

## VIVIENDA FAMILIAR: ATRIBUCIÓN DE USO AL PROGENITOR CUSTODIO Y A LOS HIJOS Y LAS CONSECUENCIAS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

**Casto Páramo de Santiago**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

La hipoteca que grava la vivienda familiar del inmueble adquirido por el otro cónyuge con anterioridad al matrimonio no puede considerarse una carga susceptible de oposición del derecho de uso atribuido al progenitor custodio y a los hijos por sentencia dictada en procedimiento de divorcio por el juzgado de familia, por no ser una carga anterior a la constitución del crédito hipotecario que propicia la ejecución por impago.

**Palabras claves:** divorcio, vivienda familiar hipotecada y derecho de uso.

---

*Fecha de entrada: 11-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-04-2015*

## **ENUNCIADO**

José adquirió una vivienda que fue gravada con hipoteca, y que posteriormente tras contraer matrimonio con María pasó a constituir el domicilio familiar donde vivían con sus hijos; posteriormente el derecho de uso le fue atribuido a María a quien se le otorgó la guarda y custodia de sus hijos menores y uno mayor de edad, que dependía económicamente de sus padres pues comenzaba sus estudios universitarios, y a estos. El impago del crédito hipotecario determinó la ejecución correspondiente, la posterior subasta y la adjudicación al rematante, al que le fue denegado el lanzamiento solicitado.

### *Cuestiones planteadas:*

1. Derecho de uso de la vivienda familiar y derecho del rematante adjudicatario; acciones del adjudicatario de la vivienda.
2. Conclusión.

## **SOLUCIÓN**

1. En el caso propuesto pugnan dos derechos; el que tiene el rematante adjudicatario de la vivienda a que se le entregue el inmueble y por otro el derecho de uso que tiene María y sus hijos, y por tanto seguir ocupando el inmueble, derechos que tienen una diferente consideración, ya que nacen de hechos diferentes y deben ser estudiados para ver cuál ha de prevalecer.

El derecho de uso de la vivienda familiar tiene una finalidad tuitiva del interés más necesitado de protección, que en los procedimientos matrimoniales es el de los hijos menores de edad, conforme a la regulación que de este derecho hace el artículo 96 del Código Civil, en el principio *favor filii*, consagrado por el artículo 39 de la Constitución Española. Este principio no solo alcanza a los hijos menores sino también a los mayores de edad en los que se dan las circunstancias exigidas legalmente para establecer, en este tipo de procedimientos, la obligación de fijar alimentos con cargo a los progenitores (convivencia con alguno de los progenitores y carencia de ingresos propios). Pues bien, cuando se den las circunstancias que determinen la fijación de prestación alimenticia para la cobertura de las necesidades de los hijos mayores de edad, estas mismas

podrán ser igualmente determinantes para concretar a quien corresponde la atribución del uso de la vivienda familiar (SAP de Madrid de 5 de julio de 2002 y SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000, entre otras muchas). No obstante, debe hacerse notar que la protección y asistencia debida a los hijos menores de edad es incondicional y deriva directamente de la propia Constitución y, en cambio, para que proceda respecto a los hijos mayores de edad, será precisa la existencia de una ley que así lo establezca y concrete.

En tal sentido, el citado artículo 39 de la Constitución en su apartado tercero señala que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda. Lo expuesto tiene su importancia, pues de lo constatado y de la regulación legal de la prestación de alimentos para unos y para otros, en los supuestos de crisis matrimonial, resulta que los hijos menores tienen un derecho asistencial más extenso y amplio que el que le corresponde a los hijos mayores de edad que conviven en el hogar familiar y carecen de ingresos propios. El de los primeros tiene como finalidad última mantener, en la medida de lo posible, el nivel de vida del que han venido disfrutando vigente la convivencia; limitándose el de los segundos al derecho de alimentos estricto (arts. 142 y ss. del CC). Todo lo anterior tiene su incidencia a la hora de modular el criterio normativo de atribución de la vivienda familiar que se analiza. Y así, en el caso de que existan hijos menores, resulta de aplicación casi automática.

Se ha destacado por la jurisprudencia 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 estos. De aquí que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis 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. Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio, y dicha protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90 B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

Hasta qué punto puede afectar esta doctrina al adjudicatario del bien que tiene derecho a la entrega de la vivienda adquirida en la subasta derivada de la ejecución hipotecaria; por un lado se le deniega el lanzamiento y por otro no parece que tenga otra posibilidad de plantear judicialmente el procedimiento de desahucio por precario con la finalidad de hacer efectivo su derecho.

Se puede decir que estamos en presencia de un caso claro de precario, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 2 de octubre de 2008) que establece que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un

precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial». Considera la Sala 1.<sup>a</sup> que «el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte –porque no pueden serlo– en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya 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 la cesión del uso de la vivienda».

En este sentido, es importante mencionar la Sentencia de 14 de enero de 2014 dictada por el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que establece que el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se le atribuye la guarda y custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostente 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 (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

Por tanto, la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no serviría para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues 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 (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008).

Por tanto, la atribución en el proceso de separación matrimonial o divorcio no constituye, por sí mismo, título que excluya el precario o que de alguna manera impida que se lleve a cabo el desahucio, ya que la naturaleza de esa atribución no es constitutiva puesto que no crea ni modifica ni extingue relación jurídica alguna que cualquiera de los esposos pudiera tener con un tercero. Lo único que en el proceso matrimonial se determina es cuál de los cónyuges ha de salir del domicilio familiar, manteniéndose el otro cónyuge en él, pero sin que ello pueda alterar la naturaleza o concepto en que los esposos venían ocupando la vivienda, ya que el pronunciamiento que en esta materia se da en el proceso matrimonial afecta solo al uso de la vivienda pero no al título del que deriva ese uso. En otro caso, quien ejercita la acción de desahucio por precario quedaría en situa-

ción de franca indefensión pues obviamente no pudo intervenir en aquel proceso de separación o de divorcio, del mismo modo que la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial no puede generar un derecho de superior rango al que antes tenía sobre ella el matrimonio. Así, quienes ocupaban en precario la vivienda no pueden pretender después de la separación o divorcio una protección posesoria superior a la que tenían anteriormente (en tal sentido, se pronuncian numerosas SAP de Sevilla de 8 de octubre de 1997, de Valencia de 17 de mayo de 2000, de La Coruña de 29 de enero de 2002 o de Almería de 1 de junio de 2009).

2. En conclusión, la acción que debería ejercitarse sería la de desahucio por precario por parte del adjudicatario sin que por María pudiera alegarse ningún supuesto de enervación; y ese derecho de uso atribuido por la sentencia de divorcio queda delimitado a las relaciones entre las partes del procedimiento de divorcio, así José debería obtener el consentimiento de María para cualquier acto de disposición de la vivienda. La resolución judicial afecta a esas partes del procedimiento pero no a terceras personas ajenas a ese procedimiento y no puede ser admitida por el juez que conozca del desahucio, y no debe olvidarse que la constitución de la hipoteca se realizó por el propietario del bien ese momento, José, ni puede alegarse el artículo 1.320 del Código Civil, pues no existía matrimonio ni era vivienda familiar en ese momento. El consentimiento tras el matrimonio por parte de María de que dicho inmueble fuera la vivienda familiar no permite que sea de aplicación el artículo 669.2 de la LEC que establece «que por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor»; es indiferente al adjudicatario tras la subasta de la vivienda del exmarido la existencia de esa carga que supondría el derecho de uso concedido judicialmente porque es anterior a la constitución del préstamo hipotecario y afecta exclusivamente, como se ha dicho, a las partes de dicho procedimiento. Sería por tanto estimable la acción de desahucio que se emprendiera por el propietario del inmueble contra los ocupantes de la vivienda como precarista.

### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Constitución Española, art. 39.
- Código Civil, arts. 87, 90, 91, 96 y 103.2 y 1.320.
- Ley 1/2001 (LEC), art. 669.2.
- SSTs de 26 de diciembre de 2005, de 2 de octubre de 2008 y de 14 de enero de 2014.
- SSAP de Sevilla de 8 de octubre de 1997, de Valencia de 17 de mayo de 2000, de La Coruña de 29 de enero de 2002, de Almería de 1 de junio de 2009, de Madrid de 5 de julio de 2002 y de Barcelona de 17 de abril de 2000.