94
 - 2. Pago gastos de la vivienda familiar 94
 - 2.1. Gastos por razón de su adquisición o mejora 95
 - 2.2. Gastos por conservación, mantenimiento y reparación 95
 - 3. Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso. 95
 - 4. Extinción del derecho de uso. 95
- IV. Atribución y distribución del uso en caso de ruptura de unón estable de pareja 96

IX. La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar en la extinción de la convivencia de parejas estables

En relación a la regulación establecida para las parejas estables, resulta aplicable el **artículo 234-8** y por remisión y en relación a la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar, lo que se establece en el **artículo 233-20.6 y 7** y en los **artículos 233-21 a 233-25**.

Es de señalar que, por mientras en la regulación establecida en supuestos de crisis matrimonial se prevé una regla de atribución, para el caso de que el matrimonio no tenga hijos o estos sean mayores de edad, no hay ninguna previsión expresa sobre la atribución del uso en la regulación de los efectos de la ruptura de parejas estables sin hijos o con hijos mayores de edad.

La atribución y distribución del uso de la vivienda familiar

Chantal Moll de Alba
Profesora de Derecho Civil UB

La atribución y distribución del uso de la vivienda se encuentran reguladas fundamentalmente en los arts. 233-1 a 233-25 del Capítulo III, del Título III del Libro Segundo del Código civil catalán, como efecto de la nulidad, separación o divorcio.

Este comentario se estructura en cinco grandes apartados. El primer apartado versará sobre el nuevo régimen jurídico de la atribución de la vivienda, contemplando los instrumentos de fijación, los criterios de atribución, así como los supuestos de exclusión de la atribución. En segundo lugar analizaremos la nueva figura de la «distribución del uso». Una vez detallado el régimen de la atribución y la distribución, en un tercer apartado, nos centraremos en el estudio de las normas relativas al derecho de uso de la vivienda familiar, ya sea en régimen de atribución o de distribución. Finalmente, en el apartado cuarto, analizaremos el régimen jurídico de la atribución y distribución de la vivienda familiar en el caso de ruptura de unión estable de pareja, establecido en el art. 234.8 del Código Civil de Cataluña.

I. La atribución del derecho de uso

1. Atribución del uso en el convenio regulador

Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos. El art. 233-20.1 CCC especifica que esta atribución pactada del uso de la vivienda se considera como una contribución del «cónyuge

cedente» a los alimentos de los hijos, o a la pensión compensatoria del «cónyuge beneficiario».

La atribución del uso tiene por lo tanto un valor económico que ha de ser tomado en consideración para la fijación de los demás importes a satisfacer por el «cónyuge cedente del uso», a saber la pensión alimenticia o la pensión compensatoria.

2. Atribución del uso en medidas judiciales. Criterios de atribución

2.1. Atribución al progenitor custodio

Si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure ésta.

Queda por lo tanto claro el carácter temporal de la atribución del uso. El derecho de uso se extingue con la extinción de la guarda de los hijos, esto es, una vez éstos alcancen la mayoría de edad, salvo los casos de patria potestad prorrogada.

2.2. Atribución al cónyuge más necesitado

La autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en cuatro casos:

- a. Cuando se establece la custodia compartida de los hijos.
- b. Cuando el matrimonio no tiene hijos o éstos son mayores de edad.
- c. Cuando, habiendo hijos, el cónyuge no custodio tiene una necesidad que se prolonga después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.
- d. Cuando, habiendo hijos menores, el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

En estos casos de atribución al cónyuge más necesitado, la atribución del uso de la vivienda debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron.

La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

Otra novedad que introduce el Libro II es que 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.

En cualquier caso, al igual que señalábamos respecto a la atribución del uso de la vivienda en convenio, la atribución del uso de la vivienda acordada judicialmente, si ésta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.

3. Atribución del uso en pactos en previsión de ruptura matrimonial

Según el art. 231-20 CCC, en previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

Cabe por lo tanto realizar pactos, ya sean prenupciales o constante el matrimonio, por los que se pacte preventivamente la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en caso de separación o divorcio.¹ También podría pactarse, en previsión de ruptura matrimonial, la exclusión de la atribución del uso. En principio, estos pactos tendrían la naturaleza jurídica de un contrato y regiría respecto a ellos el principio general de autonomía de la voluntad del art. 1.255 CC. El régimen de atribución del derecho de uso de la vivienda establecido en el Libro II puede considerarse por lo tanto como derecho dispositivo y no derecho imperativo. Los cónyuges, o futuros contrayentes, tienen libertad de pacto y pueden pactar las cláusulas que consideren mientras no vulneren la ley, la moral y el orden público. Así podrían pactar una atribución vitalicia a uno de los cónyuges o por el contrario, limitada temporalmente a un número de años. Esto sí, por la naturaleza familiar de estos pactos y al intervenir el principio de orden público y de protección de los menores se establecen dos límites legales específicos:

- 1) no perjudicar el interés de los hijos
- 2) no comprometer las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso

1. En el supuesto de que sean antenupciales, sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

El primer límite entra dentro del principio del interés superior del menor. El segundo, puede entenderse como la prohibición de que uno de los cónyuges, sin tener recursos suficientes, renuncie anticipadamente a pensiones económicas futuras a cambio de la atribución del uso. Este límite se puede relacionar con el que, con carácter general, establece el art. 231.20 CCC en su apartado tercero: «Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.»

En cuanto a la forma de estos pactos en previsión de ruptura matrimonial, el art. 231-20 CCC señala que pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. El notario, antes de autorizar la escritura pública del pacto en previsión de ruptura matrimonial, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con dicho pacto respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse toda la información suficiente sobre sus patrimonios, sus ingresos y sus expectativas económicas.

En el momento que la ruptura sea una realidad, si uno de los cónyuges pretende hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial por el que se atribuye o excluye el uso de la vivienda, éste tendrá la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas. Así pues, lo más conveniente para la eficacia de estos pactos será que en el momento de firmar el documento público, el Notario inserte una cláusula según la cual da fe que los otorgantes han cumplido con el deber recíproco de información patrimonial.

La naturaleza *sui generis* del pacto en previsión de ruptura matrimonial, hace que en cualquier caso, tenga una eficacia claudicante. En efecto, según el art. 231.20-5 CCC, aunque el pacto cumpla todos los requisitos legales en cuanto a límites del contenido, forma, deber de información recíproca, su eficacia está supeditada a que no sobrevengan circunstancias relevantes, no previstas ni razonablemente previsibles en el momento del otorgamiento, que hagan que el cumplimiento del pacto sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

Por su parte, el art. 233-5 CCC, recuerda el carácter vinculante de este tipo de pactos:

«Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges.»

La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede.

Por el contrario, los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia sin asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconciliación en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer.

4. Exclusión de la atribución del derecho de uso

El Libro II permite que los cónyuges puedan solicitar la exclusión de la atribución del derecho de uso en unos determinados supuestos. Se trata de una nueva pretensión de carácter negativo o excluyente: se solicita la no atribución del uso. En principio operaría como una suerte de *exceptio*: ante la solicitud de un cónyuge de la atribución del uso; se opone la *exceptio* de exclusión del derecho de uso. Sin embargo también cabe solicitarlo en la propia demanda de separación o divorcio, siempre y cuando se acrediten las circunstancias que dan lugar a este nuevo derecho: el derecho a evitar la atribución del uso.

La exclusión del derecho de uso no la puede establecer el Juez de oficio; si no que ha de ser declarada judicialmente a instancia de parte.

Según el art. 233-21 CCC, la autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en dos supuestos.

4.1. Cuando el progenitor custodio tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos

Según la regla general; el progenitor custodio sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos, sin embargo se solicita la exclusión del uso por considerar que tiene «medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

Este caso podría darse por ejemplo cuando el progenitor custodio es titular de otros bienes inmuebles; o tiene unas rentas inmobiliarias, mobiliarias, por actividades económicas o por razón del trabajo que le permiten adquirir o arrendar otra vivienda.

También se daría este supuesto cuando, siendo la vivienda familiar un bien común; el progenitor custodio tuviere medios suficientes para adquirir la cuota parte de la vivienda perteneciente al otro cónyuge, ya sea con el capital de sus depósitos bancarios; ya sea mediante un préstamo hipotecario.

4.2. Cuando el cónyuge que debería ceder el uso puede pagar prestaciones económicas que cubran los gastos de vivienda del otro cónyuge y de los hijos

Estaríamos ante el caso en el que el cónyuge que, según la aplicación de las reglas del art. 233-20 CCC, debería ceder el uso de la vivienda familiar ya sea al progenitor custodio; ya sea al cónyuge más necesitado; solicita que no se declare la atribución del uso porque él puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de éstos. Este caso se daría por ejemplo si la pensión de alimentos incluye el gasto de alquiler de una nueva vivienda para el cónyuge custodio y los hijos; o si la prestación compensatoria pagada al otro cónyuge es suficiente para que éste pueda adquirir una nueva vivienda.

5. Atribución de vivienda familiar que no es propiedad de los cónyuges

5.1. Vivienda familiar detentada por título distinto al de propiedad

Según el art. 233-21.2 CCC, si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Los títulos por los que los cónyuges podrían detentar la vivienda pueden ser tanto contratos que impliquen el goce y disfrute del bien inmueble—tales como un contrato de arrendamiento o de comodato— como títulos por los que se constituyen derechos reales poseíbles, como, por ejemplo, un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar, un derecho de superficie, un derecho de uso y habitación o incluso un derecho de anticresis.

En estos casos en los que los cónyuges poseen la vivienda familiar en virtud de un título pero no son propietarios; la atribución judicial del uso tiene los límites que establezca el título en cuanto régimen jurídico, duración, extinción, etc.

5.2. Vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero

Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución.

Este caso es muy frecuente en la práctica y se da cuando por ejemplo los padres de uno de los cónyuges son propietarios de varios inmuebles y «dejan»; «toleran» que su hijo y su pareja ocupen una de esas viviendas. No hay contrato, no hay título que fundamente esa posesión. La posesión del bien inmueble por parte de los cónyuges es «en precario» pero no por ello la vivienda deja de tener el carácter de «vivienda familiar» de la pareja y sus posibles hijos.

Es interesante destacar que en estos supuestos de vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero, el legislador no ha excluido la atribución de la vivienda. Es posible que el Juez atribuya esa vivienda a uno de los cónyuges siguiendo los criterios del art. 233-20 CCC: atribución al progenitor custodio o atribución al cónyuge más necesitado.

Lo que dice la ley es que en estos casos de vivienda familiar detentada por tolerancia de un tercero, la atribución judicial del uso es «claudicante» puesto que cesará de forma automática en cuanto el titular del bien inmueble reclame su sustitución. El cónyuge beneficiario del uso estará por lo tanto con la «espada de Damocles» y cualquier día podrá ver su derecho extinguido ante la reclamación de los titulares del bien inmueble.

Por ello, la ley señala que en caso de extinción del derecho de uso por reclamación del titular la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias para así cubrir la necesidad de vivienda del cónyuge que fue beneficiario del uso y de los hijos.

II. La distribución del derecho de uso de la vivienda familiar

Cabe resaltar la importante innovación que ha realizado el legislador catalán. En el anterior Código de Familia de 1998 se hacía referencia a la «atribución del uso de la vivienda»: También ésta es la expresión utilizada en el Código Civil español. Sin embargo el Libro II del CCC se refiere a la «atribución o distribución del uso de la vivienda». Esta posibilidad de «atribuir» o «distribuir» el derecho de uso de la vivienda familiar no aparecía en el proyecto de Libro II y fue introducida en la tramitación parlamentaria.

1. Fundamento de la distribución del derecho de uso

Esta alternativa que permite el Libro II CCC, atribución o distribución del derecho de uso, puede interpretarse como un deseo del legislador de atemperar los efectos de la ruptura sentimental introduciendo nuevas soluciones al problema de la vivienda familiar. En la nueva ley de familia catalana subyace la idea de fondo que los miembros de la pareja están en un régimen de igualdad tanto durante el matrimonio, como después, y por ello, tras una crisis matrimonial o cese de la convivencia, no hay ni vencedores ni vencidos, ni ganadores ni perdedores, ni buenos ni malos.

Para la determinación de los distintos aspectos que han de fijarse tras una ruptura, el legislador catalán, introduce criterios de justicia distributiva, dando la posibilidad de encontrar soluciones más igualitarias y equitativas. Del mismo modo que la custodia de los niños se puede «compartir», el uso de la vivienda familiar se puede «distribuir».

2. Distribución temporal del derecho de uso

El legislador sólo plantea la distribución temporal del uso de la vivienda, esto es por periodos de tiempo diferenciados,² y no contempla en cambio la posibilidad de una distribución física del uso de la casa.³

La distribución del derecho de uso de la vivienda familiar que introduce el legislador catalán parece consistir en una especie de «time sharing» del inmueble entre los miembros de la ex-pareja, una suerte de «aprovechamiento por turnos» de la vivienda familiar.

La ley no especifica la duración de ese periodo de uso, por lo que parece no habría ni mínimo, ni máximo. Tampoco exige la ley que los periodos temporales sean iguales. El único requisito que exige el Código es que el periodo temporal esté determinado (art. 233-20.1 CCC). Teniendo en cuenta estas indicaciones legales, en un caso de separación o divorcio, será ahora posible que se plantee la distribución temporal del uso de la vivienda por semanas, por quincenas, por meses, por semestres, por años. Pero también se podría distribuir el

2. Art. 233-20: «También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por periodos determinados.»

3. En nuestra opinión, aunque la ley no lo contemple expresamente, mediante pacto (ya sea un pacto en previsión de ruptura matrimonial, ya sea en un convenio regulador), sería posible, que los cónyuges conviniere la distribución física del derecho de uso de la vivienda familiar. Evidentemente la idoneidad y posibilidad práctica de esta medida dependería de las circunstancias de la pareja y de las características de la vivienda familiar. En cualquier caso, deberá verse protegido el interés superior de los menores y también deberá garantizarse que la distribución física esté muy delimitada para evitar conflictos entre la ex pareja. Se han de crear dos espacios completamente separados, de lo contrario el riesgo de escenas de violencia doméstica es mayor.

uso otorgando a uno los días laborables y a otro los días festivos; o bien establecer términos iniciales y finales al derecho de uso de la vivienda familiar que corresponde a cada cónyuge.⁴

3. Distribución del derecho de uso en convenio regulador o en pacto en previsión de ruptura matrimonial

Cabe señalar que la nueva posibilidad de la «distribución» no está regulada con excesiva precisión y del análisis de las normas aplicables parece que la distribución del uso sólo sea posible en el supuesto de que los cónyuges así lo pacten ya sea en un convenio regulador,⁵ ya sea en un pacto prematrimonial.⁶

4. Distribución del uso ordenada judicialmente

Respecto a las medidas provisionales dictadas por el Juez al recibir la demanda, el art.233-1 CCC señala:

«el Juez debe determinar la asignación del uso de la vivienda familiar con su ajuar o, alternativamente, la adopción de medidas que garanticen las necesidades de vivienda de los cónyuges y de los hijos.»

El artículo no habla expresamente de «distribución del uso» pero cabe interpretar que cuando se ofrece al Juez la alternativa de adoptar «medidas que garanticen las necesidades de vivienda de los cónyuges» se está haciendo referencia a la posibilidad de establecer una distribución del uso de la vivienda en las medidas provisionales. De este modo, por ejemplo, el Juez podría dictar en unas medidas provisionales que el uso de la vivienda corresponde por semanas alternas a cada cónyuge.

Por lo que respecta a las medidas definitivas acordadas por la autoridad judicial sorprende que, si bien el art. 233-4 CCC señala que «Si alguno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial debe adoptar las medidas pertinentes respecto al uso de la vivienda familiar y su ajuar», sin precisar si se trata de «atribución» o «distribución», posteriormente el art.233-20 CCC, relativo a las

4. Así, por ejemplo, es ahora lícito, que se introduzcan cláusulas en el convenio regulador en las que se establezca, «desde la sentencia de divorcio hasta el año 2020 el uso es de X; y desde el 2021 hasta el 2031 el uso es de Y.

5. Art. 233-2 CCC: «Los cónyuges deben fijar de común acuerdo... La atribución o distribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar.»

6. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. Sin embargo no son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

reglas para atribuir o distribuir el uso, no da ninguna indicación sobre los criterios a seguir por el Juez para «distribuir» el uso y sólo establece criterios para la asignación judicial del uso.

Este silencio del legislador respecto a las reglas a seguir para la «distribución del uso establecida judicialmente» podría interpretarse de dos modos:

- 1) que sólo cabe distribuir el uso en convenio regulador;
- 2) que no es necesario dar criterios reguladores para la distribución del uso, bastando que el Juez cumpla con los requisitos generales de la distribución, esto es, que se trate de una distribución por periodos temporales determinados.

En nuestra opinión la segunda interpretación es la correcta al ser más acorde con el espíritu y la letra de la ley que se refiere a la «atribución o distribución del uso» como dos soluciones alternativas al problema de la vivienda familiar y ambas pueden ser establecidas ya sea de forma pactada, ya sea de forma judicial.

III. Régimen jurídico del derecho de uso

1. Publicidad registral del derecho de uso de la vivienda

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar ha sido siempre controvertida. En virtud del *numerus apertus* de los derechos reales, se considera que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho real y como tal inscribible en el Registro. Estamos ante un *ius in re aliena*, un derecho que grava la propiedad ajena.

Según el art. 233-22 CCC, si el uso ha sido atribuido como medida provisional se puede anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

Una vez el derecho de uso ha sido atribuido por sentencia judicial —ya sea una sentencia que homologue un convenio regulador o una sentencia que establezca judicialmente las medidas definitivas— entonces se puede realizar la inscripción del derecho de uso a favor del beneficiario en el Registro de la Propiedad. De este modo se consigue la publicidad *erga omnes*, frente a terceros del derecho de uso atribuido.

2. Pago gastos de la vivienda familiar

El nuevo Libro II regula expresamente el controvertido problema de cómo se sufragan los distintos gastos que origina la vivienda familiar. Ya existía una

consolidada jurisprudencia según la cual, los gastos de mantenimiento y conservación de la vivienda los debía sufragar el cónyuge beneficiario del derecho de uso. La nueva ley catalana enumera los distintos tipos de gastos e indica con claridad el sujeto obligado al pago.

De este modo, el art. 233-23 CCC distingue dos grandes categorías de gastos:

2.1. Gastos por razón de su adquisición o mejora

En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.

2.2. Gastos por conservación, mantenimiento y reparación

Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso.

3. Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso

El art. 233-25 CCC establece que el propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.

Esta regla es una consecuencia de las titularidades reales ostentadas por cada cónyuge. El cónyuge titular del derecho de propiedad y privado del uso, puede disponer de esa vivienda y transmitirla tanto *inter vivos*, como *mortis causa*. El adquirente de ese derecho de propiedad sobre la vivienda adquirirá el dominio pero con el gravamen del derecho de uso que corresponde al ex cónyuge. Ese derecho de uso, que tendrá siempre carácter temporal, deberá respetarse.

4. Extinción del derecho de uso

La extinción del derecho de uso se ha de relacionar con el fundamento por el que se atribuyó ese derecho de uso. Por ello el art. 233-24 CCC distingue varios supuestos.

Si el derecho de uso se atribuyó en un convenio regulador, son las propias partes que habrán de fijar en el convenio las causas de extinción del uso.

Si el derecho de uso se atribuyó en unas medidas judiciales, entonces será necesario ver cuál fue el criterio de atribución seguido por el Juez. Si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, el derecho de uso se extingue por la finalización de la guarda. Si por el contrario el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas:

- a. Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica.
- b. Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona.
- c. Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso.
- d. Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga.

Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

IV. Atribución y distribución del uso en caso de ruptura de unión estable de pareja

El Libro II del CCC en su art. 234-8, también introduce un régimen jurídico específico para la atribución y distribución del uso de la vivienda en caso de ruptura de la unión estable de pareja.

Los convivientes en pareja estable pueden acordar la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, con su ajuar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este.

Si no existe acuerdo o si éste no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas:

- a. Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta.
- b. Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad.

La atribución o distribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al miembro de la pareja que no es beneficiario, debe ser tenida en cuenta para la fijación de los alimentos a los hijos y la prestación alimentaria que eventualmente devengue el otro miembro de la pareja.

El Código establece en cuanto al régimen de la atribución o distribución de la vivienda de la unión estable de pareja una remisión específica a los arts. 233-20.6 y 7 y a los arts. 233-21 a 233-25.

Al igual que se contempla para los matrimonios, las uniones estables de pareja también pueden pactar la atribución o distribución del uso en un pacto en previsión del cese de la convivencia. Se exige escritura pública y el régimen es el mismo que el establecido para los pactos en previsión de ruptura matrimonial en el art. 231-20 CCC.