

LA CONVIVENCIA DE LA ESPOSA CON TERCERO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

Palabras clave: divorcio, vivienda familiar.

ENUNCIADO

Juan se divorció de mutuo acuerdo de su esposa en un proceso en el año 2001, en el cual la vivienda familiar fue atribuida en su uso a su esposa que era la encargada de la guarda y custodia del hijo menor de ambos. Juan ha tenido conocimiento de que su ex esposa desde hace un tiempo convive con una nueva pareja en el domicilio atribuido a ella y desea iniciar un proceso de modificación de medidas para poner fin a esa situación al entender que la aparición de esta convivencia es un elemento nuevo determinante, que le debe permitir accionar en relación con la atribución sobre la vivienda. Informar sobre las posibilidades de que la pretensión de Juan tenga éxito.

CUESTIONES PLANTEADAS:

La convivencia marital de la esposa con un tercero como causa de extinción de la atribución de la vivienda conyugal y soluciones posibles para articular los derechos de los cónyuges sobre la vivienda ganancial.

SOLUCIÓN

El tradicional esquema de funcionamiento de nuestros tribunales a la hora de resolver sobre estas cuestiones ha sido el de que, de existir hijos menores, la guarda y custodia de los hijos se le

otorga a la madre y ello conlleva inevitablemente la adjudicación a la esposa de la vivienda familiar, si bien manteniéndose en *proindiviso* la propiedad de la finca entre ambos esposos.

Esta situación se suele prolongar en el tiempo y, como consecuencia, solo la independencia de los hijos y su salida del domicilio familiar permiten al esposo pretender algún cambio sobre el disfrute de la finca. Ello unido al problema de que el esposo se tiene que solucionar su problema de vivienda. Esta situación, que no es precisamente satisfactoria para el esposo, debe ir cambiando con soluciones más imaginativas acerca de la situación en que queda la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial: cabe pensar en adoptar medidas como la venta a tercero de la finca y posterior reparto de precio, fijación de unos topes de tiempo a favor del marido o adjudicación de la vivienda a uno con compensación económica para el otro copropietario, pero eso sí, debe hacerse compatible cualquiera de estas soluciones con el amparo del interés del menor.

Hechas estas premisas, y acudiendo al caso planteado, no puede ocultarse que el pacto por el que se atribuyó a la esposa y al hijo que en su compañía quedaba el uso y disfrute del que hasta entonces había sido hogar familiar venía directamente condicionado tanto por el hecho de que tal atribución resultaba más favorable al citado hijo, como por la propia situación personal de los cónyuges al tiempo de su separación; esto es, que con el establecimiento de la medida quiso darse la respuesta más adecuada al conflicto surgido de la ruptura matrimonial, sin atender a otros elementos de convicción que los que la realidad familiar ofrecía y que era la de unos esposos separados, un hijo de su matrimonio, y un piso-vivienda común-ganancial.

Ahora bien, si la evolución de los acontecimientos ha venido a cambiar semejante estado de cosas modificando lo que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo, introduciendo en escena a una tercera persona, con quien la esposa ha iniciado una relación sentimental estable, hasta el punto de hacer con él vida marital en el mencionado piso, resulta innegable que se ha producido una esencial modificación de las circunstancias que en su momento fueron tomadas en cuenta para el establecimiento de la medida atributiva del uso del piso (art. 91, último inciso, CC), ya que, de no entenderlo así, habría que admitir como lógico lo que a todas luces nos parece inadmisibles por absurdo, esto es, que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial asignada a una esposa separada y al hijo de su matrimonio para la protección de su más favorable interés, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad alguna de acción por parte del marido, cotitular de la vivienda. Y es que, en definitiva, si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando en relación con la vivienda.

Este planteamiento, entendemos que no tiene por qué afectar a la medida relativa a la custodia del hijo menor del matrimonio, que no hay razón para modificar, ni implica tampoco la atribución a Juan de la vivienda debatida, para lo cual no habría ninguna razón válida, sino que significa, sin más, que el interesado podrá instar en cualquier momento la liquidación del inmueble común que constituyó el domicilio familiar, solicitando su venta para la equitativa distribución del precio, o con-

viniendo la adjudicación a uno de los cotitulares, con la correspondiente compensación a favor del otro. Esto conjuga perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso de derecho.

Cuanto precede determina la consideración final de que Juan puede perfectamente iniciar su acción procesal con bastantes garantías de éxito, decretándose, por ende, la extinción de la atribución del uso de la vivienda ganancial a favor de la esposa e hijo, pudiendo las partes, desde ahora, proceder a la venta de la misma o su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 91.
- SSAP de Granada de 25 de enero de 2006 y de Madrid de 19 de marzo de 2007.