

## Atribución de la vivienda familiar en proceso de separación tras un proceso de división de la cosa común. Desahucio por precario

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

En los procedimientos de relaciones paterno-filiales o de separación o divorcio, de conformidad con el artículo 96 del Código Civil, se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar teniendo en cuenta el interés más necesitado de protección, que será, existiendo hijos, sobre todo si se trata de menores de edad, por su atribución a estos, junto con el progenitor al que se atribuya la guarda y custodia. Sin embargo, en los convenios reguladores firmados por ambos progenitores que se aprueben por el juzgado con la conformidad de los progenitores litigantes, pueden introducirse determinadas cláusulas que condicionen dicha atribución, como sucedería en el caso de que fuere vendida. En estos supuestos no puede el titular del derecho de uso oponer este ante quien reclama que cese en él, aunque le hubiese sido atribuido por convenio regulador o sentencia, en el curso de un procedimiento de familia, que no es título que excluya la existencia del precario.

**Palabras clave:** desahucio por precario; separación o divorcio; vivienda familiar; relaciones paterno-filiales.

---

*Fecha de entrada: 11-03-2018 / Fecha de aceptación: 26-03-2018*

## **ENUNCIADO**

Los progenitores de una menor de edad deciden poner fin a su relación y presentan ante el Juzgado de Familia convenio regulador de mutuo acuerdo de los efectos. Entre los mismos se dispone que el uso de la vivienda sea atribuido a la hija en unión de la madre a la que se atribuye la guarda y custodia, y ello pese a que la madre tenía en la localidad otra vivienda de similares características. Asimismo, incluyen una cláusula en la que condicionan el uso a la venta de dicha vivienda a la enajenación posterior.

La enajenación de la citada vivienda tuvo lugar en pública subasta, y esta fue consecuencia de la acción de división ejercitada por el demandante del desahucio. En el procedimiento de división fue parte e intervino la progenitora que tenía la custodia del hijo menor. La madre que convive con la menor en la vivienda, cuyo uso le fue atribuido en sentencia, manifiesta que la misma excluye el precario y que ha de prevalecer el derecho de la hija menor de edad por ser el más necesitado de protección.

### *Cuestiones planteadas:*

1. Procedimientos de familia: atribución de la vivienda.
2. Derecho de propiedad adquirido posteriormente.
3. Prevalencia: derecho de propiedad o derecho de uso.
4. Solución.

## **SOLUCIÓN**

1. En los procedimientos de familia uno de los aspectos que es objeto de discusión entre los progenitores es la adjudicación de la vivienda familiar, ya nos encontremos ante procedimientos de separación, divorcio o referidos a relaciones paterno-filiales.

Por tanto, como se establece el artículo 96 del Código Civil en su párrafo primero, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece, si bien en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez.

Sin embargo, qué efectos produce la disposición de la vivienda familiar por uno de los progenitores, es una cuestión que puede presentar problemas, y sobre ello se ha manifestado el Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de 8 de octubre de 2010, número de recurso 2305/2006 (NCJ053923), en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido, la hipotecó y su esposa compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca. Refiriéndose a los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familia, como la constitución de la hipoteca es previa a la crisis matrimonial no se residencia el debate en el artículo 96.4 del Código Civil, sino en el artículo 1.320 del mismo, afirmando que «la jurisprudencia ha interpretado el artículo 1.320 del Código Civil como una norma de protección de la vivienda familiar. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. La declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico concluido por otro, por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión. Siendo el negocio válido, por haber mediado el consentimiento de la esposa, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas; la titular de derecho de uso, que era carga de la vivienda, prestó su consentimiento al negocio que posibilitaba la futura venta de la vivienda con liberalización de la carga; con lo que no podría oponer su título al adquirente del bien, o lo que es lo mismo, al adjudicatario a consecuencia de la enajenación en subasta pública.

2. En el supuesto del caso, nos encontramos con que el progenitor no custodio adquirió la vivienda con posterioridad al procedimiento y amparado en el convenio regulador aprobado judicialmente en el que se incluye una cláusula que condiciona el uso de la vivienda a una enajenación posterior. La adquisición posterior por parte del progenitor no custodio tiene lugar tras el ejercicio de la acción de división por la que se le adjudica la vivienda en pública subasta, en el que intervino la otra progenitora. Hecho relevante en la medida en que se incluía una cláusula en el convenio regulador que condicionaba la continuación en el uso de la vivienda a la enajenación de la que fue vivienda habitual y que en ese momento ocupaba la madre con la hija menor.

Por tanto, en principio ese derecho es posterior a la sentencia y se ejercía de conformidad con lo estipulado en el mismo, por lo que en principio parece que, al ser un acto posterior y efectuado de acuerdo con lo aprobado judicialmente, ratificando ambos su contenido, debería prevalecer frente al derecho del otro y de la hija menor.

La negativa del otro progenitor obligó al nuevo propietario a ejercitar la acción de desahucio.

3. La otra progenitora entiende que ella tiene la legítima posesión de la vivienda al haberse atribuido una previa sentencia del Juzgado de Familia, siendo este el título que excluye la existencia del precario.

En este sentido la Sentencia de Pleno 861/2009, de 18 de enero (NCJ051970), expresa que «cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia» añadiendo que «ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular (del derecho de uso) es oponible a los terceros, que hayan adquirido [...] en la subasta consiguiente a la acción de división (véanse SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

Sin embargo, existen supuestos en que el titular del derecho de uso no puede oponer este ante quien le reclama que cese en él, aunque primigeniamente le hubiese sido atribuido por convenio regulador o sentencia, en el curso de un procedimiento.

Así precisa la sentencia del Pleno mencionada, exponiendo que la Sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 cuando afronta la cuestión relativa a la reclamación por un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de una afirmación, cual es que «el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges, en aplicación del artículo 96 del Código Civil, se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, del Código Civil. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente». Y concluye en cuanto a la naturaleza de derecho de uso que «el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho Catalán, en el que el artículo 83.3 del CF y el artículo 233-22 del proyecto del Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad». De ahí que la sentencia de 14 de enero de 2010 afirme que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009 [NCR003329]).

Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008 [NCR003460]).

Por tanto, la titular de derecho de uso, que era carga de la vivienda, prestó su consentimiento al negocio que posibilitaba la futura venta de la vivienda con liberalización de la carga; con lo que no podría oponer su título al adquirente del bien, o lo que es lo mismo, al adjudicatario a consecuencia de la enajenación en subasta pública.

Por otro lado, colocando el centro del debate en el interés de la menor, la sentencia recurrida es respetuosa con tal interés; téngase en cuenta la postura en estos procedimientos tanto del Ministerio Fiscal como de la autoridad judicial, respecto de la carga del uso de la vivienda. Además, consta en el caso que la madre es propietaria de una vivienda en la que dignamente puede residir con la hija, quedando cubierto, pues, el interés de esta.

El Tribunal Supremo tiene declarada la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil, aunque se trate de proteger el interés de los menores, con independencia de que sus padres estén casados o no, y, de ahí (Sentencia del Tribunal Supremo 221/2011, de 1 de abril [NCJ055180]) que unifique doctrina en el sentido de que «la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil». Cuando se trata de pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige (convivencia de hecho con hijos) por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial (STS 340/2012, de 13 de mayo [NCJ057186]). Por tanto, como dispone el código mencionado, como se dijo más arriba el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos en cuyo interés se establece, si bien ello tendrá lugar, como recuerda la Sentencia 277/2016, de 25 de abril (NCJ061298), «en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez».

4. Por tanto, a la vista de los apartados anteriores, como solución al caso propuesto, el ejercitante del derecho de desahucio por precario tiene derecho a ser respetado en su propiedad, y la carga sobre la misma del derecho de uso de la madre deja de existir al cumplirse la condición (venta en pública subasta) que firmaron los progenitores en el convenio. Así, adquirida la vivienda por quien fue su pareja, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la que fue su pareja y la hija menor de ambos en la sentencia dictada por el juzgado de familia, que había previsto como fecha de cese del derecho de uso, precisamente, la de dicha adquisición. A partir de entonces el uso que ella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito del proceso de familia, sino por la mera tolerancia del actual propietario, circunstancia que determina la ocupación como un precario.

*Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Código Civil, arts. 96 y 1.320.
- SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006; Pleno 861/2010, de 18 de enero; 221/2011, de 1 de abril; 340/2012, de 13 de mayo; y 277/2016, de 25 de abril.
- Resoluciones de la DGRN de 10 de octubre de 2008 y de 14 de mayo de 2009.