

# ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA TRAS CRISIS MATRIMONIAL

## (Comentario a la STS de 28 de abril de 2016)<sup>1</sup>

**Carlos Beltrá Cabello**

*Letrado de la Administración de Justicia*

---

### EXTRACTO

La posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad.

**Palabras claves:** derecho de familia, crisis matrimonial y precario.

---

*Fecha de entrada: 14-11-2016 / Fecha de aceptación: 25-11-2016*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 30 de junio de 2016).

La sentencia objeto de comentario parte de los siguientes hechos: los padres del marido, que eran propietarios de una vivienda ganancial, cedieron el uso de la misma a su hijo para que estableciera en ella el domicilio conyugal.

Ese hijo y su mujer tuvieron un hijo. El padre del marido falleció sin haber otorgado testamento. En acta de notoriedad fueron declarados herederos abintestato de aquel, por partes iguales, sus dos hijos.

Posteriormente se declaró la separación del matrimonio del hijo y su esposa y en el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a la esposa en cuanto cónyuge a quien se le atribuye la guardia y custodia del hijo menor.

Establece el artículo 96 del CC que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

En el tema de atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del CC:

Cuando el 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, 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 convenio regulador, bien en la sentencia. Y otra cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda; producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario.

Ante la posibilidad de recuperar la vivienda por los propietarios de la misma caben dos posiciones:

Una, que la atribución de la vivienda a la demandada lo es por parte de un copropietario, pues en dicha fecha el hijo ya tenía el condominio y cuyo uso se otorga en el convenio regulador, constituyendo el mismo el título que da derecho a poseer, es decir, el condominio no es ajeno al

proceso matrimonial sino que forma parte de él; además no consta que el copropietario que autorizó la atribución conferida en virtud del título dominical haya sido oído ni tampoco el otro copropietario, constando únicamente la voluntad de la demandante.

Y otra, que cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio. La regla será, por tanto, que los derechos del propietario para recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el cónyuge que la ocupa; si se prueba la existencia de contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento.

De acuerdo con el artículo 445 del CC, «la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión». Por ello, la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad.

La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda, y aunque el artículo 445 del CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla doña «Loreto» por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 no debe deducirse que siempre que exista condominio se produzca una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso de que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido la posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor.

La atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir título jurídico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posesión jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia, puesto que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda.

Debe tenerse en cuenta que para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia.

Tal y como indica la sentencia de pleno de la Sala de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los

parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

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 CC 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 CC. 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».

La jurisprudencia 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».

Por tanto, se afirma 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. 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.