

PAREJA DE HECHO. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DE HIJOS MENORES. CAMBIO EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

(Comentario a la STS de 16 de enero de 2015)¹

Carlos Beltrá Cabello

*Subdirector general de Gestión de Personal y Relaciones con la
Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid
Secretario judicial*

EXTRACTO

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 del Código Civil, último párrafo. La atribución del uso 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.

Palabras claves: pareja de hecho, modificación de medidas de hijos menores y cambio en la atribución del uso de la vivienda familiar.

Fecha de entrada: 11-05-2015 / Fecha de aceptación: 29-05-2015

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (Selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de mayo de 2015).

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 del Código Civil, último párrafo. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero, que no es el caso pero ilustra, 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.

Si bien la sentencia comentada no tiene como objeto principal esta cuestión, sí aunque sea de modo tangencial hemos de hacer referencia a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda. 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). 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).

En la sentencia objeto de comentario que puso fin a las medidas sobre el hijo menor se atribuyó a este y a su madre, por acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar. Pasado un tiempo, el padre reclama, como modificación de medidas, que se sustituya el uso de la vivienda que ocupan, que es de su propiedad, por otra situada en lugar cercano que pertenece *pro indiviso* a ambos y que en este momento ha quedado libre del arrendatario que la ocupaba.

Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso.

Asimismo, cuando se produce la referida crisis en parejas en matrimonio o no, los artículos 90 y 96 del Código Civil prevén que las medidas adoptadas por convenio (o acuerdo), o judicialmente, puedan ser en su momento modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

La atribución del uso 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. El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello, los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia han adoptado esta regla. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios.

El interés sin duda prevalente del menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del Código Civil, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio.

Siempre ha de prevalecer el interés del menor pero esa protección no implica que las circunstancias puedan alterarse siempre y cuando aquel siga intacto.

El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor, habiendo señalado la Sala Civil del Tribunal Supremo como doctrina jurisprudencial la siguiente: la atribución del uso 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.

La conclusión es que pueden modificarse las medidas por cambio de circunstancias. En el caso presente, la circunstancia de quedar disponible el piso propiedad de ambos, *pro indiviso*, es circunstancia de hecho que, como entiende la Audiencia Provincial, es bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario.

Puede añadirse para completar esta materia que la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir **hijos mayores de edad**, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del

cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Establece el artículo 96 del Código Civil en su párrafo tercero que **cuando no haya hijos**, podrá acordarse que el uso de la vivienda por el tiempo que prudencialmente se fije corresponderá al cónyuge no titular siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Ello plantea la cuestión de si la atribución del uso del domicilio familiar cuando no existen hijos menores de edad puede hacerse a favor de un cónyuge con independencia de quién sea el titular de la vivienda. Por ello puede atribuirse el uso de la vivienda ganancial a uno de los cónyuges, aunque, eso sí, estableciendo un límite temporal para el mismo, y ello no prejuzga la propiedad definitiva de la vivienda que seguirá formando parte de la masa liquidable y podrá ser adjudicada en la división del patrimonio común a cualquiera de los cónyuges.

Tampoco existe inconveniente para atribuir el uso a uno de los cónyuges cuando la misma sea propiedad indivisa de ambos. Y lo mismo ocurrirá incluso cuando la vivienda sea propiedad de un tercero. La razón es que el título o la naturaleza jurídica de la relación que posibilitó el uso por los cónyuges durante la convivencia no es obstáculo para tal atribución por cuanto el mismo seguirá desplegando sus efectos con independencia de que la vivienda sea ocupada por uno o por ambos cónyuges.

Cuando exista duda acerca de la titularidad de la vivienda, tampoco ello impedirá para proceder a la atribución del uso a favor de uno de los cónyuges ya que en cualquier caso quedará a salvo lo que resulte en el correspondiente procedimiento declarativo que, por tanto, podrá servir de base para una modificación de la medida adoptada.

Pues bien, el fundamento para la atribución de la vivienda a uno u otro cónyuge hay que encontrarlo en el interés más necesitado de protección. Para concretar en cada caso cuál sea el mismo, habrá que tener en cuenta, entre otros, los siguientes datos: la falta de disposición por parte del cónyuge solicitante de otra vivienda que le permita subvenir a su alojamiento, su falta de medios económicos para permitirle acceder a otra vivienda ya sea por compra o por alquiler, las personas que conviven junto al solicitante y, más especialmente, cuando con él convivan los hijos del matrimonio mayores de edad de manera que la falta de atribución del uso conlleve la salida de todos ellos del domicilio, las circunstancias personales del cónyuge que solicita la atribución o la utilización del domicilio como centro de trabajo.

Interpretando el precepto que se comenta, debe asignarse un carácter excepcional a la posibilidad prevista en el artículo 96 párrafo 3.º del Código Civil, y la regla general debe ser que, en ausencia de hijos del matrimonio, el uso de la vivienda se atribuya al propietario privativo de la misma.

El supuesto de hecho excepcional habilitante para permitir dicha posibilidad viene dado por una situación de auténtica necesidad o penuria económica; y con la atribución del uso de la vi-

vienda al cónyuge especialmente necesitado se trataría de establecer un periodo de tiempo más o menos reducido durante el que dicho cónyuge pueda superar dicha situación de auténtica necesidad o penuria económica y disponer de una vivienda.

Cabe resaltar aquí, que no obstante la previsión legal que posibilita en estas circunstancias la atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges, hay supuestos en que se peticiona un uso compartido de la misma que, en principio, no puede sino tacharse de semillero de conflictos. Existe, sin embargo, algún caso en que puede estar justificado, como ocurre cuando ambos carezcan de medios económicos para cualquier acceso a otra vivienda, que en la práctica no supone sino la pérdida *de facto* del derecho a la efectiva separación, o cuando la vivienda presenta posibilidades de ser dividida.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no hay hijos menores de edad estará sujeta a un límite temporal. Tal límite consistirá, en muchos casos, en la efectiva liquidación de la sociedad conyugal; ello posibilita que el cónyuge beneficiado con la medida intente dilatar al máximo el trámite liquidatorio, lo que puede solucionarse estableciendo a su vez un límite temporal para practicar tales operaciones liquidatorias, o en caso de discordia, para presentar en el juzgado la correspondiente propuesta de inventario; incluso asignando, por periodos alternos, a uno y otro cónyuge, el uso del domicilio familiar, y así sucesivamente hasta la efectiva partición del haber ganancial.

Pero adviértase en este punto que el elemento de temporalidad dependerá de una variada casuística que fluctuará en cada caso concreto.

En cualquier caso, lo que no es admisible es establecer el uso vitalicio del que fuera domicilio familiar, menos aún, si cabe, cuando la vivienda no es de la sociedad conyugal. El uso de la vivienda debe, por lo tanto, entenderse temporal y debe fijarse en la sentencia su duración en atención a las circunstancias concurrentes.

Será, por último, posible la no atribución del uso a ninguno de los cónyuges cuando no existan hijos sometidos a la patria potestad y cuando quede acreditado que no existe en el cónyuge no titular un interés necesitado de protección. Asimismo, en relación con la naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar establecido en una sentencia de separación o divorcio es de señalar la ausencia en la doctrina de una postura pacífica al respecto, puesto que mientras para un sector se configura como un verdadero derecho real, para otro no se trata más que de un derecho meramente personal que no trasciende más allá de los procesos de familia, habiendo también autores, por último, que consideran este goce de la vivienda familiar como un derecho real *sui generis*.

Tampoco hasta época cercana nuestro Tribunal Supremo ha resuelto de forma concluyente esta cuestión. Aunque en algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros, la línea más reciente no confiere a la atribución judicial de la vivienda familiar a uno de los cónyuges la naturaleza de derecho real, sino derecho de carácter

familiar cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se le ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, con los efectos que determinan en cuanto a la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges.

El derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los cónyuges no impide en modo alguno que pueda procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales.