

II. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

José Manuel Marco Cos.

Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España)

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Concepto de vivienda familiar: a) doctrinal, b) derecho positivo. 3. Familia en armonía. 4. Familia en crisis: a) derecho positivo, b) criterios, c) naturaleza jurídica de la adjudicación, d) duración, e) modificación.

1. Introducción.

El ordenamiento jurídico dispensa una amplia protección a la vivienda familiar, en consonancia con la importancia que la norma fundamental concede a la protección y bienestar de la familia, con independencia de que su base sea el matrimonio o una unión no matrimonial, como con claridad se desprende del artículo 32 de la Constitución (“La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico (...) El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”).

Dicha protección, acorde con la importancia que se otorga a la vivienda en el artículo 119 de la Constitución, se activa tanto en situaciones de normalidad, armonía y concordia de la familia, como cuando entra en crisis y se ve abocada a la ruptura.

En el primer caso, se establecen por el legislador garantías que, por un lado, tienden a que no se frustre la utilidad de la vivienda como albergue familiar por la acción perjudicial y carente del obligado consenso de uno de los cónyuges y, por otro, a evitar que en un momento determinado se vea dificultado el uso como tal de la vivienda familiar por el ejercicio por terceros de derechos que puedan afectar a dicha utilización.

En el segundo, producida la ruptura de los progenitores que

son el eje y núcleo familiar o, en caso de matrimonio o unión sin hijos, de quienes constituyen la familia como tal, se prevé el uso de la vivienda que fue familiar por uno de aquellos, ante la imposibilidad por la falta de armonía, de que continúe el uso conjunto.

A ambos mecanismos de protección se hace referencia a continuación.

2. Concepto de vivienda familiar.

A) Doctrinal

La norma positiva no ofrece un concepto claro y unívoco de vivienda familiar. No puede decirse que ayude a la elaboración de dicho concepto la variedad de denominaciones empleadas por el legislador para referirse a una misma y única realidad. Ciñéndonos a la legislación civil salvadoreña, se utilizan términos tan variados como “residencia común”, “hogar”, “inmueble que sirve de habitación a la familia”, “vivienda familiar”, “hogar conyugal”, etc.¹. El examen de tal variedad de vocablos en el contexto legislativo en que son empleados por el ordenamiento jurídico permite esbozar tal concepto, por vía inductiva.

Entre los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales por definir la vivienda familiar, merece la pena citar su consideración como asentamiento o ubicación del ente pluripersonal que constituye la familia, al servicio de ésta e independiente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda². La sentencia del Tribunal Supremo de España (STSE) de 31 de diciembre de 1994 se refiere a ella como “bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario”. Y la STSE de 16 de diciembre de 1996 dice que la “vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”.

Este punto de partida permite llegar a una concepción de la vivienda familiar como patrimonio al servicio de la familia como colectividad, así como que se deroguen las normas generales en materia de propiedad (por ejemplo, en el condicionamiento que afecta al titular a la hora de disponer libremente de la vivienda que sea de su propiedad).

1. CAMPOS PÉREZ, Jaime Muiricio, en su trabajo “La función pública del Notariado y la protección de la vivienda familiar”, se refiere a esta variedad de apelativos. En referencia al Derecho español, SERRANO GÓMEZ, E., recoge algunas de tan varias denominaciones, tales como “vivienda familiar”, “vivienda habitual”, “vivienda donde se tiene la residencia habitual”, “hogar familiar”, etc. (“La vivienda familiar en las crisis matrimoniales”).

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (España) de 15 de septiembre de 1989.

Precisamente es la consideración de un interés colectivo que trasciende de las propias personas que constituyen la familia lo que justifica una modificación del derecho de propiedad en lo relativo a la disponibilidad de la vivienda³.

Se ha dicho también que por vivienda familiar se entiende aquel edificio o construcción destinado a ser habitado por un conjunto de personas que forman una familia. O aquella superficie terrestre que reuniendo los requisitos esenciales de habitabilidad y poseída en virtud de algún título jurídico, sirve para dar cumplimiento a los fines individuales y familiares⁴.

Algún autor⁵ opina que es preciso que, para que merezca la consideración legal de vivienda familiar, debe reunir un mínimo de habitabilidad y dignidad, por lo que no deben considerarse incluidos dentro de la noción de vivienda familiar las chabolas, chozas, edificios en ruinas, etc. Sin embargo, este criterio, al igual que el que restringe el concepto a "superficie terrestre", puede pecar en ocasiones de alejado de la realidad o, más concretamente, de algunas realidades hoy existentes, lo que se compadece mal con la llamada interpretación sociológica del Derecho, que aboga por la interpretación y la aplicación de las leyes de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶.

Puede suceder que en determinados lugares el lugar en el que la familia se desenvuelve y en el que transcurre su vida cotidiana como tal familia, el que sirve de habitación a sus miembros, no sea una superficie terrestre, sino una embarcación que, precisamente por su funcionalidad actual como vivienda familiar, habrá de ser objeto de la atención legal y judicial (piénsese en un caso de divorcio, en que el juez deberá decidir qué cónyuge puede permanecer en la embarcación que ha venido siendo el albergue de la familia). En estos casos, en que tendrían cabida los mecanismos de protección que se activan en los casos de ruptura, no sería posible la prevista para los supuestos de normalidad, concretada en el artículo 46 CF, que se refiere de forma muy precisa al "inmueble que sirve de habitación a la familia".

En cuanto a la exigencia de habitabilidad y condiciones dignas

3. JUANES PECE, A. en "La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", ponencia presentada en el Seminario de formación de jueces y magistrados sobre Vivienda. Plan Estatal 1992 del Consejo General del Poder Judicial. España.

4. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada "La vivienda familiar en las crisis matrimoniales". Ed. Tecnos. Madrid 1999.

5. SERRANO GÓMEZ, E., obra citada.

6. Exponente legal de dicho criterio es el artículo 3.1 del Código Civil español: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

para que el lugar pueda ser conceptuado como vivienda familiar, con los efectos legales que conlleva, considero que conduce a confundir lo deseable con la realidad existente en algunos casos. Además de que la expresión “condiciones dignas” es en cierto modo un concepto jurídico indeterminado que habrá en cada caso de ser puesto en relación con el contexto social, no debe olvidarse que el que la vivienda de la familia sea más o menos precaria, o adolezca de pocas o muchas carencias no puede ser motivo para negarle dicha consideración y privar a los miembros más desfavorecidos de la familia de la protección legalmente prevista y precisamente en un medio social de escasos recursos económicos en que mayores sean los riesgos.

A fin de no restringir en exceso el concepto y con ello el ámbito de tutela legal, como también para procurar que no se proyecte la misma sobre lo que no ha de ser su objeto, podemos definir la vivienda familiar, de forma breve y sintética, como el lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad⁷. O, con mayor simplicidad, como el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar⁸.

B) Derecho positivo

El breve y sencillo concepto que acaba de darse de vivienda familiar es perfectamente predicable del Derecho positivo Salvadoreño. Por una parte, es compatible con la variedad de expresiones que el legislador utiliza para referirse a una misma realidad, como antes hemos visto (“residencia común”, “hogar”, etc.). De otro lado, es lo suficientemente amplio para abarcar las muy diversas realidades que pueden darse en la sociedad, en función de su grado de desarrollo o nivel de vida.

Vivienda familiar es tanto la que es habitada por un matrimonio, como la que ocupa una unión no matrimonial o de hecho, con o sin hijos, pues basta para la existencia de familia el matrimonio o la unión no matrimonial, sin que se exija la existencia de hijos (Art. 2 CF). El apoyo legal de esta protección independiente de la existencia o no de matrimonio se encuentra en el ya citado artículo 32 de la Constitución Salvadoreña, que asegura que la falta de matrimonio “no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia”, así como en los artículos 2 y 3 del Código de Familia, que incluyen en el concepto de familia la unión no matrimonial (Art. 2) que, por lo tanto,

7. BAENA RUIZ, E.: “La vivienda familiar”. Ponencia en el Seminario sobre Vivienda. Plan Estatal de Formación de jueces y magistrados. Madrid 1992.

8. HERRERO GARCÍA, M. J., al comentar el Art. 1320 del C Civil español, en “Comentarios al Código Civil”. Varios autores. Ministerio de Justicia. Madrid 1993.

es beneficiaria de la acción protectora del Estado (Art. 3).

A ambas formas de familia se presta la protección:

a. Cuando no se ha producido la ruptura, en virtud de lo que dispone el Art. 46 CF respecto del matrimonio y el Art. 120 CF al hacer esta protección extensiva a la unión de hecho no matrimonial.

b. En situaciones de crisis, el ordenamiento jurídico articula mecanismos legales, tanto si se trata de matrimonio (Arts. 108 y 111 CF), como de unión no matrimonial (Art. 124 CF).

3. Familia en armonía.

El precepto fundamental que procura la protección de la vivienda familiar, cuando la familia no ha sufrido una crisis que conduce inevitablemente a su ruptura (aunque puedan existir desacuerdos entre los cónyuges o convivientes respecto a la enajenación o gravamen de la vivienda), es el artículo 46 del Código de Familia⁹.

Dispone dicho Art. 46 CF:

“Cualquiera que sea el régimen patrimonial del matrimonio, la enajenación y constitución de derechos reales o personales sobre el inmueble que sirve de habitación a la familia necesita del consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad.

La constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar, deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, instrumentos que deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

No se podrá destinar más de un inmueble a dicha habitación; este no deberá estar en proindivisión con terceros, ni embargado o gravado con derechos reales o personales que deban respetarse. La sustitución del inmueble afectado también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges y en la forma prevista en el inciso precedente.

Cuando no pudiese obtenerse el consentimiento de uno de los cónyuges, el juez, a petición del otro, podrá autorizar la destinación, la enajenación, la constitución de derechos reales o personales o la

9. Aunque no puede negarse que tiende también a la protección de la vivienda familiar, en cuanto procura la subsistencia del arrendamiento en beneficio de los miembros de la unidad familiar, pese a la muerte del titular del contrato, no nos ocupamos aquí del contenido del artículo 27 de la Ley de Inquilinato: “No se extinguirá el contrato de arrendamiento por la muerte del arrendatario. Se entenderá, en tal caso, que el contrato continúa con sus herederos, y si no hubiere herederos declarados, con su cónyuge, compañero de vida, ascendientes o descendientes que con aquél hayan habitado el inmueble. El arrendamiento continuará en las mismas condiciones vigentes a la fecha del fallecimiento”.

sustitución, según el caso, atendiendo al interés de la familia.”¹⁰.

Se pretende armonizar la satisfacción del derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la unidad familiar, con los intereses que alguno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre el inmueble.

La exigencia clara del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y la constitución de derechos sobre la vivienda familiar es expresión del principio de igualdad, con independencia de que se trate de hombre o mujer, proclamado en el artículo 3 de la Constitución y en los artículos 4 y 36 CF. Es también una norma inspirada en el deber de colaboración que tienen entre sí los cónyuges, plasmado en el citado artículo 36 CF.

La ley procura evitar abusos de uno de los cónyuges que puedan perjudicar al otro y, muy especialmente, a la familia considerada como tal. Podría pensarse que se trata de una restricción del derecho de propiedad, en cuanto exige el consentimiento de ambos cónyuges, con independencia de que pueda la titularidad dominical corresponder a uno solo de ellos. Lo que sucede, en realidad, es que el legislador ha considerado que es valor prioritario la protección del interés familiar, que predomina sobre el privativo o particular de un cónyuge¹¹.

El doble consentimiento se requiere cualquiera que sea el régimen económico matrimonial y quienquiera que sea el titular del inmueble y el derecho en cuya virtud se tenga el inmueble que constituye la vivienda familiar.

Se trata de una norma imperativa, cuyo incumplimiento se sanciona con la anulación del negocio de enajenación o gravamen llevado a cabo por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

En todo caso, se procura evitar que se produzca una situación en que la falta de acuerdo de uno de los cónyuges impida un negocio que puede ser beneficioso para la familia. Para ello, prevé el último párrafo del artículo 46 CF que en tales casos y a petición del cónyuge que pretenda llevar a cabo el acto de transmisión o gravamen, decida el juez, atendiendo siempre al interés superior de la familia.

Puede resultar polémica la interpretación del segundo párrafo del artículo 46 CF, que se refiere a la que llama “constitución del derecho de habitación sobre un inmueble para la vivienda familiar”, el cual dice que deberá ser otorgada en escritura pública o en acta ante

10. El artículo 46 CF equivale, en su aspecto fundamental de exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos dispositivos o de gravamen sobre la vivienda familiar, al artículo 1320 del Código Civil español.

11. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada.

el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales, debiendo dichos instrumentos inscribirse en el Registro de la Propiedad raíz e Hipoteca correspondiente.

El texto legal puede dar lugar al equívoco de entender que la consideración como vivienda familiar del inmueble ocupado por la familia requiere necesariamente su constitución formal como tal, mediante el otorgamiento de escritura pública o acta y su posterior inscripción, de suerte que en otro caso no puede dispensarse la protección legal a que nos venimos refiriendo.

No creo que esta interpretación restrictiva sea la correcta. Ciertamente, puede venir propiciada por una redacción legal no muy afortunada. Pero limitar la aplicación de los instrumentos legales articulados para la protección de la vivienda familiar a los casos en que se haya procedido previamente a su formal constitución como tal no se ajusta y es poco acorde con la finalidad protectora de la legislación y contradice las proclamas contenidas en la Constitución acerca de la protección de la familia, para cuya realización es fundamental que pueda disponer de una vivienda digna y de los recursos legales adecuados para su tutela. Si, como dice el artículo 8 CF, la interpretación y la aplicación de sus preceptos debe hacerse en armonía con sus principios rectores, no debe supeditarse la efectividad de los mecanismos legales protectores de la vivienda familiar a la especial constitución de un derecho de habitación sobre el inmueble para destinarlo a dicho fin, sino que debe ser suficiente la real utilización de la vivienda con dicha función de cobijo de la familia.

En este sentido, es acertada la tesis de quien sostiene –al parecer, contra la opinión dominante en El Salvador– que la vivienda familiar se constituye como tal “por la sola convivencia del grupo familiar en ella, sin necesidad de ninguna formalidad especial”¹². Entenderlo de otro modo y exigir que con carácter previo a la dispensa de la protección de los párrafos primero y último del artículo 46 CF se lleve a cabo la constitución expresa del derecho de habitación para destinarlo a vivienda familiar, de suerte que en otro caso no se dispense la protección, puede suponer una sacralización indebida de dicho párrafo segundo y dar lugar a que el instrumento jurídico pensado para garantizar la protección se convierta en obstáculo para la real efectividad de la misma. Una cosa es que, mientras no se modifique el artículo 46 CF, la formal constitución puede reforzar la protección y otra muy distinta, que debe rechazarse, que su ausencia prive de la protección que la ley garantiza.

Por lo tanto, la protección prevista en el ordenamiento jurídico solamente debería quedar supeditada a la acreditación, en cada caso

12. CAMPOS PEREZ, J.M., “La función pública del notariado y la protección de la vivienda familiar”.

que se someta al conocimiento de los tribunales, de que la vivienda a la que se refiera el proceso o respecto de la que se ejercite alguna pretensión inherente a la protección legalmente prevista tiene efectivamente la condición de familiar, porque es realmente utilizada como tal.

4. Familia en crisis.

La familia, entendida por tal tanto la que tiene su base en el vínculo no matrimonial, como aquella cuyo sustrato es una unión no matrimonial o, como también se le denomina, paramatrimonial, no se concibe como un ente inmutable, esto es, que no pueda estar sujeto a crisis que produzcan la disgregación de su núcleo, constituido por la pareja en torno a la cual se fue conformando, y hagan inevitable una nueva configuración de su entorno vital o, por lo menos, algunas importantes modificaciones en dicho entorno.

En este contexto de crisis y de búsqueda de un nuevo ámbito en el que pueda desenvolverse la familia, tal como queda tras aquella, un aspecto fundamental viene constituido por la búsqueda del acierto en la decisión que se tome en relación con la vivienda que, mientras aquella permaneció cohesionada, le sirvió de abrigo y desarrollo. La crisis aboca a la separación física de la pareja que constituye la familia y, cuando hay hijos, ha dado lugar a su desarrollo y, con ello, debe buscarse cuál ha de ser la utilidad de la vivienda familiar, que ya no podrá servir de albergue a todos los miembros de la familia y que forzosamente deberá adjudicarse a alguno de ellos, lo que conllevará la marcha del otro en discordia.

El ordenamiento jurídico no sólo arbitra mecanismos de protección de la vivienda familiar en situaciones de normalidad, sino también cuando se produce la crisis que da lugar a su fractura. En estas circunstancias, la protección ha de entenderse como la búsqueda de la utilidad y el destino que más provechosos han de ser para el desarrollo de la familia y, muy especialmente, para el de sus miembros más necesitados de tutela y cuidado.

A) Derecho positivo

Varios son los preceptos que, en el derecho positivo salvadoreño, se ocupan de la protección de la vivienda familiar en los casos de crisis:

a. En los casos de divorcio de mutuo acuerdo, el artículo 108.4 del Código de Familia prevé que los cónyuges convengan a quien de ellos corresponderá el uso de la vivienda.

b. Cuando se trata de divorcio contencioso es el juez, según

el tercer párrafo del artículo 111 CF, quien toma la decisión acerca de la adjudicación de la vivienda familiar, aunque creo que no se debe excluir la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo a este respecto.

c. Aunque no lo diga expresamente el texto legal, hemos de entender que en los casos de sentencia de nulidad es el juez quien debe pronunciarse sobre el uso de la que fue vivienda familiar. Se deduce del contenido de artículo 100 CF, que dispone que en el proceso sobre nulidad matrimonial se aplicarán las reglas en el CF para los casos de divorcio en lo concerniente a los alimentos de los hijos “y demás efectos”, entre los que se comprende la decisión sobre el uso de la vivienda.

d. El artículo 124.5 CF, al regular el proceso de declaración de la unión no matrimonial se refiere, entre los extremos sobre los que debe pronunciarse la sentencia, a la decisión sobre a quién corresponderá el uso de la “vivienda y menaje familiares”.

e. Las medidas cautelares que se pueden adoptar en un proceso matrimonial pueden también referirse a la vivienda y así se constata en el artículo 124.a) de la Ley Procesal de Familia.

f. También en sede procesal, aunque en un procedimiento de carácter especial, como es el provocado por el incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges o convivientes, puede decidirse sobre el uso de la vivienda familiar, en el caso de que se acuerde como medida de protección “La exclusión del hogar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo (Art. 130.c LPF).

g. Tiene igualmente carácter excepcional, por la naturaleza de las circunstancias en que se adopta, la decisión judicial que, en virtud de la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia intrafamiliar, ordene salir del domicilio común al agresor (7.e LVIF).

No nos referiremos a continuación a las decisiones sobre la vivienda familiar que tienen un carácter excepcional (medidas de protección), o meramente provisional y accesorio (medidas cautelares), sino a las que se adoptan en el seno de un procedimiento matrimonial al regular una crisis familiar, como decisión de carácter principal y con cierta vocación de pervivencia en el tiempo, con independencia de que a la postre y por diversas circunstancias sea mayor o menor su duración.

Puede afirmarse que en la disciplina legal relativa a la adjudicación de la vivienda familiar en los casos de crisis destaca, sin merma de su

importancia, que la decisión del juez se toma en defecto de convenio entre las partes, de suerte que solamente cuando no llegan a un acuerdo al respecto debe resolver la discrepancia el tribunal. No sin motivo se ha puesto de relieve el carácter de subsidiariedad de las resoluciones judiciales, por cuanto el juez solamente resuelve en defecto de acuerdo entre los cónyuges¹³.

Esta preferencia que se otorga al pacto de las partes es evidente en los casos de divorcio por mutuo acuerdo (Art. 108.4 CF), lo que es inevitable, pues en otro caso se tornaría contencioso. Pero también puede predicarse del divorcio contencioso: la referencia en el tercer párrafo del artículo 111 CF a la decisión judicial sobre la vivienda no puede abstraerse de la que en el primero se hace a los acuerdos sobre guarda, alimentos y visitas de los hijos, ya que si se admite el convenio sobre aspectos tan capitales no hay motivo para excluir de dicha posibilidad otro que no es de mayor importancia. Tampoco hay razón para descartar la posibilidad de que se llegue a un acuerdo en los procesos sobre declaración de unión no matrimonial, aunque nada diga al respecto el artículo 124 CF. El acuerdo puede incluso alcanzarse durante el proceso, en la llamada fase conciliatoria (Art. 103 LPF).

B) Criterios

La legislación positiva salvadoreña no establece de forma determinante, al disciplinar uno de los aspectos más conflictivos del Derecho de Familia, cuáles han de ser los criterios que deben servir de pauta al juez para adoptar la decisión sobre la adjudicación de la vivienda familiar, cuando no lleguen a un acuerdo los cónyuges¹⁴.

Sin embargo, no es difícil llegar a la conclusión, pese a esta carencia, de que en ésta, como en todas las decisiones que afecten a la familia con hijos, el criterio rector ha de ser el interés de los mismos, muy especialmente si son menores. Se revela como finalidad esencial el mantenimiento de las mismas condiciones existentes antes de la ruptura, pretendiendo conseguir que, en la medida de lo que las circunstancias permitan, la quiebra afecte lo menos posible a los hijos de la pareja en crisis.

La decisión del juez al respecto ha de tomarse, por encima de otro interés, en beneficio de los hijos. En otras palabras, aunque el uso de la vivienda se otorgue a uno de los cónyuges o miembros

13. SANTOS BRIZ, J.: "Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares". III Simposium de Derecho Matrimonial y de Familia. Universidad de Navarra (España), 1984.

14. El artículo 96 del Código Civil español fija como criterios rectores de la decisión el bien de los hijos o, en defecto de ellos, el interés más necesitado de protección.

de la pareja, lo determinante es el bienestar de los hijos, lo que nos conduce a que la atribución se hace, no tanto en beneficio de uno de los cónyuges, sino en el de los hijos, aunque indirectamente se vea favorecido aquel al que se le haya confiado la guarda y custodia de los mismos, porque se habrá de adjudicar el uso al cónyuge o integrante de la pareja rota a cuya guarda y cuidado queden los hijos comunes, pues son los intereses de éstos los más necesitados de protección.

Se trata de tener en cuenta que en toda medida que afecte a los hijos rige el principio del "favor filii" o "favor minoris". Así se evidencia en que en el divorcio de mutuo acuerdo, el convenio de los cónyuges se somete a la calificación del juez, que lo aprueba "si los acuerdos adoptados no vulneran los derechos de los hijos", y en que el segundo párrafo del artículo 111 CF permite al juez tomar respecto de los hijos la decisión que estime adecuada, pese a existir acuerdo entre los cónyuges, si éste es "atentatorio al interés de los hijos". Este criterio favorable a los intereses del menor ha venido a ser sancionado por Declaraciones y Convenios Internacionales, como la Declaración de los derechos del niño en virtud del Acuerdo de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, hecho también en Nueva York en la fecha indicada, y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en resolución de 20 de noviembre de 1989, en las que el interés del menor es una constante, afirmándose en el Convenio de la O.N.U., que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.

Cabe plantearse a continuación si el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar será de aplicación si existen hijos, pero éstos son mayores de edad, aunque todavía necesitados de asistencia familiar. Aunque con menor rigor, puede hacerse extensible aquella norma rectora a estos casos, pues es bien sabido que la mayoría de edad no determina la independencia o la autonomía económica de los hijos, en período de formación o de búsqueda de empleo y todavía necesitados del apoyo de sus padres.

Cuando el matrimonio o la pareja no matrimonial no tienen hijos a su cargo, la pauta rectora ha de ser el interés más necesitado de protección, lo que hace directamente referencia a la mayor o menor capacidad de cada uno de los miembros de la pareja que se rompe para hacer frente a la necesidad de buscar una vivienda nueva. En definitiva, no habiendo hijos, el uso de la vivienda deberá atribuirse al más desvalido, que por ello será titular del interés más necesitado de protección.

C) Naturaleza jurídica de la adjudicación

Se discutió en sede doctrinal acerca de la naturaleza del derecho al uso de la vivienda familiar, cuestionándose si se trata de un derecho real o personal. Como no puede ser menos, los problemas se plantean cuando la vivienda cuyo uso se atribuye a uno de los integrantes de la pareja rota pertenece a ambos y, sobre todo, cuando es de titularidad exclusiva de uno de ellos y el uso se ha atribuido al otro.

La tesis de que se trata de un derecho real se apoya en que atribuye un poder directo e inmediato sobre la cosa y en que se trata de un derecho ejercitable frente a terceros. Aunque en el seno de esta línea son diferentes las posturas, desde quienes lo configuran como un derecho de ocupación o de uso, o de habitación, a quienes piensan que se trata de una situación especial, "sui generis".

Otra corriente considera este derecho de goce como un derecho meramente personal, que no trasciende más allá de los procesos de familia y que, por consiguiente, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas, no constituye más que una simple facultad cuyos efectos se reducen al propio proceso matrimonial.

Las consecuencias de configurar a este derecho como personal o real son diametralmente distintas, básicamente porque éste se puede oponer a terceros y el personal no. Puede afirmarse el dominio de los sectores doctrinales que consideran este derecho como un derecho real, pero como un derecho real "sui generis" cuyo contenido será el que venga fijado en la Sentencia. Debe por ello recalcar la importancia de la Sentencia en cuanto a la delimitación del contenido y duración del derecho, pues los términos de la decisión judicial determinarán el contenido en cada caso del derecho al uso de la vivienda familiar.

Ha de tenerse en cuenta que el derecho a la vivienda del cónyuge no titular, deriva de la consideración de la relación familiar anterior, de la convivencia del grupo familiar en esa misma vivienda de la que el otro cónyuge era titular, por lo que el derecho a la vivienda que conserva el cónyuge no titular prevalece en relación al derecho sobre la vivienda que corresponde al cónyuge titular¹⁵.

Por lo menos, puede hablarse de un derecho real limitado o peculiar, teniendo en cuenta que dicha configuración solamente es posible cuando tenga naturaleza real el título en virtud del cual la familia en armonía venía ocupando la vivienda, pues no sería admisible que

15. HERRERO GARCÍA, M^a José: Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil Estudio de Derecho Civil en Libro homenaje a José Beltrán de Heredia y Castaño. 1984.

en virtud de la decisión judicial de atribución naciera un derecho real sobre la vivienda que la familia venía ocupando en virtud de un contrato de arrendamiento, que es derecho personal. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 31 de diciembre de 1994, la protección de la vivienda familiar se produce a través del derecho que la familia tiene al uso y la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía.

Puede hablarse, en definitiva, de un derecho real peculiar, sobre cosa ajena, sin que terceras personas, ni siquiera el titular de la vivienda, puedan menoscabar ese goce¹⁶. El titular del derecho de uso, cónyuge o miembro de la pareja no titular de la vivienda, es un poseedor legítimo, por lo que puede hacer valer tal condición.

La jurisprudencia española ha zanjado la cuestión, desde una perspectiva y con una finalidad esencialmente práctica, que es la que deben procurar los pronunciamientos judiciales, sin merma del necesario rigor jurídico.

La Sentencia del Tribunal Supremo de España de 11 de diciembre de 1992 afirma que se trata de un derecho oponible a terceros.

La STS español de 31 de diciembre de 1994 sostiene que la protección que se otorga a la vivienda familiar mediante la adjudicación del uso a uno de los cónyuges pese a ser el bien propiedad de otro, es de carácter absoluto y ejercitable frente a todos, aunque limitada a que subsista la ocupación durante el tiempo que judicialmente se fije, si bien precisa que ello no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía. Por ejemplo, quienes ocupan la vivienda en precario, o en arrendamiento, no pueden obtener una protección jurídica superior, pues si así fuera se estarían satisfaciendo necesidades familiares muy dignas de protección a cargo de extraños a la familia.

Una excelente síntesis y reafirmación de la doctrina jurisprudencial española la encontramos en la Sentencia TS de 4 de abril de 1997. Señala esta sentencia que “la atribución a uno de los cónyuges del uso de la vivienda no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (Sentencia de 11 diciembre 1992, sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho

16. SERRANO GÓMEZ, E. Obra citada.

real familiar» dice la Sentencia de 18 octubre 1994; «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 abril 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: Sentencias de 22 diciembre 1992, 14 julio 1994 y 16 diciembre 1995 y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...» dice la Sentencia de 31 diciembre 1994”.

La STSE de 22 de abril de 2004 sigue manteniendo que el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros.

En todo caso, este derecho de uso atribuido judicialmente, o en virtud del convenio suscrito por las partes y aprobado por el juez, es compatible con la división de la cosa común, si se tiene la vivienda en copropiedad, o con la venta, si es de titularidad dominical del cónyuge distinto al beneficiario de la atribución del uso. Pero, precisamente por tratarse de un derecho de acusado carácter real y por ello oponible a terceros, ni la división, ni la enajenación, podrán afectar al derecho del beneficiario de aquella atribución, que deberá ser respetado por el nuevo titular de la propiedad. En este sentido se han pronunciado con claridad las Sentencias del Tribunal Supremo de España de 14 de julio y 31 de diciembre de 1994 y 16 de diciembre de 1995. Como dice la ya citada STSE de 22 de abril de 2004, “constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares.

Digamos, finalmente que, precisamente por proyectarse de forma directa e inmediata sobre la cosa y ser oponible a terceros, es inscribible en el registro público, precisamente para lograr la total efectividad de dicha oponibilidad a terceros ajenos a la relación familiar. Es posible su inscripción en el Registro General de la propiedad inmueble, precisamente para asegurar el derecho (Art. 678 C. Civil), a fin de que surta efectos frente a terceros (Art. 680 CC), pues la sentencia que adjudica el uso o aprueba el convenio al respecto es un título que constituye un derecho de uso sobre un inmueble (Art. 686.2 CC).

D) Duración

La adjudicación a uno de los cónyuges o miembros de la pareja del uso de la que fue vivienda familiar no tiene necesariamente que ser para siempre ó vitalicia, especialmente en aquellos casos en que la propiedad de la misma es compartida ó su titularidad corresponde en exclusiva a uno solo de aquellos.

Puede fijarse en la sentencia el plazo durante el que se atribuye el uso, lo que tal vez sea aconsejable en aquellos casos en que los hijos cuyo cuidado ha determinado la atribución sean mayores de edad o estén próximos a serlo. También, con arreglo a las circunstancias, en los supuestos de falta de hijos por cuyo interés velar.

También puede suceder que en la sentencia no se establezca plazo alguno. En estos casos, se tratará de una adjudicación por tiempo indefinido, en el más estricto sentido de la palabra, en cuanto que indefinido significa falta de definición o precisión y, tratándose de tiempo, falta de término del mismo. Pero este carácter indefinido no puede, ni debe, confundirse con que la atribución sea a perpetuidad o de por vida o, en definitiva, de carácter vitalicio.

Quiere decir, simplemente, que dicha falta de concreción del día final no impide que, habiendo estado motivada la decisión judicial por las circunstancias vigentes cuando la misma se adoptó y siendo éstas contingentes, las alteraciones de las mismas pueden motivar que se ponga fin al tiempo de ocupación, lo que nos lleva a la posibilidad de modificar el sentido de la atribución del uso.

Por lo tanto, no es necesario que en la sentencia se precise plazo durante el que se concede el uso de la vivienda familiar, precisamente porque puede ser modificada por una posterior alteración de las circunstancias. Las Sentencias matrimoniales no son estáticas sino dinámicas, pudiendo ser modificadas de producirse alteraciones sustanciales de la situación de hecho que el Juez tuvo en cuenta a la hora de pronunciarse, lo que bien puede afectar a la vivienda.

E) Modificación

Como se acaba de decir, las decisiones que en un proceso matrimonial (ó de declaración de la unión no matrimonial) se adoptan por el juez con el carácter de complementarias o accesorias a la básica (de disolución del matrimonio o declaración de la unión extramatrimonial) están condicionadas por las circunstancias existentes en su momento. Y, por supuesto, lo está la relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar, determinada por el interés de los hijos o, a falta de ellos, por el más necesitado de protección. Pero, siendo tales circunstancias contingentes y sujetas a alteraciones, debe plantearse la posibilidad de que las modificaciones de tales circunstancias den lugar a la del sentido de la decisión judicial tomada sobre la vivienda.

El Código de Familia recoge expresamente esta posibilidad de modificación de las medidas complementarias en los artículos 110 y 112. Dispone el Art. 110 CF que, en los casos de convenio entre los cónyuges, si se produjera alteración sustancial de las circunstancias

bajo las que fue aprobado, podrá modificarse por otro acuerdo, o judicialmente. Y dice el Art. 112 CF que los acuerdos de los cónyuges o las resoluciones prescritas por el juez en la sentencia de divorcio, podrán ser modificados judicialmente si cambiaran sustancialmente las circunstancias que fundamentaron el fallo.

Se admite, por lo tanto, la modificación de dichas medidas. Pero para ello se exige un cambio sustancial de las circunstancias. Por lo tanto, la alteración de las circunstancias entonces vigentes y que determinaron la atribución de la vivienda a uno de los miembros de la pareja pueda dar lugar a que se dicte una nueva resolución judicial que, en consonancia con el cambio de circunstancias, modifique la situación creada a partir del acuerdo de adjudicación a uno de los cónyuges.

Ello será posible cuando la situación existente al fijarse tales medidas y anterior al correspondiente acuerdo judicial, con posterioridad al mismo haya sufrido tales cambios –que no basta que sean de cualquier entidad, sino que deben ser sustanciales- que razones de justicia, tenidas en cuenta por el legislador, impongan la modificación de la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda, adecuando su contenido a las alteraciones devenidas con posterioridad, que en el correspondiente procedimiento de modificación serán los hechos constitutivos y en los que fundamente su pretensión quien solicite el cambio.