

LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y EL DESTINO DEL AJUAR FAMILIAR EN LAS SITUACIONES DE CRISIS DE CONVIVENCIA: LA SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ARAGONÉS

AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

1. El 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón, en ejercicio de la competencia que les atribuye el art. 149.1.8 CE de 1978, aprobaron la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Según puede leerse en su Preámbulo, con dicha Ley se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, a través de la instauración de la custodia compartida como medida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura convivencial con hijos a cargo. Por ello, el núcleo esencial de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes, pero junto a ello el legislador procedió a regular los demás efectos derivados de aquella, abordando temas tan conflictivos como el tema que aquí nos ocupa, esto es, la atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar doméstico.

Con posterioridad, la Ley 2/2010 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Dc. Lgvo. de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la Sección 3ª del Cap. II del Tít. II del Libro 1º del referido cuerpo legal (arts. 75 a 84 CDFA).

La aplicación de estos preceptos exige la concurrencia de dos presupuestos: de una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial (ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada; vid. art. 305 CDFA); y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, incluidos tanto los menores como los mayores de edad carentes de recursos propios, así como los incapacitados.

2. En las situaciones de ruptura de la convivencia el art. 77 CDFA atribuye prioridad a los acuerdos de los padres (el “pacto de relaciones familiares”), en coherencia con el principio “standum est chartae” o de libertad de pacto que rige en Derecho civil aragonés. De este modo, cabe que ambos convengan sobre el uso -o, más ampliamente, el destino- de la vivienda familiar, pacto que si es aprobado por el Juez, por no ser contrario a norma imperativa o no resultar perjudicial al interés de los hijos, deberá respetarse (art. 77.5).

Sólo si los padres no llegan a un acuerdo o éste no es aprobado por el Juez, éste decidirá sobre esta cuestión conforme al art. 81 CDFA. En realidad, dicho precepto contiene tres normas diferentes. En primer lugar, fija los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar (aptdos. 1 a 3). En segundo término, articula un sistema judicial de venta de la misma (aptdo. 4). Y, por último, regula el destino del ajuar familiar (aptdo. 5). Al examen de este precepto se dedican las siguientes líneas.

3. De acuerdo con el art. 81 CDFA, el objeto de la atribución del uso es exclusivamente la vivienda familiar y no otros bienes (SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012, adoptando el mismo criterio que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 96 CC).

Es más, según resulta de la lectura de la doctrina del Tribunal Supremo, la única vivienda que puede ser objeto de atribución es la que tiene la condición

familiar en el momento de la ruptura y no otra que lo haya sido en un momento anterior; ni tampoco la que no haya llegado todavía a serlo, pese a estar destinada a ella, por no haberse llegado a instalar en ella la familia (STS de 31 mayo 2012). En la jurisprudencia aragonesa sigue este criterio la SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 para denegar el uso al hijo y la madre custodia de una vivienda propiedad del padre, aunque no deje de cuestionarlo, apuntando -que no adoptando- una posible interpretación más flexible del concepto de vivienda familiar que incluya “inmuebles que pertenecieron a la familia pero que no han sido habitados antes de disgregarse”, en atención al interés superior del menor y su derecho a acceder a una vivienda adecuada.

Partiendo de estas afirmaciones, interesa concretar qué debe entenderse por vivienda familiar, con base en las previsiones del CDFA. A este respecto debe señalarse a priori que el texto aragonés, como regla, aplica exclusivamente la noción de vivienda familiar y la protección inherente a la misma a los matrimonios, excluyendo a las parejas de hecho, según resulta de la dicción del art. 190 y de su propia ubicación sistemática en sede de efectos generales del matrimonio. De este planteamiento general se desvincula, sin embargo, el art. 81 que aquí nos ocupa. Este precepto se corresponde con el art. 7 de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, norma, que como se ha señalado, optó por regular los efectos de la ruptura de la convivencia, incluida la atribución del uso de la vivienda familiar, con independencia de su carácter matrimonial o extramatrimonial. Nos encontramos, por tanto, ante la paradoja que, en el caso de una pareja de hecho, su vivienda familiar carece de una específica protección mientras rige la convivencia y, en cambio, una vez rota, se le dispensa el mismo tratamiento que a los matrimonios en orden a la atribución de su uso.

Al margen de esta reflexión personal, lo cierto es que a la hora de delimitar la noción de vivienda familiar a efectos del art. 81 debemos acudir en primer lugar al art. 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la misma, identificándola con la vivienda habitual de la familia. Esta noción, sin embargo, puede concretarse algo más, en cuanto el mismo art. 81 se refiere indistintamente a la vivienda familiar y al domicilio familiar. De ello resulta que la vivienda familiar a que se refiere el art. 81 no es otra que la sede del domicilio familiar. A partir de ahí, la configuración de una vivienda como domicilio familiar dependerá del acuerdo de los progenitores o, en su defecto, del acuerdo de la Junta de Parientes -si ambos deciden acudir a la misma- o

de la decisión del Juez, según prevé el art. 184.1 CDFa. Dicho precepto, acto seguido, sienta la presunción de que el domicilio familiar es aquél donde los progenitores conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, con lo que se excluye la posibilidad de varios domicilios familiares simultáneos. En cualquier caso, como precisa la jurisprudencia (STSJ de Aragón de 13 junio 1991) la nota de habitualidad requiere una voluntad de permanencia en la vivienda, lo que excluye de la noción de vivienda familiar la ocupada ocasionalmente.

4. Interesa plantearse, asimismo, cuál es el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores con exclusión del otro.

Pues bien, desde el momento en que en Derecho aragonés esta medida se vincula a la existencia de hijos a cargo, bien puede afirmarse que estamos ante una manifestación del principio del interés superior del menor, según resulta de la lectura de la jurisprudencia aragonesa. Sirva de ejemplo la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 que atiende al interés prevalente del menor a la hora de decidir atribuir la vivienda familiar a la madre en un supuesto de custodia compartida. O la STSJ de Aragón de 21 diciembre 2012 que, de modo más genérico y con base en el art. 76.2 CDFa, afirma que el principio del interés superior del menor se trata de un principio general con carácter de orden público que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores.

Precisando más esta idea, no cabe duda que la atribución del uso de la vivienda se encuentra englobada en el deber de crianza y educación que corresponde a los padres respecto de sus hijos menores con arreglo a lo dispuesto en el art. 63 CDFa y que no cesa por la ruptura de la convivencia ni porque los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan pareja estable (STSJ de Aragón de 12 marzo 2008).

5. En Derecho aragonés la atribución judicial del uso de la vivienda familiar viene condicionada por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos a cargo; esto es, los criterios de atribución a esgrimir por el Juez son diferentes según opte por la custodia individual o compartida.

Por añadidura, según precisa el art. 83.3.d CDFA, tal atribución debe tenerse en cuenta a la hora de fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria a satisfacer, en su caso, por el otro progenitor; no así a los efectos de la pensión de alimentos a satisfacer a los hijos, previsión complementaria que, a mi juicio, hubiese sido deseable.

En la CUSTODIA COMPARTIDA (opción prioritaria del legislador aragonés, de acuerdo con el art. 80.2 CDFA), el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el “de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda” (art. 81.1 CDFA). Según precisa el mismo art. 81.1 CDFA, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, siendo a tal efecto determinante para la jurisprudencia la desigual situación económica de los progenitores (STSJ de Aragón de 11 julio 2013) o el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda (STSJ de Aragón de 30 abril 2013). En cualquier caso, entiendo que este criterio debe supeditarse al del interés superior del menor que preside esta materia y, por ende, es prioritario.

De no resultar este criterio aplicable, el Juez podrá decidir el destino de la vivienda -ya sea la atribución del uso a favor de uno o ambos progenitores o, incluso, su venta-, en función del “del mejor interés para las relaciones familiares”, criterio que carece de precedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico y que constituye un concepto jurídico indeterminado, con los riesgos que ello implica [vid. en el mismo sentido BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza (2011): El Justicia de Aragón, p. 225)]. Con todo, en la práctica se trata de un criterio subsidiario de atribución muy genérico, que confiere al Juez amplias facultades para resolver fundadamente sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, atendiendo a la situación existente en el momento de la ruptura [como afirma MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón”, en *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, (2013): El Justicia de Aragón, p. 334]. Tal interpretación, de hecho, es la que parece desprenderse de la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 cuando decide atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre para así mantener el arraigo y entorno familiar del hijo menor,

identificando el mejor interés de las relaciones familiares con el interés prevalente del menor.

Es más, la amplitud de la previsión legal parece posibilitar al Juez acordar la atribución del uso alternativo de la vivienda a ambos progenitores, fórmula que en la práctica han adoptado excepcionalmente algunas resoluciones judiciales, como la SAP de Zaragoza núm. 605 de 14 noviembre 2011.

En el caso de que se atribuya la CUSTODIA INDIVIDUAL a uno de los progenitores, el art. 81.2 CDFA dispone que “se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconsejen su atribución al otro progenitor”.

De ello resulta que, para el caso de custodia individual, dos son, de nuevo, los criterios a los que debe atender el Juez a fin de decidir la atribución del uso de la vivienda familiar. Como criterio preferente, el de “atribución del uso al progenitor custodio” y, de modo subsidiario, el novedoso criterio fundado en “el mejor interés para las relaciones familiares”, que, como se ha indicado, concede un amplio arbitrio judicial.

Con todo, el examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses, en los casos que optan por el sistema de custodia individual, en su inmensa mayoría siguen atribuyendo automáticamente el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (normalmente, la madre). Entre todas ellas, interesa reseñar la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 marzo 2013 que, de modo discutible, decide prescindir del criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares para atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (en este caso, el padre), pese a que éste es titular de una segunda vivienda (un apartamento), mientras la madre carece de otra vivienda y se encuentra en situación de desempleo sin derecho a prestación, aunque -se afirma en la sentencia- que dispone en Zaragoza de una amplia red familiar.

Excepcionalmente cuatro sentencias de las examinadas excluyen la atribución del uso al progenitor custodio, aunque lo cierto es que la mayoría optan por no atribuir el uso de la vivienda al progenitor no custodio, prescindiendo así de lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA.

En concreto, la SAP núm. 109 de Zaragoza de 28 febrero 2012 -que resuelve una demanda de modificación de medidas- priva del uso de la vivienda

familiar atribuido mediante convenio regulador a la madre custodia e hija menor, en atención a la circunstancia de que ambas llevan más de siete años sin hacer uso de la misma por residir en el domicilio de los padres de aquella, situación ésta que, a juicio del Tribunal, se ha prolongado en exceso. No obstante, correlativamente la Audiencia incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio, a quien, por cierto, no atribuye el uso.

Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012 no atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio (la madre) porque encontrarse alquilada a un tercero, sin acceda tampoco a su venta precisamente por esta circunstancia y dada la actual situación del mercado inmobiliario.

En tercer lugar, la SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012 estima más adecuado para las relaciones familiares (sin argumentar por qué) que el destino de la vivienda familiar se decida de mutuo acuerdo por ambos progenitores o, en su defecto, se ponga a la venta.

Tan sólo la SAP de Teruel de 20 mayo 2013 hace uso de la medida prevista en el art. 81.2 CDFA para atribuir el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna y a la propia intención del progenitor custodio de poner a la venta la vivienda familiar de serle adjudicada.

Por último, cabe cuestionarse si procede la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio cuando tenga otra vivienda donde conviva con su nueva pareja. Esta cuestión ha sido resuelta negativamente por la STS de 29 marzo 2011, por entender que en tal caso el hijo no precisa la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios. Y es que, a juicio del Alto Tribunal, “no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia”.

6. En Derecho aragonés, tal y como resulta del art. 81.3 CDFA, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional en todo caso.

De este modo, el CDFA se desvincula del régimen previsto en el Derecho civil estatal, cuyo art. 96 CC en su redacción actual no contempla la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, con la salvedad de su párr. 3º relativo a la atribución del uso en defecto de hijos menores. Por añadidura, dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 1 abril 2001, de 21 junio 2011 y de 26 abril 2012) en el sentido de excluir las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad.

En cambio, en Derecho aragonés, y conforme a lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.

Con ello se pretende evitar, según declara la SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012, “la colisión con los legítimos derechos que al otro progenitor puedan corresponder sobre el referido inmueble, no tanto en cuanto a su uso, como en lo que respecta a su disposición”. En términos similares se expresa la SAP de Zaragoza núm. 314/2013 de 18 junio 2013.

Tal previsión legal ha sido interpretada por la jurisprudencia (entre otras, por la STSJ de Aragón de 4 enero 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 240 y núm. 242, ambas de 27 mayo 2014) en el sentido de que requiere el señalamiento de un plazo, dada la necesidad de certeza al respecto que conviene a ambas partes: por un lado, al favorecido con la atribución del uso, que de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo, tal como la búsqueda de otro alojamiento o la evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si es cotitular del inmueble; y por otro, al que se ve privado por el uso, que no sólo podrá ponderar las posibilidades de adjudicárselo, sino que sabrá con certeza a partir de cuándo podrá venderlo libre de esa carga.

No puede sino destacarse la importancia de esta sentencia del Tribunal Superior, ya que ha sentado doctrina sobre una cuestión que venía siendo resuelta por los tribunales inferiores (al menos en algunas sentencias) de modo muy incierto o indefinido. Así, podemos citar a título de ejemplo las

SSAP de Zaragoza núm. 103 de 28 febrero 2011 y núm. 126 de 13 marzo 2012 que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio hasta que se proceda a la liquidación del consorcio conyugal; o la SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012 que lo atribuye, igualmente, al progenitor custodio hasta que “en su caso, se produzca la subasta judicial del inmueble”.

En cualquier caso, y como ya se ha apuntado, en defecto de acuerdo de los progenitores, y en ausencia de previsión legal al respecto, la fijación del plazo es función exclusiva de los Tribunales de instancia, sin que sea revisable en casación, salvo que se revele absolutamente infundada o arbitraria, según declara el Tribunal Superior de Justicia en jurisprudencia reiterada (entre las más recientes, SSTSJ de Aragón de 7 febrero 2013 y de 11 julio 2013).

Así las cosas, el examen de la jurisprudencia revela que no existe un criterio jurisprudencial uniforme en orden al límite temporal del uso de la vivienda familiar, en cuanto como reconoce la SAP de Zaragoza núm. 240 de 27 mayo 2014 es una cuestión meramente discrecional del juzgador. En efecto, encontramos algunas sentencias -las menos- que extienden el uso de la vivienda familiar a la mayoría de edad de los hijos (SAP de Zaragoza núm. 108 de 28 febrero 2012) o, incluso, hasta su independencia económica (SAP de Zaragoza núm. 433 de 18 julio 2011 y núm. 163 de 26 marzo 2013, SAP de Teruel de 28 marzo 2012 y SAP de Huesca de 20 diciembre 2012). En cambio, otras prescinden de estas circunstancias (a mi juicio, determinantes) para fijar lapsos temporales más breves, entre uno a siete años, sin que ello siempre venga acompañado de un examen detallado de las concretas circunstancias familiares que lo justifique, lo que sería deseable en aras de una mayor seguridad jurídica. Así, fijan el plazo de un año la SAP de Huesca de 4 julio 2013 y la SAP de Zaragoza núm. 128 de 13 marzo 2013; el plazo de dos años la SAP de Teruel de 20 mayo 2013; el plazo de tres años la STSJ de Aragón de 30 abril 2013; el plazo de cuatro años la SAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012; el plazo de cinco años las SSAP de Zaragoza núm. 119 de 6 marzo 2013 y núm. 242 de 27 mayo 2014, y la SAP de Huesca de 17 diciembre 2012 -confirmada por la STSJ de Aragón de 11 julio 2013- y la SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013; el plazo de seis años las SSAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012 y núm. 314 de 18 junio 2013; y el plazo de siete años las SSAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013 y núm. 272 de 28 mayo 2013.

Con todo, entre las sentencias que ofrecen un examen ponderado de las circunstancias familiares pueden destacarse las que se reseñan a continuación.

La STSJ de Aragón de 7 febrero 2013 que confirma el criterio de la sentencia dictada en apelación de limitar el uso de la vivienda familiar por la madre custodia al plazo de un año por ser privativa del otro progenitor y estar gravada por una importante hipoteca, mientras la madre dispone de otra vivienda privativa que tiene alquilada; a lo que se añade la importante reducción de ingresos del progenitor.

La SAP de Huesca de 31 enero 2012 que, en un procedimiento de modificación de medidas acordadas en convenio regulador, desestima la pretensión del demandante relativa al cese del uso de la vivienda familiar por su exmujer e hijas, por aplicación del principio “standum est chartae” y dado que no habido modificación sustancial de las circunstancias respecto a lo acordado en el convenio.

La SAP de Zaragoza núm. 13 de 13 marzo 2012 que limita el uso de la vivienda a la madre custodia al plazo de un año, en atención a las siguientes circunstancias: la titularidad privativa del padre, la sujeción a ejecución hipotecaria por impago de préstamo -lo que, por cierto, no le ha impedido adquirir una nueva vivienda gravada con una hipoteca-; y la ausencia de ingresos de la madre.

La SAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012 que atribuye el uso de la vivienda a la madre custodia durante seis años en atención a la edad de los menores, a la situación económica de ambos progenitores y por no disponer ninguno de los dos de otra vivienda, sin olvidar las condiciones actuales del mercado inmobiliario.

La SAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2012 que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre custodia hasta la mayoría de edad de la hija, atendiendo a la circunstancia de que el padre es propietario de otro piso y que es necesario evitar más cambios a una menor de once años que ha pasado por un proceso penal contra su padre, por un divorcio muy conflictivo de sus progenitores y por el fallecimiento de su hermano.

La SAP de Zaragoza núm. 70 de 12 de febrero de 2013 que atribuye el uso de la vivienda al madre custodia durante cinco años en atención a su peor

situación económica, pese a que su uso es generador de conflictos, ya que una de sus plantas la ocupa el progenitor y sus padres.

La SAP de Teruel de 20 mayo 2013 que atribuye el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna.

Y finalmente, la SAP de Zaragoza núm. 319 de 11 junio 2013 que en un supuesto de custodia compartida, atribuye el uso de la vivienda a la madre custodia durante cinco años, dado el carácter consorcial de la vivienda, la diferencia de ingresos entre ambos progenitores y la edad de los hijos.

Ciertamente, la fijación por los órganos judiciales de estos límites temporales al uso de la vivienda familiar puede tacharse de muy restrictiva, con el dato añadido de que el CDFA no prevé su posible prórroga -lo que, sin duda, hubiese sido deseable, como advierte BALDA MEDARDE, M.J.: “La vivienda familiar en la Ley 2/2010”, cit., p. 228-, pero, en ningún caso, deja sin efecto el contenido del deber de crianza y educación de los hijos menores que corresponde a los progenitores, en el que se incardina su derecho de habitación a tenor de lo dispuesto en el art. 65.1.b CDFA. Por el contrario, la lectura de las sentencias revela una preocupación constante de los órganos judiciales por garantizar el derecho de habitación de los hijos. Así, en no pocas ocasiones el cese del uso de la vivienda familiar durante la minoría de edad de los hijos va acompañado de un correlativo incremento de la pensión de alimentos a satisfacer a éstos. Sirva de ejemplo la ya citada SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012 que, aunque priva del uso de la vivienda familiar atribuido mediante convenio regulador a la madre custodia e hija menor, por llevar más de siete años sin hacer uso de la misma, incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio.

Obviamente, una vez finalizado el plazo de uso fijado, el progenitor habrá de abandonar la vivienda sin posibilidad de prórroga, a fin de que el titular o titulares (si son ambos) puedan decidir acerca del destino de la vivienda familiar. A este respecto, interesa señalar que el Tribunal Supremo ha admitido la validez del señalamiento de una clausula penal por cada día en el retraso en el cumplimiento de la obligación de abandonar la vivienda familiar (STS de 17 octubre 2007).

7. La atribución del uso de la vivienda familiar sólo es eficaz cuando uno o ambos miembros de la pareja ostenten algún derecho que les posibilite el disfrute de la vivienda familiar, ya sea la propiedad u otros derechos tales como el usufructo o el arrendamiento.

No cabe, por contra, atribuir el uso de la vivienda perteneciente a un tercero que viniera usando la familia sin título alguno. Así lo viene afirmando el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (SSTS de 26 diciembre 2005, de 18 enero 2010, de 18 marzo 2011 y de 14 marzo 2013, entre otras). De ello resulta, como puede leerse en la STS de 18 marzo 2011, que los propietarios podrán recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con los ocupantes.

El problema se plantea, sin embargo, en el caso de que estén implicados hijos menores, ya que “su interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda” (STS de 10 octubre 2011). En tal situación considera la resolución indicada “que el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”. En el caso de autos la vivienda familiar del matrimonio y de la hija menor en el momento de la ruptura se encontraba ubicada en un piso cedido por los padres del marido a su hijo en precario, mientras que, por otro lado, el matrimonio era propietario de un piso que tenían arrendado a un tercero. El Tribunal Supremo confirma el fallo de la sentencia de primera instancia que, habiendo concedido la custodia individual a la madre, le atribuye como vivienda familiar la vivienda de sus suegros sólo hasta el momento en que cese el arrendamiento de la vivienda propiedad de ambos cónyuges, momento en el cual pasará ésta a convertirse en la vivienda familiar donde convivir con su hija menor. En fechas más recientes reproduce esta doctrina la STS de 17 junio 2013.

8. Cuando la vivienda familiar sea de titularidad conjunta de ambos progenitores (bien con carácter consorcial o en régimen de pro indiviso), la aplicación de los criterios del art. 81 CDFFA determina la privación del uso a uno de los progenitores durante todo el tiempo que se mantenga la medida,

salvo que excepcionalmente el Juez decida acordar la atribución del uso alterno a ambos progenitores (lo que no es habitual en la práctica).

Cuestión aparte son los gastos derivados de la vivienda. Sobre este particular, en ausencia de previsión legal al respecto, los órganos judiciales aragoneses han determinado que los gastos derivados de la titularidad de la vivienda (tales como los gastos de hipoteca, las derramas extraordinarias, el seguro del hogar o el IBI) seguirán siendo a cargo de ambos progenitores en su condición de cotitulares de la vivienda. En cambio, y como resulta lógico, los gastos derivados del uso de la vivienda (tales como los gastos de comunidad ordinaria y los relativos a suministros) serán a cargo exclusivamente del progenitor a quien se haya atribuido tal uso (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011, SAP de Zaragoza núm. 265 de 15 mayo 2012 y SAP de Huesca de 20 diciembre 2012).

9. Otra de las novedades más destacadas introducida por la Ley 2/2010 (actual art. 81.4 CDFFA) radica en la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, siempre que concurren dos presupuestos:

1º) Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores.

2º) Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos.

Ambos presupuestos merecen un comentario aparte, en orden a delimitar en qué supuestos es factible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar.

1º) “Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores”

Por lo que se refiere el primer requisito, parece que debe interpretarse en el sentido de sólo es posible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que ésta sea de titularidad conjunta de ambos progenitores o, más exactamente, tenga la naturaleza de bien consorcial.

En cambio, con base en la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013, cuando la vivienda familiar sea titularidad exclusiva de uno de los

progenitores, la atribución del uso al no titular no priva de la facultad de disponer a su propietario, quien podrá venderla libremente, -habida cuenta de que el CDFa no contiene una limitación de disponer similar a la del art. 96.4 CC-, si bien en este caso el comprador adquirirá la vivienda con el gravamen del derecho de uso del progenitor no titular.

Es más, según la precitada sentencia, cuando la vivienda familiar pertenezca en régimen de pro indiviso a ambos progenitores, la atribución del uso a uno de ellos, no priva al otro de su facultad de pedir la división de la cosa común. Ahora bien, el ejercicio de la acción de división no extinguirá el derecho de uso atribuido a uno de los progenitores, de tal manera que igualmente será oponible a los terceros adquirentes.

Y es que, a juicio de la Audiencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular [reseñada por GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, RCDI (2013), núm. 737, pp. 1893-1912], resulta necesario distinguir los dos planos de eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar: uno inter partes, en el entorno familiar y otro “ad extra”, frente a terceros posibles adquirentes del bien. Así, en el primer plano, “nos encontramos no ante un derecho real, sino de carácter familiar (personal), cuya titularidad corresponde al cónyuge o miembro de la pareja al que se lo atribuya la resolución del juzgado de familia correspondiente. Pero, desde la óptica patrimonial, ese derecho de uso no impide la transmisión de la vivienda sobre la que aquél recae. Se puede vender o ceder a un tercero, o si hay copropiedad (como en el caso que nos ocupa), ejercitar la acción de división de la cosa común. Pero la defensa del titular de aquel derecho familiar de naturaleza personal puede oponerle a terceros adquirentes. De aquí su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad”. Aplicando la doctrina transcrita al supuesto enjuiciado, la Audiencia entiende que el derecho de uso concedido a la madre custodia no constituye obstáculo para proceder a la división de la cosa común, si bien tal derecho será oponible a los terceros adquirentes.

En conclusión, para ninguno de estos supuestos se contempla la facultad de acordar la venta judicial de la vivienda, porque el titular exclusivo o cotitular de la vivienda siempre podrá venderla libremente o ejercitar la acción de división de la cosa común, aunque no se extinga por ello el derecho de uso atribuido al otro progenitor.

Por ello, la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar parece estar pensada únicamente para el caso de que la vivienda familiar tenga la condición de bien consorcial (como sostiene certeramente MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: “La regulación de la atribución del uso”, cit., pp. 343-344). En tal caso, una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio, se producirá la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho (art. 244 CDFA). Será entonces cuando el Juez, sin tener que esperar a la liquidación del consorcio conyugal, podrá hacer uso de la facultad que le otorga el art. 81.4 CDFA y acordar la venta de la vivienda familiar si lo estima necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

2º) “Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos”

Con este segundo requisito parece restringirse la facultad del Juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida, no así a los de custodia individual, como, de hecho, así se ha reconocido expresamente por la STSJ de Aragón de 4 enero 2103. Y es que, como argumenta el Tribunal Superior, si se interpreta que cabe acordar la venta de la vivienda familiar en una custodia individual, quedaría vacío de contenido el art. 81.1 CDFA que ordena la atribución del uso (temporal) al progenitor custodio.

Ello no obsta que, una vez finalizado el plazo de atribución del uso concedido al progenitor custodio, pueda acordarse la venta de la vivienda, según resulta de la lectura de la jurisprudencia. Puede citarse a título de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012, confirmatoria de la sentencia dictada en primera instancia que atribuye a la madre custodia el uso de la vivienda familiar, si bien limitado a la fecha de la liquidación del consorcio conyugal y, en todo caso, acuerda que transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia sin que se haya repartido el patrimonio consorcial se pusiera a la venta la venta de forma inmediata.

Es más, según afirma la STSJ de Aragón de 4 enero 2103, en el caso de custodia compartida sólo es posible acordar la venta de modo inmediato o en fecha muy próxima a la sentencia y siempre que, de acuerdo con el art. 81.4 CDFA, el Juez considere que ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

Lógicamente, la apreciación de esta necesidad está dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al juzgador de instancia, sin que sea revisable en casación (tal y como precisan las SSTSJ de Aragón de 4 enero 2013 y de 11 julio 2013).

Ahora bien, en cualquier caso el examen de la jurisprudencia menor, revela el criterio restrictivo de los tribunales aragoneses a la hora de apreciar esta necesidad y, por ende, autorizar la venta de la vivienda familiar, ya no sólo en los casos de custodia individual, sino también los casos de custodia compartida. Puede citarse a título de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013 que deniega la venta de la vivienda familiar por no habiéndose acreditado suficientemente que la venta instada por uno de los progenitores custodios sea necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, “no valiendo decir simplemente a estos efectos que la venta o arrendamiento de la vivienda aseguraría la vida independiente de cada uno de los progenitores”. La Audiencia va más allá denegando, asimismo, la venta de una plaza de garaje, ya que, teniendo la condición de anejo de la vivienda familiar, su venta supondría la devaluación de la misma. Vid. en términos similares la SSAP de Zaragoza núm. 100/2014 de 25 febrero 2014 y núm. 249 de 3 junio 2014.

10. El aptdo. 5º y último del art. 81 CDFA regula una cuestión estrechamente vinculada con la atribución del uso de la vivienda familiar como es el destino del ajuar familiar. A tal fin establece reglas diferentes en función de que el uso de la vivienda familiar sea (o no) atribuida a uno de los progenitores.

Así, para el primer supuesto se prevé la permanencia del ajuar doméstico en la vivienda familiar, excepción hecha de aquellos bienes privativos cuya retirada solicite su titular en el denominado plan de relaciones familiares que, como es sabido, debe acompañar a la correspondiente demanda. En la práctica, según resulta de la lectura de la jurisprudencia (vid. p.ej. la STSJ de Aragón de 26 febrero 2013, confirmatoria de la SJPI núm. 6 de Zaragoza de 12 mayo 2011 y la SAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2014), dicha medida suele acompañarse de la formalización de un inventario tanto de los bienes que permanecen en la vivienda como de los bienes retirados por el progenitor que abandona la misma.

Por el contrario, de no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, habrá que proceder al reparto del ajuar familiar entre ambos,

con arreglo a las reglas que sean aplicables a sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encuentre institucionalizada (o no) y, en el primer caso, estén casados o constituyan pareja estable no casada.

En cualquier caso, por ajuar familiar debe entenderse, de acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013, los enseres, mobiliario y equipamiento de la vivienda. No obstante, de esta noción parece que habrá que excluir los objetos de extraordinario valor, en atención a lo dispuesto en el art. 311.1 CDFA; e igualmente, los bienes muebles de uso personal o profesional de uno de los progenitores, con base en los arts. 266 y 267.2.b CDFA.

