

Vivienda familiar durante la separación divorcio o nulidad

Atribución y modificación de la atribución.

Especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo N° 641/2018, Recurso 982/2018, de 20 de noviembre del 2018

¿Qué entendemos por la vivienda familiar?

*Atendiendo **al artículo 68 CC**, es aquella en la que los cónyuges cumplen la obligación legal de vivir juntos*

¿Dónde está regulado el uso de la vivienda familiar?

El uso de la vivienda familiar en los llamados casos de crisis del matrimonio se encuentra regulado en el **Art. 96 del Código Civil**.

1

Los cónyuges pueden, mediante el **convenio regulador**, fijar cuál de ellos continuará con el uso de la vivienda.

2

En el caso de que dicho uso **no estuviera acordado**, será el juez quien resuelva conforme a tres criterios contenidos en el mismo **Art. 96 del Código Civil**:

- En defecto del acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponderá a los **hijos y al cónyuge en cuya compañía queden**. Existe una reiteración de la doctrina jurisprudencial según la cual la atribución de la vivienda familiar corresponde a los hijos menores, en tanto lo sigan siendo, y al cónyuge que con ellos quede. Así lo considera, entre otras, la STS, Sala de lo Civil, N.º 451/2011, de 21/06/2011, Rec. 1766/2008.
- Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, **el Juez resolverá lo procedente**.
- No habiendo hijos, **podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular**, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para ello, es preciso tener en cuenta lo recogido en la STS, Sala de lo Civil, N.º 700/2012, de 14/11/2012, Rec. 785/2010.

El **artículo 96 CC** se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar

*Estableciendo la **preferencia de los hijos comunes y del progenitor al que se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección**, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho.*

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

Crerios de atribución

```
graph TD; A[Crerios de atribución] --> B[Acuerdo de las partes]; A --> C[Atribución judicial];
```

Acuerdo de las partes

Atribución judicial

Acuerdo entre las partes

Las peticiones de separación o divorcio, siempre y cuando se hiciesen de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno solo con el consentimiento del otro, se regirán por el procedimiento establecido en el artículo 777 de la L.E.C. También pueden transformarse en procedimientos de mutuo acuerdo los presentados inicialmente como contenciosos siempre y cuando concurren los requisitos señalados en el artículo 777 de la L.E.C.

Respecto a la **solicitud de nulidad civil** del matrimonio, hay que matizar que únicamente puede ser declarada por vía contenciosa, es decir, no puede ser solicitada de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, o uno de ellos con el consentimiento del otro, acompañando un convenio regulador cuando se presenta la solicitud, ni tampoco iniciarse de forma contenciosa y después transformarla en un procedimiento de mutuo acuerdo. Lo que sí puede hacerse en estos casos es presentar unas medidas provisionales previas a la presentación de la demanda, o unas medidas coetáneas o definitivas. También se puede presentar la demanda contenciosa únicamente para que se declare la nulidad del matrimonio y, una vez finalizado el juicio y declarada en sentencia que se ha probado la causa o causas de nulidad, presentar un convenio regulador para que sea aprobado judicialmente y rija las relaciones personales, familiares y patrimoniales en el futuro.

Acuerdo entre las partes

Convenio regulador

El Convenio regulador es un **negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos** (TS, Sala de lo Civil, N.º 233/2012, de 20/04/2012, Rec. 2099/2010). En él intervienen los particulares y la autoridad judicial, y tiene por finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio, incluyendo, a este respecto, una serie de pactos entre los cónyuges, cuyo contenido mínimo está integrado por las medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, atribución del uso de la vivienda familiar, alimentos y cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico matrimonial y pensión compensatoria (Diccionario del español jurídico de la RAE y CGPJ).

Contenido mínimo del Convenio regulador

Su campo "operativo" es el de los supuestos de "crisis del matrimonio" y su contenido mínimo se relaciona en el Art. 90 del Código Civil, que indica que deberá pronunciarse al menos acerca de:

- ❑ El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- ❑ Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos.
- ❑ La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- ❑ La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- ❑ La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio
- ❑ La pensión que, conforme al artículo Art. 97 del Código Civil, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

The background of the slide features a faded image of a two-story house with a gabled roof and a chimney on the left. Overlaid on the right side of the house is a large, semi-transparent image of a wooden gavel, positioned diagonally from the bottom left towards the top right.

El convenio regulador producirá efectos una vez sea aprobado judicialmente.

El convenio regulador producirá efectos una vez sea aprobado judicialmente. En el momento de dicha aprobación, podrá hacerse efectivo por la vía de apremio. Es el Art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que se ocupa, entre otros asuntos relacionados, del proceso de aprobación del convenio regulador en los supuestos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con consentimiento del otro.

Acuerdo entre las partes

Pacto entre las partes

Del mismo modo, **pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales previas** (STS 1053/2007, de 17 octubre), **ya sea en documentos complementarios** (STS 217/2011, de 31 marzo).

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio, presentados ante el órgano judicial, serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos (como es el caso de que los pactos no garanticen suficientemente los alimentos, educación y formación integral de los mismos) o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

The background of the slide features a faded image of a two-story house with a gabled roof and a chimney on the left. Overlaid on the right side of the house is a large, semi-transparent image of a wooden gavel, positioned diagonally from the bottom left towards the top right.

Pacto entre las partes

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges en juicio, podrán ser modificadas, judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Las medidas que hubiesen sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el Código Civil.

Atribución judicial

Cuando las partes no llegan a un acuerdo una vez producida la quiebra familiar, es necesario solicitar el amparo de los tribunales para regular la situación, así como temas tan delicados como quién se quedará con el uso de la vivienda familiar, la pensión de alimentos, compensatoria, visitas, etc.

Atribución judicial

Con hijos menores

Custodia
exclusiva

Distribución
de la
custodia

Custodia
compartida

Atribución
de la
custodia a
otros
parientes

Atribución judicial

Con hijos menores

Custodia exclusiva

Según el régimen existente antes de que entrase en vigor la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron los artículos del código civil relativos a la guarda y custodia de los hijos menores, lo que se hacía habitualmente era atribuir la guarda y custodia a uno de los progenitores (normalmente a la madre de forma automática) y (también de forma automática) se atribuía el uso y disfrute de la vivienda a los menores y al progenitor bajo cuya custodia quedaban.

El otro progenitor, denominado “no custodio”, tendría derecho a visitar y estar en compañía de los hijos, a veces con supervisión, en atención a la edad del menor, el apego afectivo, o supuestos de violencia de género.

Actualmente, cada vez es más frecuente el régimen de custodia compartida, pero aún se siguen solicitando y concediendo custodias exclusivas, en base a las circunstancias del caso, como son el interés del menor, la edad del menor y su arraigo afectivo a uno de los progenitores, la posibilidad de poder atender mejor al menor, el domicilio, el colegio, las circunstancias familiares y personales de los progenitores, informes psicosociales, etc.

Atribución judicial

Con hijos menores

Distribución de la custodia

Si bien, tradicionalmente, la custodia solía otorgarse con carácter exclusivo a uno de los progenitores, hoy en día los equipos psicosociales aconsejan cada vez más el modelo de custodia compartida. Este modelo va ganando poco a poco terreno frente a la custodia exclusiva, por entenderse que es el más beneficioso para los menores.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no existe un modelo de distribución que se pueda aplicar de forma automática a todos los supuestos de crisis familiar por las circunstancias de cada caso.

Lo que sí existe es una especie de consenso respecto a que la distribución de la custodia entre los progenitores debe establecerse teniendo en cuenta factores tales como la edad de los hijos, las circunstancias personales y laborales de los padres, y su disponibilidad temporal.

Atribución judicial

Con hijos menores

Distribución de la custodia

De esta forma, cuando los descendientes son pequeños, es aconsejable un régimen de estancia corto, por ejemplo, semanal, o incluso por días, a determinadas horas cuando se trata de lactantes. Según los menores vayan creciendo, se recomiendan períodos de estancia más largos, como quincenales, mensuales, o anuales, debiendo establecerse en este caso un régimen de comunicación y estancias con el otro progenitor, para evitar el desarraigo emocional u otros perjuicios.

Atribución judicial

Con hijos menores

Distribución de la custodia

¿Cuál es el modelo más normalizado en la práctica judicial?

El modelo más recomendado por los psicólogos adscritos a los juzgados, el más propuesto por las partes en los convenios reguladores por ellas suscritos, y, en consecuencia, el más seguido por nuestros Tribunales, es el de distribución de estancias por semanas alternas con una tarde semanal de contacto (e incluso pernocta) con el otro progenitor. Se entiende con ello que la semana es un lapso que objetivamente permite una adecuada distribución de responsabilidades entre los progenitores, y que no precisa –aunque no se impida hacerlo– la fijación, a su vez, de días de estancia del menor con el otro progenitor con el que no convive esa semana.

Atribución judicial

Con hijos menores

La guarda y custodia compartida de los hijos menores tiene carácter excepcional, tal y como se desprende del 92.8 del Código Civil.

Dicho precepto establece que, excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable (esta expresión ha sido declarada inconstitucional) del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Custodia
compartida

Atribución judicial

Con hijos menores

Custodia compartida

No ha de entenderse que la guarda y custodia compartida de los hijos menores en caso de separación o divorcio, a pesar de resultar excepcional, únicamente puede ser acordada por el Ministerio Fiscal. Lo que determina el Código Civil es que, en el supuesto de que ambos progenitores no estén de acuerdo (92.5 del Código Civil a sensu contrario), la custodia compartida podrá ser dictaminada excepcionalmente por el juez, previo informe del Ministerio público.

Todavía no existe precepto legal alguno que otorgue libertad al juez para establecer el régimen que estime conveniente en relación con los hijos menores, ya sea monoparental o compartido. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 257/2013, de 29 de abril de 2013, R. 2525/2011, ha sentado jurisprudencia respecto a la guarda y custodia compartida en los procesos de separación y divorcio. Así, dice el Alto Tribunal que la redacción del Art. 92 del Código Civil **no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores sea efectivo, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en tanto en cuanto lo sea.**

Custodia compartida

Con
vivienda
fija para el
menor

Con
asignación
para el
menor del
domicilio

Con
vivienda
rotatoria
para los
hijos

Sin
asignación
de
domicilio

Custodia compartida

En este supuesto nos encontramos en una situación también conocida como el sistema del piso-nido. El piso nido consiste en mantener una vivienda fija para el menor (no necesariamente la vivienda familiar), a la que los progenitores se van trasladando cada vez que les toca estar con él. Para este sistema es necesario contar como mínimo con otro piso compartido por los progenitores o con tres pisos.

El problema de este sistema es que, por un lado, los progenitores no suelen pactarlo y la jurisprudencia no suele acordarlo por calificarlo de fuente segura de conflictos. Aunque la relación entre los progenitores sea razonablemente buena tras la ruptura, compartir la vivienda de este modo puede ocasionar problemas (Por ejemplo, en relación con los consumos, o si la casa está más o menos limpia, más o menos ordenada, si falta o no se han repuesto suministros, etc.), y puede ser complicado mantener este tipo de “convivencia” a largo plazo. Pensemos también en la pérdida relativa de intimidad o en las nuevas parejas. Por ello, los tribunales no acuerdan este sistema a no ser que lo soliciten las partes de mutuo acuerdo.

Con vivienda
fija para el
menor

Custodia compartida

Con asignación
para el menor
del domicilio

En esencia, es el mismo sistema del piso-nido. La diferencia es que en este supuesto la vivienda familiar se adjudica al menor y los progenitores se turnan en el uso de la que ha sido la vivienda familiar hasta la ruptura. Los hijos permanecen en ella y son los padres los que entran y salen en los periodos de uso que se fijen. Cada semana, cada quincena o cada mes, en función del reparto del tiempo que se haya establecido para el ejercicio de la custodia compartida.

Plantea los mismos inconvenientes que el sistema de vivienda fija para el menor.

Custodia compartida

Con vivienda
rotatoria para
los hijos

Los progenitores tienen cada uno una vivienda y serán los hijos los que tendrán que desplazarse a la vivienda de cada progenitor para estar con ellos durante el período que les corresponda ejercer la custodia.

Custodia compartida

Sin asignación
de domicilio

Hasta hace unos pocos años, en nuestro sistema de derecho de familia, cuando se producía una situación de crisis o quiebra familiar, se aplicaba por defecto el sistema de custodia exclusiva a favor de uno de los progenitores (casi siempre a la madre), lo que llevaba aparejado la atribución de la vivienda familiar al interés más necesitado de protección, esto es, a los hijos menores y en consecuencia a la madre, sin posibilidad de limitación alguna por aplicación del art. 96 p. 1º del C.C., aunque la propiedad fuese de uno de los miembros de la pareja, de ambos o de un tercero, en base a la aplicación del principio favor filii (a favor del hijo) o favor minoris (a favor del menor).

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de modificación de determinados artículos del Código Civil sobre guarda y custodia, la custodia compartida ha perdido el carácter excepcional que aún a día de hoy le confiere el Código Civil, disponiendo el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 25 de abril de 2014 que dicha medida es normal y deseable, para a continuación dictar numerosas sentencias que otorgan “pautas” que permitan regular las demás medidas inherentes a este sistema de custodia, como las derivadas de la pensión de alimentos o, en el caso que nos ocupa, la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar.

Custodia compartida

Sin asignación
de domicilio

El Tribunal Supremo entiende –Sentencia de 17 de noviembre de 2015– que el principio de protección de los menores en el caso de guarda y custodia compartida se encuentra, no ya en la necesidad de proteger a los menores otorgándoles el uso de una vivienda, sino en compaginar los periodos de estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores. Los hijos ya no residirán habitualmente en un domicilio: habitarán, con la periodicidad establecida, en el domicilio de cada uno de los progenitores.

Si bien anteriormente existía solo una única residencia, ahora existen dos viviendas; por lo que no es necesaria la adscripción de la vivienda familiar como protección del menor, lo que permite a los tribunales establecer las medidas que sean más adecuadas, conforme a la valoración de las demás circunstancias existentes.

Atribución judicial

Con hijos menores

Atribución de la custodia a otros parientes

El Art. 103 del Código Civil señala que, una vez admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, y entre otras, las siguientes medidas: Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. *Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.*

Atribución judicial

Con hijos menores

Atribución de la custodia a otros parientes

La custodia de un nieto o un sobrino solo se puede obtener si los dos padres tienen retirada la patria potestad o ambos han fallecido; pero hay casos en los que el juez otorga las funciones tutelares a los abuelos, tíos o parientes allegados, siempre velando por el interés de los menores. Estos casos tienen que estar fundamentados en causas muy importantes y graves, como puede ser la ausencia de los progenitores, su incapacidad para ejercer las responsabilidades propias de la patria potestad, drogodependencias, toxicomanías graves o reclusión en establecimientos penitenciarios. En caso de concederse, se debe fijar un amplio régimen de visitas de los niños a sus padres para fomentar la relación paternofilial.

Atribución judicial

Con hijos mayores económicamente dependientes

Es de aplicación lo normado en el Art. 96 del Código Civil el cual nos expone 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.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

Según este precepto, en primer lugar se otorgará el uso y disfrute de la vivienda familiar a los menores y al progenitor que los guarde, si bien, tanto en el caso de que alcancen la mayoría de edad como si no existiesen hijos, primarán las circunstancias de los cónyuges, destacando la más necesitada de protección.

Por tanto, debemos concluir que los aspectos determinantes para la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar son la falta de acuerdo, el interés de superior protección y la temporalidad de la atribución.

Atribución judicial

Con hijos mayores de edad con discapacidad

Incapacitados

Sin declaración de
incapacidad

Atribución judicial

Con hijos mayores de edad con discapacidad

Incapacitados

Respecto de los hijos mayores de edad discapacitados, el Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 31/2017 de fecha 19/01/2017 que estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

Atribución judicial

Con hijos mayores de edad con discapacidad

Sin
declaración de
incapacidad

Nuestro Tribunal Supremo viene a complementar con dicha aclaración lo que había manifestado anteriormente sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. En lo que sí se había manifestado era a propósito del derecho a los alimentos en las sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015. En la primera de ellas, estableció la siguiente doctrina jurisprudencial:

«(...) la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los menores.

Con la Sentencia de 19 de enero de 2017, el Supremo deja clara la doctrina que sienta respecto de los hijos mayores con discapacidad (declarada o reconocida pero sin declarar), que es la atribución, de forma temporal, de la vivienda familiar al interés más digno de protección, que será el discapacitado, y al progenitor que se encarga de sus cuidados y atenciones.

Atribución judicial

Sin hijos

A este respecto, es de aplicación lo normado en el Art. 96.III del Código Civil el cual nos expone que:

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Según este precepto, en primer lugar se otorgará el uso y disfrute de la vivienda familiar a los menores y al progenitor que los guarde, si bien, tanto en el caso de que alcancen la mayoría de edad como si no existiesen hijos, primarán las circunstancias de los cónyuges, atendiendo la más necesitada de protección.

Por tanto, debemos concluir que los aspectos determinantes para la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar son la falta de acuerdo, el interés de superior protección y la temporalidad de la atribución, aunque en supuestos de titularidad de la vivienda por parte del cónyuge con el interés más digno de protección, no se aplica el principio de temporalidad.

Atribución judicial

En situación de violencia de género

En los supuestos de violencia de género o violencia machista, partimos de la base de que la víctima, por definición, es siempre una mujer (pues no existe el delito de violencia de género donde el sujeto pasivo sea el varón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una cuestión que se ha de resolver cuando se adoptan medidas provisionales, coetáneas o previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (arts. 103.2.º y 104 CC). Incluso se podrían adoptar antes, en los casos de violencia de género, dentro de las medidas cautelares civiles que se pueden adoptar en una orden de protección (art. 544 ter. 7 pf. 2.º LECrim.). **En una situación de violencia de género, a la hora de atribuir la vivienda familiar, se aplica el principio del interés más digno de protección. En el supuesto de existir hijos menores de la pareja, será el interés de estos; si no los hay o son mayores de edad, será el interés de la víctima.**

1

Los cónyuges pueden, mediante el **convenio regulador**, fijar cuál de ellos continuará con el uso de la vivienda.

2

En el caso de que dicho uso **no estuviera acordado**, será el juez quien resuelva conforme a tres criterios contenidos en el mismo **Art. 96 del Código Civil**:

- En defecto del acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario corresponderá a los **hijos y al cónyuge en cuya compañía queden**. Existe una reiteración de la doctrina jurisprudencial según la cual la atribución de la vivienda familiar corresponde a los hijos menores, en tanto lo sigan siendo, y al cónyuge que con ellos quede. Así lo considera, entre otras, la STS, Sala de lo Civil, N.º 451/2011, de 21/06/2011, Rec. 1766/2008.
- Cuando alguno de los hijos quede en compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, **el Juez resolverá lo procedente**.
- No habiendo hijos, **podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular**, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para ello, es preciso tener en cuenta lo recogido en la STS, Sala de lo Civil, N.º 700/2012, de 14/11/2012, Rec. 785/2010.

La atribución de la vivienda familiar, así como de los bienes muebles de uso doméstico, **no tiene carácter definitivo e inmutable** en sentencia.

Es decir, pese a que tiene efectos de cosa juzgada, no es inmutable ni permanece inatacable, sino que pueden surgir una serie de circunstancias o supuestos que ocasionen la solicitud de la modificación de la atribución inicialmente acordada, y dar lugar a que se modifique dicha atribución de uso a la otra parte de la pareja.

Cambio de
titularidad
de la guarda
y custodia

Mayoría de
edad de los
hijos

Falta de
ocupación
de la
vivienda

Abuso de la
ocupación
de la
vivienda

Desaparición
del inmueble

Convivencia
marital de
una tercera
persona
(última
sentencia del
TS)

Modificación de la atribución

Cambio de titularidad de la guarda y custodia

Vamos a realizar un análisis de los supuestos más habituales de cambio de la titularidad de la guarda y custodia, que pueden llevar aparejada la modificación de la atribución de la vivienda familiar:

- Deseo de los menores.
- Abandono de los menores.
- Malos tratos físicos o psíquicos hacia los menores también son causa de modificación de la guarda y custodia.
- Adicciones graves al alcohol, drogas, e incluso a la ludopatía.
- Ingreso en prisión.
- Desequilibrios emocionales y trastornos mentales.
- El “síndrome de alienación parental”.

Los anteriores hechos conllevan que sea nuevamente preciso valorar las circunstancias que envuelven a ambos progenitores y a los descendientes, sobre todo si son menores, y, en base a ello, decidir, según lo establecido en el Art. 96 del Código Civil, qué interés es más digno de protección. Esto puede dar lugar a una casuística muy variable como que el cambio de custodia sea temporal o indefinida, que conlleve la atribución de la vivienda (también de manera temporal o indefinida), que no haya cambio de atribución, o que se acuerde la suspensión temporal o indefinida, e incluso la privación de la patria potestad atendiendo a la gravedad del caso.

Modificación de la atribución

Mayoría de edad de los hijos

El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de 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 que legalmente proceda.

En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio favor filii (a favor del hijo) o favor minoris (a favor del menor), el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del Derecho de seguir usando la vivienda familiar.

Modificación de la atribución

Falta de ocupación de la vivienda

El hecho de que se atribuya al progenitor custodio y a los hijos el disfrute de la vivienda familiar implica que hagan uso de la misma. De este modo, cuando esto no sea así, el otro progenitor puede solicitar la modificación de lo acordado con relación a aquella atribución. No obstante, para que esta petición surta efecto es necesario:

- ☐ Que quede acreditado que ni los hijos ni el progenitor custodio utilizan la vivienda por estar residiendo en otra, ya sea dentro de la misma ciudad o en otra ciudad o país distinto.
- ☐ Que las circunstancias que del progenitor no custodio hagan que su interés sea el más digno de protección.

Modificación de la atribución

Abuso de la ocupación de la vivienda

En cuanto a lo que supone la ocupación abusiva de la vivienda familiar por parte del progenitor que la tenía atribuida como efecto reflejo de la atribución de la guarda y custodia de los menores, no existe una definición clara. La doctrina, y también la jurisprudencia menor, solían (y alguna todavía lo hace) citar como ejemplos de utilización abusiva de la vivienda familiar algunos de los motivos que ya han sido objeto de estudio, tales como:

- El abandono de la vivienda familiar para irse a vivir a otro lugar o con una nueva pareja en el domicilio de aquella.
- El alquilar la vivienda para trasladarse a vivir en otra más barata y así obtener un lucro (lo que supondría además un enriquecimiento injusto, sobre todo cuando la vivienda es privativa del progenitor no custodio o ganancial o en copropiedad).
- El supuesto de la convivencia marital o pseudomarital con una tercera persona, lo cual será objeto de estudio más adelante.

Por lo tanto, esta causa puede ser invocada autónomamente en una demanda de modificación de medidas o como un argumento más cuando concorra con alguna de las otras causas ya mencionadas de modificación de la atribución de la vivienda.

Modificación de la atribución

Hay básicamente tres posturas. Así, la STS de 9 de mayo de 2012 señala:

“Las Audiencias Provinciales mantienen soluciones contradictorias:

(a) la postura mayoritaria, consiste en la negación de la atribución del uso y disfrute de la vivienda distinta de aquella que constituye el domicilio familiar, dado que el art 96 del CC no prevé la asignación de otra distinta. En este grupo se incluyen las sentencias de la Audiencia provincial de Valencia, sección 10, 640/2002, de 4 diciembre; 661/ 2002, de 12 diciembre y 170/2003, de 27 marzo, así como otras que cita.

(b) La postura minoritaria, incluye sentencias que, atendiendo al caso concreto, declaran la posibilidad de atribuir viviendas distintas a los solos efectos de cubrir las necesidades de habitación, y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Cita las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 528/2001, de 25 mayo y 269/2003, de 13 marzo .

(c) postura intermedia, en algunas sentencias en las que se ha negado la atribución del uso y disfrute de vivienda distinta a la habitual, se asigna la administración a uno de los cónyuges, también en casos de necesidades de habitación, y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Se citan las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 608/2005, de 19 julio, y sección 22, 560/2007, de 25 septiembre, entre otras”.

Desaparición
del inmueble

Modificación de la atribución

Convivencia
marital de
una tercera
persona

La STS N.º 641/2018, Rec. 982/2018 de 20/11/2018 hacía referencia al efecto que produce la convivencia del progenitor custodio con una nueva pareja respecto del uso de la vivienda familiar atribuido en la sentencia de divorcio.

El Alto Tribunal viene a establecer que, en caso de divorcio, el padre o la madre que vive con sus hijos en la vivienda familiar en régimen de gananciales, que tiene una pareja estable y que entra a vivir en ella, perderá el derecho al uso de la vivienda familiar. Una vez quede liquidada la sociedad de gananciales, el cónyuge tendría que abandonar la vivienda.

Modificación de la atribución

Convivencia
marital de
una tercera
persona

La sentencia recurrida ante el TS había acordado la extinción del derecho de uso en el momento en que se procediese a la liquidación de la sociedad de gananciales, por considerar que la entrada de una tercera persona en la vivienda hacía perder a esta su antigua naturaleza de vivienda familiar al servir ahora en su uso a una familia distinta y diferente.

El Supremo desestima el recurso de casación interpuesto fundando en un único motivo por infracción del artículo 96.1 del Código Civil, al considerar que debe primar el interés del menor, y no el patrimonial de los progenitores. Los argumentos de la sentencia recurrida son ratificados al entender que la introducción de un tercero en la vivienda, en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, cambia el estatus del domicilio familiar, de igual modo que afecta a otros aspectos: **Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.**

Gracias por su asistencia



iberley

el valor de la confianza



COLEX