

Trabajo Final de Máster

DICTAMEN

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA
FAMILIAR EN UN PROCEDIMIENTO DE
SEPARACIÓN O DIVORCIO



Universidad de Valladolid

Cristina Giralda Oyagüe

Tutor: Jacobo Mateo Sanz

ENERO 2020

ÍNDICE

- 1) La vivienda familiar. Concepto.
 - 1.1) Fijación de la vivienda familiar.
 - 1.2) Hechos que conllevan a la pérdida del carácter del domicilio familiar.

- 2) Descripción de los antecedentes.
 - 2.1) Hechos y datos en los que se basa el problema.
 - 2.2) Documentación de la que disponer.

- 3) Análisis jurídico.
 - 3.1) Fuentes aplicables al caso
 - 3.2) Normativa aplicable.
 - 3.3) Jurisprudencia aplicable.

- 4) Cuestiones que se plantean.
 - 4.1) Cuestiones sustantivas.
 - 4.2) Cuestiones procesales.

- 5) Dictamen.

- 7) Bibliografía.

SUPUESTO DE HECHO

Lidia y Juan, que es hijo único, contrajeron matrimonio sin tener una vivienda familiar donde residir, motivo por el cual, los padres de Juan –Diodoro y Mercedes– decidieron dejarles vivir, mientras buscaban otra casa, en un inmueble de su propiedad adquirido con un préstamo hipotecario. Dicho inmueble se encuentra en el mismo portal en el que Diodoro y Mercedes tienen su domicilio.¹ Lo que iba a ser para unas semanas se mantiene en el tiempo. Lidia se queda embarazada. Fruto del embarazo la situación entre Lidia y Juan se va enrareciendo ante las dudas que Juan tiene de que la hija sea suya.² A los siete meses de embarazo de Lidia, fallece Mercedes sin otorgar testamento. Casi a los nueve meses de embarazo y fruto de la tensión entre Lidia y Juan, éste decide iniciar los trámites para separarse de ella y, mientras tanto, se va a vivir con su padre. El día del nacimiento, acompañan a Lidia al hospital su amiga y vecina Luisa y su antiguo novio Ricardo. Cuando le dan el alta, se va con su hija recién nacida a la vivienda que venía habitando con su marido. Luisa, viendo la soledad de su amiga, decide quedarse a vivir con ella para ayudarle en la nueva situación. Ricardo acude todos los días a verla y le comenta que quiere venirse a vivir con ella; también le presta ayuda económica (al contraer matrimonio, Lidia tuvo que cambiar de ciudad y dejar su trabajo, sin encontrar otro en su nueva ciudad, una vez casada). Diodoro, conocedor de que Luisa tiene una vivienda en el mismo bloque –es la propietaria del sexto B– le dice a Lidia que se vaya a vivir con ella y abandone el inmueble de su propiedad. Lidia se niega y afirma que no piensa dejar esa casa, pues considera que es su vivienda familiar. A su vez, Juan viendo el comportamiento de Ricardo, al que atribuye la paternidad de la hija, no se considera obligado a pasarle a su mujer ninguna ayuda económica. Diodoro, atendiendo a la conducta de Lidia, decide dejar de pagar la hipoteca del piso que habita Lidia.

Atendiendo a la situación descrita, doña Lidia acude a su despacho con la intención de obtener asesoramiento. Ante esta solicitud de doña Lidia, emita Dictamen sobre el particular.

¹Diodoro y Mercedes viven en el quinto A y el piso en el que dejan vivir a Lidia y Juan es el quinto B.

²Juan ha tenido conocimiento de que su esposa ha retomado una relación que mantuvo hace años con Ricardo.

1) La vivienda familiar. Concepto

La vivienda familiar se puede conceptualizar como la esfera o espacio comprendido dentro de ciertos límites, que con carácter habitual, permanente e intencionado constituye el centro de la vida en familia. La vivienda que constituye el domicilio familiar está al servicio de cada uno de las personas que forman el ente conocido como “familia”³. La regulación de la vivienda se basa en el artículo 47 de la Constitución Española que recoge el derecho a la vivienda junto con el artículo 39 del mismo texto que encaja la protección del grupo familiar, juntos hacen prevalecer el derecho que el grupo denominado “familia” pueda tener sobre el derecho que puedan ostentar otros miembros o terceros ajenos a la familia. Por otro lado se abre la posibilidad de la atribución del uso de la vivienda en los supuestos de crisis matrimonial al cónyuge que no sea propietario, en los términos del art.96 C.C.: “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.”.

1.1) Fijación de la vivienda familiar

En un principio la fijación del domicilio familiar, será la que decidan ambos cónyuges de mutuo acuerdo como dispone el art.70 del C.C; Si los cónyuges no estuviesen de acuerdo a la hora de fijar la vivienda familiar, lo decidirá el juez en la sentencia de divorcio siempre y cuando se respete el régimen de visitas que se establezca para el cónyuge no custodio.

³ En nuestro Código Civil se contempla la vivienda familiar como un bien que está al servicio del conjunto familiar y no únicamente al servicio de uno de los miembros.

1.2) Hechos que conllevan a la pérdida de carácter del domicilio familiar.

Como se inserta en el art.96.1 del C.C: “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 supuesto de que no existan hijos, podrá acordarse el uso de tales bienes al cónyuge con un interés más necesitado de protección.

Si el uso correspondiese al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. En los supuesto de crisis matrimoniales, la autorización judicial que atribuye el uso de la vivienda sería la sentencia de divorcio.⁴

2) Descripción de los antecedentes.

2.1) Hechos y datos en los que se basa el problema

- **Primero:** Nos encontramos con que el uso de la vivienda está cedido en precario por los padres de Juan por razón del matrimonio entre Juan y Lidia.
- **Segundo:** La vivienda familiar está gravada con un préstamo hipotecario del que son prestatarios los padres de Juan.
- **Tercero:** Al fallecer Mercedes, la vivienda entra a formar parte de la herencia por lo que hay un cambio en la titularidad de la propiedad, a favor del heredero universal, que es Juan.
- **Cuarto:** Lidia se queda embarazada y Juan ante la duda de que la hija sea suya, decide irse a vivir con su padre y pedirle a Lidia la separación, viéndose Lidia sola a partir de los nueve meses de embarazo.

⁴ El art. 96 del C.C descansa en la presunción del art.39 C.E. de ser los hijos (y el cónyuge en cuya compañía se queden) quienes representan el interés más necesitado de protección; y para de atribuir el uso al cónyuge no custodio sería necesaria la prueba en contrario de tal necesidad o de las circunstancias que indiquen que el interés de éste es el más necesitado de protección.

- **Quinto:** Tanto Ricardo, el antiguo novio de Lidia, como su vecina Luisa, le ofrecen que se vaya de la vivienda familiar y viva con alguno de ellos.
- **Sexto:** Lidia se niega a dejar la casa ya que considera que es la vivienda familiar y es donde tiene que vivir con su hija.
- **Séptimo:** Juan no se considera obligado a pasarle a Lidia ningún tipo de ayuda económica, ya que atribuye la paternidad de la hija a Ricardo.
- **Octavo:** La vivienda está gravada con un préstamo hipotecario.

2.2) Documentación de la que disponer

El presente caso debe resolverse con los datos que constan en el supuesto de hecho anteriormente descrito.

Dependiendo de la etapa procesal en la que nos encontremos, deberemos solicitar los siguientes documentos públicos y privados a nuestra clienta, D^a. Lidia.

- Original y/o copia del Libro de Familia
- Original y/o copia de acta de matrimonio civil acreditativa de la celebración entre D. Juan y D^aLidia.
- Informe de Vida Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de D^a. Lidia.
- Original y/o copia de contrato laboral nóminas que hubiera suscrito D.Juan con su empresa.
- Original y/o copia de las declaraciones del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF) correspondientes al periodo comprendido entre los años 2013 a 2018.
- Certificados y/o recibos de gastos de suministros contratados (agua, luz, gas, telefonía, internet, etc.)

- Certificados y/o recibos de gastos ordinarios relacionados con la crianza y manutención de los menores.
- Cualquier documentación con información de carácter económico de D. Juan que pueda obrar en poder de D^a. Lidia.

3) Análisis Jurídico

3.1) Fuentes aplicables al caso

En este apartado vamos a referirnos tanto a las fuentes materiales aplicables al caso concreto, es decir, a las normas jurídicas en las que vamos a fundamentar nuestras pretensiones y que van a regir los efectos o consecuencias, tanto económicas como personales de la crisis matrimonial y las cuestiones procesales fundamentándolas tanto en doctrina como en la jurisprudencia que han ido emanando tanto los Tribunales Superiores de Justicia como el Tribunal Supremo, que rige la interpretación del Derecho a la hora de aplicarlo en supuestos similares en su objeto. También haremos mención a la jurisprudencia, denominada “menor”, de las Audiencias Provinciales, en especial la de Valladolid.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con los artículos 9.1⁵, 9.2⁶, 14.1 del Código Civil⁷, la ley sustantiva aplicable a este caso es la que determine la vecindad civil común de ambos, es decir, la nacional, ya que ninguno de los dos tiene vecindad civil foral.⁸

En las cuestiones procesales, es la Constitución Española la que identifica como materia exclusiva del Estado la legislación procesal, por lo que debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero.

⁵ “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad”

⁶ “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

⁷ “La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”

⁸ Entiendo que al no darnos más información en el supuesto de hecho, ambos cónyuges tienen la misma vecindad civil a la hora de contraer matrimonio.

3.2) Normativa aplicable

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 17 de enero de 1996, núm. 15.
- Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 7 de enero de 2000.
- Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 1985.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, nº206, de 25 de julio de 1889.

3.3) Jurisprudencia aplicable

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2009 (nº861/2009).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 de junio de 2009 (JR 2009/4244).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 de enero de 2010 (RJ 2010/2323).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 18 de enero de 2010 (RJ 2010,1274).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 31 de enero de 2013 (nº823/2012).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1a), de 12 de julio de 2017 (JUR 2017/201808).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 27 de junio de 2018 (RJ 2018/1472).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 de noviembre de 2018 (nº641/2018).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de mayo de 1999 (RJ 1100, 5340).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 4 de abril de 2007, (JUR 2007/78637).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 5 de noviembre de 2012, (nº 1463/2012).

- Sentencia de 1ª Instancia nº3 de Valladolid, de 17 de abril de 2017.

4) Cuestiones que se plantean.

En el supuesto de hecho que se plantea, nos surgen multitud de cuestiones relacionadas tanto con el derecho sustantivo aplicable a cada caso, valorando las circunstancias económicas y personales de nuestra cliente D^a. Lidia, derivadas de la crisis matrimonial, como del derecho procesal, teniendo en cuenta las peculiaridades que caracterizan a este proceso especial.

4.1) Cuestiones sustantivas:

A) ¿La vivienda tiene carácter de vivienda familiar, aunque los propietarios sean los padres de Juan?

El concepto de “vivienda familiar”, una vez producida la crisis matrimonial y atribuido a uno de los cónyuges el derecho de uso sobre la misma, hay que matizar si seguimos denominando a tal vivienda como familiar o por el hecho de que no siguen conviviendo todos juntos, pierde tal característica.

Como hemos dicho, una vez producida la crisis matrimonial, se entiende que la vivienda deja de tener la característica de familiar como tal, ya que la familia se ha desmembrado pero a esta situación se le da una protección por el art. 96.1 del C.C⁹, que viene a salvaguardar esa situación en la que la mayoría de la familia, aunque sea una familia desmembrada, sigue conviviendo de forma familiar pero con uno solo de los cónyuges. Por lo que, aunque se dé esta situación, la vivienda no tiene por qué perder su concepto de “familiar”.

Dicho esto, no podemos olvidar que es una de las cuestiones más complejas que pueden plantearse en sede de atribución del uso de la vivienda familiar y sobre la que existen teorías alternativas.

⁹ Art.96.1 C.C “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 reiteradas sentencias que ya han constituido una fundamentada jurisprudencia, se ha aclarado que lo que el legislador pretende con el art. 96 C.C es que el menor tenga perfectamente asegurada *una* vivienda digna, no que se le atribuya el uso de la vivienda directamente a él.

Por el contrario, hay sentencias que no encuentran ningún fundamento legal en el art. 96 para que la vivienda familiar pierda su condición. Así la Audiencia Provincial de Pamplona en sentencia de 4 de abril de 2007 (JUR 2007/178637) que considera necesario explicar algo que en un principio se puede pensar que no hacía ninguna falta: para la madre titular de la custodia, ese uso no abarca la integridad de facultades dominicales propias del *ius utendi*, sino tan solo la utilización material de la vivienda, sin que ello traiga consigo posibilidad alguna de realizar el resto de las facultades jurídicas dominicales, como sería la cesión onerosa por medio de un arrendamiento. Lo que importa es que el sacrificio económico del propietario no titular se asienta sobre el interés de que el subgrupo familiar surgido tras la crisis matrimonial ha de tener un reducto que sirva a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad.

Como venimos sosteniendo hasta este momento, la vivienda habitual de Lidia y Juan, no tiene por qué perder esa característica de “familiar” por el mero hecho de que Juan haya querido irse a vivir con su padre a la vivienda del mismo bloque en la que su padre, Diodoro, reside. Como consecuencia, nosotros mantenemos que la vivienda habitual sigue siendo familiar tras la crisis matrimonial y que se entiende que Juan en un principio no opone resistencia a que sea Lidia la que siga conviviendo en la vivienda y que es él, por preferencia o comodidad psicológica (ya que se estaba agobiando con la situación entre Lidia y él, sumando el embarazo) el que por gusto decide “abandonar” o irse de la vivienda familiar. Por lo que en esta situación la utilización de la vivienda por Lidia se instituye como instrumento para poder atender las necesidades básicas de habitación (Art.524 C.C.)¹⁰.

¹⁰Art. 524.1 C.C: "El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente."

Art.524.2 C.C: "La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia."

B) *¿Quién va a ser el cónyuge custodio?*

Para ir centrando la cuestión tenemos que tener en cuenta quién va a ser el guardador o custodio de los hijos, para ello, hay que indicar que, en el marco de una crisis matrimonial, debe tenerse en cuenta como base fundamental el interés superior del menor, reconocido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (en adelante, LOPJM). Éste interés del menor, repercute a la hora de decidir el sistema de guarda del menor, que será adoptado de acuerdo al sistema que resulte más beneficioso para los intereses del menor que se vea afectado.

En los últimos años venimos observando una transformación de los sistemas o modelos de convivencia, asistiendo a una tendencia cada vez más cercana hacia la distribución o partición de la responsabilidad, lo que da lugar a una corresponsabilidad de los progenitores a la hora de ejercitar sus derechos y deberes como padres, lo que ha dado lugar a que el legislador establezca como modelo preferente la guarda compartida, por entender que, al menos desde el punto de vista teórico, garantiza el interés del menor.

Dicho todo esto, hay que dejar claro que tiene un “pero”, y es que esta preferencia del modelo de guarda compartida, no puede ser algo automático, ya que si el razonamiento para establecer esa guarda es el interés superior del menor, el juez, que es el que va a decidir sobre la guarda o custodia, en defecto de acuerdo entre las partes, o de ser éste contrario al interés del menor, es el que tiene que valorar las distintas situaciones o factores que incidan en la situación que se crea para poder determinar el modelo más perfecto posible, por lo que al establecer el modelo de la guarda o custodia deberá de fundamentarse en la diversa casuística que haya dado una solución a situaciones análogas al supuesto que nos encontremos.

Así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 5 de Noviembre, nº1463/2012, cuando dice que “La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, no procederá cuando no exista un interés especialmente necesitado de proteger apreciando las circunstancias económicas de cada núcleo familiar, de modo que se propicie el reparto del bien entre los cónyuges para que soporten igualitariamente las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial del mismo modo que han sido iguales durante la situación llamémosla "normal" de la etapa matrimonial conforme a los

derechos de igualdad de los cónyuges que proclaman el art. 66¹¹ del Código Civil y el art. 32.2 de la Constitución”¹².

Por lo que las diferentes circunstancias de cada caso, serán las que tendrán que ser valoradas por el órgano jurisdiccional en aras de determinar qué régimen es el más compatible con los intereses que estén en juego, y más en un supuesto como el que nos ocupa en donde aparecen interés de menores en la etapa infantil. Por lo que serán las circunstancias marcadas por la doctrina y jurisprudencia, junto con las personales, en las que tendremos que fundamentar nuestra pretensión de guarda y custodia exclusiva de la madre.

En el supuesto de hecho a analizar, la pretensión de Lidia es conseguir una guarda y custodia exclusiva para ella, otorgando un régimen de visitas al padre, ya que del supuesto podemos deducir que el padre no quiere la guarda y custodia compartida ya que se deja ver que no quiere saber nada de la niña, situación que puede hacernos pensar que se ha dado también un abandono familiar por parte de Juan.¹³

*C) Si el uso de la vivienda está cedido en precario, ¿Qué puede alegar Lidia para seguir conservando su derecho al uso de la vivienda?*¹⁴

La primera cuestión que nos hacemos es referente a la vivienda habitual, ¿quién se queda en ella? En este caso, Lidia es la que está viviendo en la vivienda “familiar” y Juan es el que ha abandonado tal domicilio, por lo que nosotros entendemos que quien debe quedarse en dicha vivienda es nuestra cliente, además de ser la que se ha hecho cargo de la niña recién nacida dentro del matrimonio.

Entendemos que dado el interés superior del menor al que hemos hecho referencia con anterioridad, la que está cumpliendo con las funciones derivadas de la patria potestad, por el hecho de ser progenitor de la menor es Lidia, y que en un principio no tiene otra vivienda a la que ir, nada más que la vivienda habitual “familiar” que les cedieron sus suegros

¹¹ Art.66 C.C.: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes.”

¹² Art. 32.2 C.E.: “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

¹³ El punto sobre el posible abandono familiar por parte de Juan se desarrolla a lo largo del trabajo.

¹⁴ Esta cuestión está vinculada con la siguiente, ya que el fondo principal del asunto es si la vivienda puede ser considerada de “familiar” o no.

a razón del matrimonio. Además, añado que Lidia tuvo que dejar su ciudad natal y de residencia, junto con su trabajo, para llevar una vida matrimonial conjunta con Juan.

Por lo que fundamentaremos nuestras pretensiones de que Lidia siga viviendo en la vivienda habitual de la familia, basándonos en las circunstancias citadas, ya que no ingresa ningún tipo de ayuda (únicamente tiene de apoyo económico a su amiga Luisa y su ex novio Ricardo), por lo que no puede dejar la vivienda habitual de una forma efectiva e irse a un alquiler tanto para ella misma como para la niña.

No obstante en la reunión de asesoramiento con Lidia, cuando hacemos referencia a la posibilidad de trasladarse junto con la niña a otra vivienda, nos comenta que su amiga y vecina, Luisa, le ha ofrecido el irse a su casa ya que viven en el mismo bloque, a lo que le hemos asesorado diciendo que a corto plazo, esa situación podría ser una posibilidad, pero que a largo plazo podría llegar a ser un uso cedido en precario, por lo que al fin y al cabo sería la misma situación en la que está ahora, pero el precarista en vez de ser su suegro Diodoro, sería Luisa. Por lo que no se lo recomendamos ya que no tiene por qué irse de su vivienda “familiar”.

Cuando escucha que no tiene por qué abandonar la vivienda habitual de la familia, nos comenta que si Ricardo se va a vivir con ella qué problemas podría haber. Sobre este punto hablamos más en profundidad en las siguientes cuestiones que se plantea a lo largo del trabajo, por lo que únicamente le advertimos que ahí sí que puede tener sus más y sus menos en que la vivienda habitual de la familia siga manteniendo su característica de familiar, ya que la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, así lo indica, basándose en fundamentaciones que también tratamos en siguientes cuestiones. Por lo que únicamente nos centramos en hablar de vivienda familiar y de la situación en la que está la vivienda dado que los propietarios son terceros a la relación matrimonial (Diodoro y Mercedes).

En un principio nos puede parecer que el único propietario de la vivienda es Diodoro, pues al fallecer Mercedes la titularidad de la vivienda cambia por completo ,ya que el heredero universal de Mercedes es Juan, por lo que la vivienda que Mercedes y Diodoro

cedieron para que Juan y Lidia convivieren por razón del matrimonio, ahora cambia de propietario, pasando la titularidad a Juan¹⁵.

Si el único propietario fuese Diodoro, éste podría ejercer una acción de desahucio contra Lidia, porque la situación en la que ésta se encontraría es una situación de precario. Esto es así, por el hecho de que no existe ningún tipo de contrato, y aunque en la sentencia que dictase el juez de familia se fijase el uso de la vivienda a favor de Lidia, esta sentencia no tiene efecto “erga omnes” por lo que Diodoro puede interponer la demanda de desahucio por precario contra Lidia para que ésta desaloje la vivienda con apercibimiento de proceder a su lanzamiento¹⁶.

También habría que tener en cuenta que al tratarse de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias de la separación no tienen que ver con los terceros propietarios.

En esta situación, al igual que advertiría a Lidia sobre el procedimiento en el que se podría ver involucrada, también la informaría de que probablemente, considerando únicamente como propietario de la vivienda a su suegro, Diodoro¹⁷, aunque sea un tercero, no se

¹⁵ Aunque pueda parecer que en el supuesto no se hace referencia a que Juan haya aceptado la herencia, ya que no se nos indica que hubiese llevado a cabo ningún procedimiento de testamentaria, lo que podemos deducir claramente, es que ha tenido que cumplir con las obligaciones fiscales a la hora de tributar por el impuesto de sucesiones, en el que él aparece como nuevo titular, en nuda propiedad, del 50% de la vivienda, ya que Diodoro es usufructuario y basándonos en que estamos en un supuesto general ya que no hay testamento en el que haya adjudicaciones concretas o renunciaciones. (Art. 834 C.C: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.”).

¹⁶ Si hubiese algún tipo de justificación de pacto o acuerdo entre las partes respecto del uso de la vivienda, se podría discutir que estamos ante un uso cedido por comodato, y se podría defender desde ese punto de vista.

¹⁷ En principio consideramos como único propietario de la vivienda a Diodoro, ya que realmente si hubiesen tramitado la testamentaria de Mercedes, Juan sería también titular de la vivienda al 50% como heredero universal de su madre, por lo que en ese caso, se podría considerar que la vivienda tiene naturaleza de “familiar” porque ya no estamos hablando de un tercero.

trata de un tercero completamente ajeno a la relación familiar, no es un extraño cualquiera, sino que es el abuelo de la niña¹⁸.

En este caso, dado que el propietario es un tercero (Diodoro) y han cedido el uso del inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. En este caso como uno de los cónyuges, Juan, no está viviendo en esa vivienda, sino que se ha ido a vivir con su padre, la que se encuentra en una situación de precario es nuestra cliente, Lidia. Esta posición ha sido mantenida hasta el momento actual por las Salas, tanto de las Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo desde las SAP de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 4244), SAP de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5704) y STS de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180).

Sin embargo, ante el Tribunal Supremo se han ido planteando situaciones más complejas que las que llegaban tiempo atrás que no hacían más que limitarse a la cesión de la vivienda por parte de los padres de uno de los cónyuges, situación que acabamos de analizar concluyendo en la situación de precario¹⁹. El problema se plantea cuando los que ceden la vivienda no son terceros, sino que el uso se cede en exclusiva a uno de los copropietarios por parte del otro para que una utilice como vivienda familiar. Por lo que si en nuestro supuesto analizamos que Juan también es propietario de la vivienda cedida a Lidia, porque es heredero universal de Mercedes, ya cambiaría la situación de Lidia, y la podríamos librar del procedimiento de desahucio alegando la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo para este tipo de situaciones en las que, por lo menos, uno de los cónyuges es propietario de la vivienda familiar cedida en uso, no nos encontramos ante la situación de precario porque lo que crea la posesión única es la sentencia de separación, divorcio o el convenio regulador.

Para poder defender los intereses de Lidia, nos vamos a quedar con ésta última interpretación que hemos explicado del Tribunal Supremo, ya que vamos a defender su interés que está más necesitado de protección, junto con el del menor, para que el juez atribuya en

¹⁸ Carlos Lasarte Álvarez, María Dolores Cervilla Garzón, “Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 755-774.

¹⁹ STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009,4244). En el fallo de esta sentencia se declara, igualmente, que la situación de quien ocupa la vivienda cedida sin contraprestación, ni límite temporal por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precaria, una vez rota la convivencia, independientemente de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

procedimiento de separación el uso de la vivienda a Lidia, y por tanto, se sirva de su título (sentencia de separación o convenio regulador) para poder seguir residiendo sin problema en la vivienda familiar, como dicta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de enero (nº861/2009), afianzando aún más esta postura.

Así no hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su padre con quien acordaron tanto Juan como Lidia, que el uso sería del matrimonio, no siendo Lidia un tercero que se encuentre en situación de precario, sino que, aunque se encuentre en tal situación, no deja de ser la mujer de Juan, nuera de Diodoro, y madre de la hija y nieta de Juan y Diodoro, respectivamente. Por lo que concluimos este punto diciendo que Lidia tiene que hacer valer su posición familiar como mujer de Juan y, por tanto, siendo parte en el acuerdo al que se llegó con los padres de Juan, de cederles el uso de la casa por razón del matrimonio, para que no prospere el desahucio por precario.

D) ¿Cabría la posibilidad de realojar a la madre con la hija en otra vivienda para que consoliden en otro lugar su vivienda familiar?

A la vez que decimos que en este caso es Lidia el cónyuge custodio y la que debe permanecer en la vivienda habitual, los órganos jurisdiccionales como la Audiencia Provincial de Valladolid en la sentencia de 5 de noviembre de 2012, nº1463/2012 dicta lo siguiente: “La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar a uno solo de los cónyuges, no procederá cuando no exista un interés especialmente necesitado de proteger apreciando las circunstancias económicas de cada núcleo familiar, de modo que se propicie el reparto del bien entre los cónyuges para que soporten igualitariamente las consecuencias patrimoniales de la crisis matrimonial del mismo modo que han sido iguales durante la situación llamémosla *normal* de la etapa matrimonial conforme a los derechos de igualdad de los cónyuges que proclaman el art. 66 del Código Civil y el art. 32. 2 de la Constitución. En la regulación de la crisis matrimonial es deber del Juez no solo el de proteger a los hijos sino también a los cónyuges pues así lo dicta el precepto art. 90 que obliga al Juez a apartarse de decisiones que sean gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges y de tal carácter ha de calificarse una asignación exclusiva de uso por la cual el cónyuge copropietario se ve casi expropiado del bien o de la participación que le corresponde”.

Lo que sacamos en claro de este párrafo es que la atribución del uso al progenitor y al menor que en su compañía queda, se produce para garantizar los derechos de éste, pero no es una expropiación del dominio del propietario. Esa posición de igualdad no tiene por qué desaparecer tras la crisis o ruptura matrimonial, siempre y cuando haya la posibilidad de mantenerla, si en el supuesto dado se pudiese vender la vivienda por los cónyuges porque había sido comprada en gananciales y distribuir el precio en su liquidación de gananciales, así como, tener una segunda vivienda y dividirse los cónyuges entre las viviendas, viéndose satisfechos los derechos de habitación y alimentos de la hija, adaptándose a las nuevas circunstancias económicas familiares, no habría mayor problema, pero no estamos ante un caso así, ya que a Lidia no se la puede realojar en otra vivienda, porque el matrimonio solo cuenta con el 50% de la vivienda por la herencia de Mercedes, y además solo en nuda propiedad.

E) *¿Qué criterios haría servir para convencer a los órganos jurisdiccionales de la conveniencia de atribuir, en este caso, el uso de la vivienda habitual a la madre si conviviese con Ricardo?*

Siguiendo con el uso de la vivienda habitual y el concepto de ésta como familiar, nos situamos en que hay mucha jurisprudencia respecto a si a la hija de los separados como titular inmediato de ese interés y a la madre del mismo como titular mediata se suma quien después entra a convivir maritalmente con ella y la hija, nada cambia con respecto al interés inicialmente protegido²⁰, sin que quepa mencionar consideraciones de enriquecimiento injusto o abuso de derecho.

Es totalmente comprensible la queja del titular de la vivienda²¹, pues “se centra en un sentimiento de injusticia por parte del titular de la vivienda en propiedad por la utilización de dicha vivienda por un tercero que no paga nada por ello (Lidia) y que además tiene que seguir pagando la hipoteca”. Pero la queja es *jurídicamente inatendible*.

Si Ricardo se fuese a vivir con Lidia en la vivienda *familiar* se considera que la entrada del nuevo conviviente supone un motivo de discordancia legal pues si el interés que se trata de proteger es el del menor que está bajo la guarda y custodia de la madre, no existe causa que justifique el abandono de Lidia de la vivienda familiar, como hemos venido sosteniendo hasta ahora.

²⁰ Hablamos del interés protegido del menor respecto a la pregunta “B”.

²¹ Hacemos referencia a la queja de Diodoro de estar pagando la hipoteca de la vivienda sin utilizarla en su beneficio.

Además, que la limitación de la propiedad es importante para Juan, no usuario de la vivienda, pero que, al fin y al cabo, el art. 348 C.C establece que la propiedad consiste en la facultad de gozar y disponer de las cosas, “pero con las limitaciones establecidas por las leyes”.

La Audiencia Provincial de Madrid de 17 de mayo de 1999 (RJ 1100,5340), en la que se decide resolver el problema admitiendo que nos hallamos ante una vivienda que sigue siendo familiar, pero que las únicas personas que pueden ocupar la vivienda son los hijos menores y la madre, y no “terceras personas, ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que éstas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente, valorándose al efecto, de modo especial, que dicho bien era de carácter privativo del esposo”.

Este planteamiento está fundamentado teóricamente, pero en la práctica para cumplir con la prohibición de que, en la casa entre *un tercero* a vivir, es difícil de gestionar el hecho de que tenga prohibido el paso en la casa.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018, nº641/2018, dicta una marcada Jurisprudencia en este punto que ha desatado diversidad de opiniones en la situación de una convivencia marital con una tercera persona.

La solución dada en Primera Instancia nº3 de Valladolid dictó sentencia de fecha 17 de abril de 2017, en la que se estimaba parcialmente la demanda de modificación de medidas: Se mantenía el carácter de vivienda familiar, aunque se acordaba también una bajada de la pensión de alimentos, de 500 euros mensuales a 400 en la que no hubo imposición de costas.

En la sentencia dictada en apelación por la Sección 1ª Valladolid de 15 de enero 2018 se viene a estimar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocándola al declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. La sentencia dejó sin efecto la reducción de la pensión de alimentos. Tampoco hubo imposición de las costas de esta alzada. El tribunal vino a entender que “la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar, aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua

naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente". Desaparecida la primitiva familia, la vivienda pierde la consideración de vivienda familiar, pues ya no es una vivienda que sirva a los fines del matrimonio.

Según la STS de 20 de noviembre de 2018, n°641/2018, hay que partir de la siguiente premisa: "no se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente", pero el problema está en que ese derecho al libre desarrollo de la personalidad "se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio". Y por ello, se concluye 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".

Es curioso que diga la sentencia que esta idea no pierde "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". Pero la conclusión es la que es: como no se pierde de vista ni a los hijos ni a sus derechos²², el progenitor no custodio dueño de la vivienda ya puede venderla sin que ello tenga que preocupar al comprador, que es tanto como decir que los derechos de los menores se respetarán igual de bien cambiando de barrio o de ciudad. La propia sentencia cita la STS de 1 de abril de 2011 para afirmar que el interés que prevalece del menor "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura (...) sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que entonces ese *interés prevalente* se consigue tanto con la solución de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros, o lo que es lo mismo, con una vivienda alternativa. Eso sí, siempre que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor".

Continúa la referida STS de 20 de noviembre de 2018, n°641/2018 afirmando que "El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar.

²² Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente”.

No cabe entonces “mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial”. Resulta llamativo que el Tribunal Supremo haga esta afirmación, pues hasta donde yo entiendo, “los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial” siguen bien patentes: allí estaban viviendo los menores con sus padres; con el divorcio venían viviendo con su madre, y la novedad está solo en que ésta ahora se encuentra *acompañada*.

Igual situación habría si la persona que entra a convivir es un hermano de la madre o el abuelo de los niños. Reorganizar las economías es la solución que cabe dentro del ámbito del art. 96 C.C.

Como conclusión a la pregunta que se hace Lidia, de si cambiaría o no el concepto de “familiar” de la vivienda si Ricardo se muda a vivir en esa vivienda “familiar” (ya que no es a la familia inicial a la que está sirviendo como instrumento de la convivencia sino a una nueva situación familiar junto con Ricardo). Asesoramos del siguiente modo: Es mejor que Ricardo no se vaya a convivir con ella en la vivienda objeto del supuesto, aunque ello no quiere decir que Ricardo no pueda seguir ayudándola, seguir entrando en la vivienda o prestarle ayuda con la hija o económica, ya que esto no es una convivencia marital.

F) *¿Si conviviese con su vecina Luisa, habría alguna diferencia con la situación de la pregunta anterior?*

La respuesta a esta pregunta la he dado en la pregunta anterior con la doctrina más actual del Tribunal Supremo, que como hemos indicado, y dada la vinculación entre el objeto de discusión, no distingue si la convivencia del tercero conlleva a una relación de afectividad de pareja o de si es una relación amistosa, ya que la única novedad en esa situación es que quien tiene el uso atribuido de la vivienda se encuentra “acompañada” sin dar importancia a qué tipo de relación les une en la convivencia²³.

G) *¿Cómo se podría probar el hecho de que la convivencia sea cierta? ¿Qué se entiende por convivencia?*

En la sentencia n°641/ 2018, de 20 de noviembre de 2018, dictada por el Tribunal Supremo, mencionada a lo largo de todo el dictamen y que ha dado un giro a la doctrina que se aplicaba en casos de atribución de la vivienda familiar en crisis matrimoniales, no permite calificar de familiar la vivienda atribuida al cónyuge guardador cuando convive con una tercera persona maritalmente. Pero ¿cómo se puede probar esa convivencia?, ¿se establecen ciertos requisitos para poder determinar una convivencia cierta? En la realidad práctica no hay unos criterios establecidos a la hora de probar una convivencia cierta con una tercera persona, pero se sobreentiende que el hecho de que la vivienda familiar pierda su carácter familiar por esa convivencia con una tercera persona es porque existe una convivencia prolongada en el tiempo, y que conllevan relaciones estrechas con un nuevo vínculo familiar con todos los miembros de la familia, incluyendo el uso y habitación en la vivienda por esa tercera persona²⁴.

La sentencia citada afirma lo siguiente: "El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre

²³ TENA PIZUELO, ISAAC, “Atribución del uso del domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar” en Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil n°101, 2016.

²⁴ Por esta convivencia marital con otra persona en la misma vivienda, el Tribunal en esta sentencia nos habla de que se da una nueva familia, como sustituta de la anterior, y que en estos casos la vivienda sirve como instrumento para salvaguardar los intereses de los hijos y no privarles del derecho una vivienda, aunque ésta haya perdido su carácter de familiar.

e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza por servir en su uso a una familia distinta y diferente”.

H) *¿Podría Lidia alegar abandono familiar por parte de su marido Juan?*

En alguna ocasión, de forma excepcional, ocurre que el cónyuge a quien se había atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar, abandona ésta para ir a vivir a otra vivienda. En este supuesto Juan se va por acceder a una vivienda que esté más próxima a su entorno familiar junto a sus padres, ya que él necesita espacio lo que demuestra que está bastante agobiado con la situación dentro de su relación. En este supuesto se produciría una renuncia al derecho de uso de la vivienda familiar, que supondría una causa de extinción del mismo, con la consiguiente pérdida del calificativo de "familiar" de la vivienda.

En esta situación, Lidia podría instar un juicio de modificaciónn de medidas solicitando para sí el uso de la vivienda familiar, que, de ser aceptado por el juez, supondría que la vivienda no perdería el carácter de *familiar*, por seguir brindando protección a uno de los cónyuges.

Evidentemente, ha de ser un abandono libre y espontáneo de la vivienda familiar por un tiempo prolongado y con carácter definitivo, sin que pueda considerarse abandono a estos efectos el puntual desuso de aquélla.

No todo abandono, sin embargo, es susceptible de implicar la extinción del derecho de uso y, en consecuencia, la pérdida de la condición de *familiar* de la vivienda. La Jurisprudencia actual ha considerado que en los casos en que el cónyuge custodio, (asignatario del uso de la vivienda - Lidia) se fuese a vivir con un tercero (Ricardo) en una residencia distinta de la vivienda familiar, no se podría extinguir el derecho de uso, porque ello supondría privar de protección a los hijos en el supuesto, por ejemplo, de que Lidia dejase la relación con Ricardo.

I) *¿Quién tendría que hacerse cargo del pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda?*

En el caso que se analiza no hubo consentimiento de Lidia para la constitución de la hipoteca, pues esta es de fecha anterior al matrimonio, ya que fueron los padres de Juan lo que gravaron la vivienda con el préstamo hipotecario. Ahora, tras el fallecimiento de Mercedes, Juan es el nuevo titular de la hipoteca, ya que, al hacerse heredero de Mercedes, se subroga en el préstamo hipotecario.

Dicho esto, el interés de Lidia, es no hacerse cargo del pago del préstamo, pero Juan y Diodoro no quieren pagarlo porque dicen que ellos no están utilizando la vivienda y que, después de la situación tan mala y violenta que se ha creado entre ellos tres, no le van a pagar a Lidia la vivienda.

Esta situación es normal, ya que nadie se quiere hacer cargo de pagar algo que no utiliza. Lo que nosotros tenemos claro es que desde el punto de vista del derecho de propiedad²⁵, Lidia no es titular propietaria de la vivienda por lo que ella no se tiene que hacer cargo del pago de la hipoteca, pero, la pregunta es, si Juan y Diodoro dejan de pagar la hipoteca en que situación queda Lidia y su hija, ya que la entidad prestamista iniciaría el correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, que podría culminar con una subasta pública judicial del bien objeto de litigio.

Ante esto, Lidia podría oponer su sentencia de divorcio en la que se le atribuye el uso de la vivienda familiar a ella junto con su hija, para hacer valer su derecho de uso sobre tal vivienda.

El Código Civil no confiere a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, pero el Código Catalán, en sus arts. 233-238 ha hecho lo contrario, y se ha decantado por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho real, además lo ha declarado inscribible en el Registro de la Propiedad²⁶.

²⁵ Como indica la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274), 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.

²⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323) dice lo siguiente: “que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un

La RDGRN de 14 de mayo se apoya en la STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323), y afirma que 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. Además la RDGRN de 10 de octubre de 2008 nos dice que esta limitación es oponible a terceros y por ello inscribirle en el Registro de la Propiedad²⁷.

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias de cada caso, partiendo de la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo, centra la cuestión en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar. Como en el supuesto dado, en el que son Diodoro y Mercedes quienes constituyen la hipoteca, por lo que al ser previa la hipoteca a la crisis matrimonial, Lidia no mostró su consentimiento, la línea de defensa que cogéramos iría por este camino. Esta idea no se sustenta en el debate de los arts. 96.4 C.C.²⁸, sino en artículo 1.320²⁹ del mismo, afirmando que la jurisprudencia ha interpretado éste último art. citado como una norma para proteger la vivienda familiar, ya que si Lidia, por el mero hecho de tener asignado el uso de la vivienda familiar, puede hacer y deshacer como le venga en gana, estaríamos ante una desprotección total del propietario de la vivienda, pero si fuese al contrario, estaríamos ante una desprotección total del que está en posesión de la vivienda, en este caso nuestra cliente. Ante esto, la doctrina considera que éste artículo pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges de las iniciativas unilaterales del otro. Parte de la doctrina confirma que en el fondo de éste precepto se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en una doble dirección: en el consentimiento para la elección de la

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”.

²⁷ DGRN, res. n°4914/2015, de 8 de abril, BOE 30 de abril de 2015.

²⁸ Art.96.4 C.C.: “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.”

²⁹ Art.1320 C.C.: “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”

vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación³⁰. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto que se quiere llevar a cabo, supone una eliminación o pérdida directa de la vivienda del patrimonio de su propietario (Diodoro o Juan), así como aquellos negocios jurídicos, en este caso valdría la hipoteca que grava la vivienda, que lleva consigo posibilidades de que el bien litigioso desaparezca de dicho patrimonio, como por ejemplo, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con tal hipoteca³¹.

Este argumento lo utiliza la sentencia en apelación de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de febrero de 2013 (PROV 2013, 253080), por la que concede la prevalencia del derecho de uso de la vivienda, en el sentido de que la esposa no consiente la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar.

Este argumento es lo que nosotros defenderíamos para lograr los intereses de Lidia.

Dicho esto, esta línea de defensa tiene peligro ya que ésta sentencia en apelación de audiencia provincial fue recurrida ante el Tribunal Supremo el cual dice que esta línea de defensa basada en el art. 1320 C.C., no se sostiene, ya que como es lógico Lidia no podría haber dado el consentimiento para firmar la hipoteca ya que en el momento que sus suegros firman la hipoteca, no existe relación matrimonial entre Lidia y Juan, y por tanto no existe vivienda familiar. Por lo que la Sala considera que la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por los padres de Juan, antes de la celebración del matrimonio, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio.

³⁰ Reglamento Hipotecario. Artículo 91.1 “Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquél carácter”.

³¹ Gema González Coloma, Estudio práctico y jurisprudencia de la atribución del uso de la vivienda familiar. Madrid. Midas S.L., 2019.

J) *¿La buena fe entra en juego para hacer valorar a los Tribunales la conclusión a la que lleguen, ya que como hemos dicho, siempre hay que estar a las circunstancias personales de cada caso?*

En el supuesto de hecho, y en las situaciones que estamos planteando podemos concluir que la actitud de Juan, por ejemplo, al pretender que su esposa y su hija, desalojen la vivienda que le podría haber sido atribuida en sentencia judicial (si hubiesen iniciado un procedimiento de separación o divorcio), es contraria a la buena fe. Pero como todos sabemos, llegados a este punto, el probar la buena o la mala fe es difícil de conseguir, y aunque como personas, de una forma moral y familiar nos puede parecer un acto de mala fe, esto puede ser también por la falta de objetividad, por lo que, si no hay prueba fehaciente de la mala fe, probablemente se nos desestime este motivo de alegación de la mala fe por parte de Juan.

Dicho esto, en el caso concreto alegaríamos esa falta de buena fe en las pretensiones de Juan y además tenemos fundamentos suficientes para basar nuestra pretensión, que hemos ido comentando a lo largo del dictamen. Pudiendo observar la situación como un abandono de Juan a su esposa Lidia, teniendo en cuenta que se cambió de ciudad por razón del matrimonio para poder llevar una convivencia conjunta y formar una familia, por lo que también dejó su trabajo y además Juan se fue en un momento de vulnerabilidad de Lidia ya que además de haber dejado su trabajo, su ciudad, y verse completamente sola sin su familia, estaba embarazada de 7 meses; y aun así, Juan, decidió irse y no preocuparse más. Ya no como marido de Lidia, sino como futuro padre de la niña. Por lo que defenderíamos la mala fe de Juan con base fundamental en estos hechos probados.

K) *¿Qué criterios haría servir para determinar la paternidad de la niña?*

En el caso que nos ocupa, Juan no reconoce a la niña recién nacida como suya, ya que se presupone que Lidia ha mantenido una relación extramatrimonial con su ex novio Ricardo, pero el Código Civil en su art.116 dice lo siguiente *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.”* A la hija podríamos considerarla hija de Juan si hubiese nacido a los 180 días tras la celebración del matrimonio, pero no es así, por lo que esta presunción del art.117.C.C. no nos valdría. Además aunque hubiera nacido en esos 180

días, Juan podría destruir esa presunción mediante una declaración auténtica que diga lo contrario como establece el art.117 C.C.³².

Hay otra presunción para los supuestos en los que los hijos no nacen en el plazo de los 180 días, que se recoge en el art.116 C.C. que dice lo siguiente: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.”, el artículo mencionado considera un plazo que abarca todo lo que dure el matrimonio hasta 300 días antes de que exista separación legal o divorcio. Por lo que nuestro supuesto se engloba bajo este precepto. Juan, puede pensar que la hija no había nacido cuando él decidió abandonar a Lidia durante el embarazo, la vivienda e iniciar los trámites de separación, pero inexcusablemente, desde el punto de vista legal, va a ser considerado padre de la niña hasta que demuestre lo contrario en un procedimiento de paternidad.

Además la filiación produce efectos retroactivos, por lo que aunque en un principio no haya reconocido a la hija como suya, en el momento que sea efectiva esa filiación, ésta tendrá efectos retroactivos, como dice el art.112.1 C.C.³³

L) ¿Se le podría reclamar a Juan el pago de una pensión compensatoria a favor de Lidia?

El legislador regula los Derechos y Deberes de los cónyuges para que éstos se encuentren en una situación de plena igualdad jurídica, como se recoge en el precepto 32 de nuestra Constitución.³⁴

³²Art.117 C.C.: “Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.”

³³ Art.112.1 C.C.: “La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario.”

³⁴ Art. 32 C.E.:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.”

“2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”

En algunas situaciones se da un desequilibrio económico entre los cónyuges por lo que se viene a fijar una pensión compensatoria a favor del que queda más desamparado a raíz de la crisis matrimonial, ya sea una separación o un divorcio.

La pensión compensatoria no es más que una cantidad de dinero que uno de los cónyuges ha de entregar al otro debido al desequilibrio que ha provocado la crisis matrimonial en éste último. El art. 97 C.C. se refiere a la pensión compensatoria en los siguientes términos: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.ª La edad y el estado de salud.
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.”.

Cuando Lidia nos pregunta si ella tiene derecho a una pensión compensatoria, según nuestro punto de vista, tenemos claro que sí, ya que es una mujer que trabajaba, tenía su profesión antes de contraer matrimonio con Juan, y que es a raíz de este matrimonio cuando ella deja su independencia económica de lado, ya que tiene que dejar su trabajo y dejar su

ciudad natal y a su familia, por lo que podemos comprender que se encuentra en una situación de vulnerabilidad y dependencia económica de su marido.

Pero al igual que le decimos que en un principio tenemos claro que tiene derecho a una pensión compensatoria, también le advertimos que esta puede ser temporal en vez de vitalicia, porque el juez puede valorar, discrecionalmente, el hecho de que la pensión compensatoria sea temporal debido a que Lidia es una persona joven, con experiencia en su profesión y que puede buscar y encontrar un trabajo, por lo que cumple con ciertos requisitos y circunstancias, como son la edad o la profesión, para que el juez pueda valorar la pensión como temporal.

No hay que perder de vista que Lidia y Ricardo estaban hablando de irse a vivir juntos, y en este aspecto el art.101.1 C.C. dice lo siguiente: “El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.”

Con ello, sacamos en claro que habría que advertir a Lidia, que a parte de todo el asesoramiento de la atribución del uso de la vivienda familiar, cuando existe una convivencia marital con otra persona, puede perder también la pensión compensatoria ya que cesa el motivo que le dio sentido.

M) ¿Qué argumentos nos servirían para fundamentar la reclamación de una pensión de alimentos al padre a favor de la niña?

El deber de los padres de prestar alimentos a sus hijos, por el hecho de serlo, no desaparece, es más, es una de las medidas provisionales que puede solicitar el cónyuge custodio, tanto antes de la admisión de la demanda como después. Hay que resaltar que estamos ante una competencia de “*ius cogens*”, por lo que ante todo, hay que tener en cuenta la prevalencia del interés del menor. En la obligación de dar alimentos, se incluye también, la ropa, la habitación, la educación, el médico...y todo lo relacionado con el desarrollo normal de la personalidad del menor. Por lo que Lidia, nos tendrá que decir más o menos cuales son las

partidas correspondientes a los gastos reales del menor que se puedan incluir en la contribución que tendrá que pasar Juan, en este caso. Esta contribución dependerá del nivel económico y los medios de cada uno³⁵.

En definitiva, fundamentaríamos la reclamación a Juan de la pensión de alimentos para su hija, basándonos en la existencia de su deber como padre de alimentar sus descendientes, así como acreditando su capacidad económica y dejando constancia de la menor capacidad económica de nuestra cliente, Lidia.

Hay que dejar claro que el hecho de que hayamos pedido una pensión compensatoria, no excluye el que podamos reclamar a mayores la pensión de alimentos. Son totalmente compatibles.

N) *¿Quién se imputa los gastos de la vivienda habitual en el caso concreto?*

Lo primero que tenemos que hacer en esta pregunta es distinguir entre los gastos inherentes a la propiedad y los gastos derivados del uso de la vivienda. Los primeros tendrán que ser los abonados por el titular o titulares de la vivienda, en nuestro supuesto de hecho, serían obligados al pago Diodoro y Juan; pero nuestra cliente Lidia sería la obligada al pago de los gastos derivados del uso de la vivienda, ya que es la persona a la que se le ha atribuido el uso de la vivienda.

A continuación, le especificaremos a Lidia en el asesoramiento legal, cuáles son los gastos que, nuestros Tribunales, han entendido como pagaderos por el usuario de la vivienda y cuáles ha entendido como inherentes a la propiedad, y por tanto, pagaderos por los titulares de la vivienda.

Los gastos de suministro de luz, agua, gas, teléfono...son los gastos que tienen que ser satisfechos por el cónyuge que tiene atribuido el uso de la vivienda, es decir, son los gastos que tendría que pagar Lidia.

³⁵El Consejo General del Poder Judicial ha establecido a modo orientativo unas “Tablas Estadísticas de Pensiones Alimenticias” para el cálculo aproximado de la pensión de alimentos, elaboradas con datos del INE (Instituto Nacional de Estadística) en *Consejo General del Poder Judicial en “Tablas estadísticas de pensiones de alimentos”*<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Utilidades/Calculo-de-pensiones-alimenticias/Tablas-orientadoras-para-determinar-las-pensiones-alimenticias-de-los-hijos-en-los-procesos-de-familia-elaboradas-por-el-CGPJ>.

Respecto a las cuotas de las comunidades de propietarios o vecinales, tenemos que aludir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018, declara que son inherentes a la propiedad, el seguro del hogar, al igual que los recibos de la contribución (Impuesto sobre Bienes Inmuebles o IBI).³⁶ En el supuesto que nos incumbe quien debe hacerse cargo del pago de estos gastos son Juan y Diodoro. Si la vivienda fuese en gananciales, habrían de contribuir a estos gastos ambos cónyuges, por mitad; y si en este caso, solo los pagase uno de los ex-cónyuge, éste podría reclamar las cantidades vía liquidación de gananciales, formando parte del pasivo. Igualmente, las derramas u otros gastos extraordinarios que aprueba la Comunidad de propietarios serán a cuenta de los titulares de la vivienda y no de quien la use.

Si hubiese que hacer alguna obra, como, por ejemplo, reformar un habitáculo de la vivienda para que pueda ser la habitación de la niña recién nacida, sería una mejora que tendría que correr a cargo del titular de la vivienda, ya que la jurisprudencia nos dice que el cónyuge que tenga atribuido el uso de la vivienda se hará cargo de los gastos necesarios, por ejemplo, las que deriven del desgaste por el uso de una rutina normal en la convivencia. Pero en cambio, si hay que hacer obras en una de las habitaciones será a cargo del titular, ya que repercute más en la propiedad que en el uso como tal de la vivienda.

4.2) Cuestiones procesales.

A) ¿Qué órgano jurisdiccional sería competente para conocer de este asunto?

Para determinar qué órgano jurisdiccional es el que va a conocer del supuesto de hecho, hay que tener presente dos conceptos básicos, que son Jurisdicción y Competencia. Una vez que definamos qué juzgados, según los criterios de competencia objetiva, funcional y territorial, son a los que corresponde el conocimiento del procedimiento de separación o divorcio en el que nos encontremos.

³⁶Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018. “En relación con los gastos derivados de la propiedad, como son los de la comunidad y el IBI, que tienen carácter “propter rem”, corresponden al propietario. A falta de acuerdo o determinación en las medidas definitivas ha de considerarse que la deuda va unida a la propiedad del inmueble...”

En nuestro supuesto serán los Tribunales Españoles los que podrán ejercer su potestad jurisdiccional, reconocida en el art.117.3 C.E.³⁷, por un lado atendiendo a las circunstancias personales del supuesto dado, como que ambas partes son de nacionalidad española y tienen su domicilio también en España; y por el otro a la pretensión. En todo caso tenemos que remitirnos a los siguientes artículos, art.36.1³⁸ LEC, Art.22 bis³⁹, Art.22 ter⁴⁰ Art.22

³⁷Art.117.3 “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

³⁸Art. 36.1 LEC: "La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.”

³⁹ Art.22 bis LOPJ:

“1. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos. No surtirán efectos los acuerdos que atribuyan la competencia a los Tribunales españoles ni las estipulaciones similares incluidas en un contrato si son contrarios a lo establecido en los artículos 22 quáter, 22 quinquies, 22 sexies y 22 septies, o si excluyen la competencia de los órganos judiciales españoles exclusivamente competentes conforme lo establecido en el artículo 22, en cuyo caso se estará a lo establecido en dichos preceptos.

La sumisión a los Tribunales españoles en las materias contempladas en las letras d) y e) del artículo 22 quinquies sólo será válida si se fundamenta en un acuerdo de sumisión posterior a que surja la controversia, o ambos contratantes tuvieran ya su domicilio o residencia habitual en España en el momento de celebración del contrato o el demandante fuera el consumidor, asegurado o tomador del seguro.

2. Se entenderá por acuerdo de sumisión expresa aquel pacto por el cual las partes deciden atribuir a los Tribunales españoles el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La competencia establecida por sumisión expresa se extenderá a la propia validez del acuerdo de sumisión.

El acuerdo de sumisión expresa deberá constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente, o verbalmente con confirmación escrita, así como en alguna forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, o en el comercio internacional sea conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Se entenderá que media acuerdo escrito cuando resulte de una transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero.

Se considerará igualmente que hay acuerdo escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación dentro del proceso iniciado en España, en los cuales la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

3. Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones, serán competentes los Tribunales españoles cuando comparezca ante ellos el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia.”.

⁴⁰Artículo 22 ter:

“1. En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies.

quarter⁴¹ de la LOPJ, donde se regula la sumisión expresa o tácita, y en caso de ausencia de alguno de los criterios, los foros alternativos, siempre a favor del conocimiento del procedimiento por parte de la jurisdicción española.

Aplicando los criterios indicados debemos llegar a la solución de que los tribunales españoles tienen jurisdicción tanto exclusiva como excluyente para conocer del presente supuesto, pues son los de la residencia habitual de ambos cónyuges a la hora de la interposición de la demanda.

2. Se entenderá, a los efectos de este artículo, que una persona física está domiciliada en España cuando tenga en ella su residencia habitual. Se entenderá que una persona jurídica está domiciliada en España cuando radique en ella su sede social, su centro de administración o administración central o su centro de actividad principal.

3. En caso de pluralidad de demandados, serán competentes los Tribunales españoles cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España, siempre que se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo por razón del título o causa de pedir que aconsejen su acumulación.

4. No obstante, la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia.

5. No tendrá efecto la exclusión de la competencia de los Tribunales españoles en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.”.

⁴¹Art.22 quarter: “En defecto de los criterios anteriores, los Tribunales españoles serán competentes:

- a) En materia de declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español o tuviera nacionalidad española.
- b) En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España.
- c) En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.
- d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.
- e) En materia de adopción, en los supuestos regulados en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.
- f) En materia de alimentos, cuando el acreedor o el demandado de los mismos tenga su residencia habitual en España o, si la pretensión de alimentos se formula como accesoria a una cuestión sobre el estado civil o de una acción de responsabilidad parental, cuando los Tribunales españoles fuesen competentes para conocer de esta última...”.

Respecto a la competencia objetiva, funcional y territorial para conocer del caso concreto, la L.E.C. prevé una norma específica en su artículo 769, en virtud del cual “salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo⁴², el Juzgado de Primera Instancia⁴³ del lugar del domicilio conyugal”.

En el caso de que los cónyuges residieran en distintas provincias-partidos judiciales, el tribunal competente, quedaría a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado.

En el supuesto que nos ocupa, el Juzgado competente sería el Juzgado de Familia de Valladolid, no los Juzgados de Primera Instancia de Valladolid. La norma general da la competencia a los Juzgados de Primera Instancia, pero también dice “salvo que expresamente se disponga otra cosa”, esto es porque según lo dispuesto en los art. 98.1 LOPJ y 46 LEC, en los partidos judiciales donde existan Juzgados de Familia, serán éstos los competentes para conocer de los mismos. No se trata de órganos especiales, sino, únicamente están especializados en la materia que les incumbe exclusivamente. Al igual que cuando una de las partes sea víctima de violencia de género, la competencia la tendrán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

B) Si algunas de las pruebas admitidas no pudiesen practicarse en la vista, ¿cuándo sería el momento procesal oportuno, o dónde podrían practicarse?

La finalidad de la actividad probatoria en estos procedimientos se trata de alcanzar un camino real, constituyendo una doctrina aplicable a la mayoría de los supuestos análogos en esta materia. El art. 752 LEC, es una norma especial en materia probatoria ya que recoge la excepción a la hora de aplicar las normas generales, como las recogidas para los demás procedimientos de familia, como pueden ser, filiación, incapacidades, matrimonial de menores, etc. En concreto en los art. 271 y 460 de la LEC. Este precepto excepcional nos da dos posibilidades “a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes”.

⁴²“De los procesos matrimoniales y de menores”

⁴³ (competencia objetiva)

Esto nos viene a decir que no cabrá reclusión procesal si se quieren introducir nuevas pruebas. No obstante esta posibilidad debe entenderse limitada por la prescripción del art.770⁴⁴. En base a lo que indica el precepto, las pruebas admitidas y por consiguiente, pertinentes y útiles y determinantes para el proceso, podrían haberse practicado también dentro del plazo señalado de los 30 días.

En nuestro supuesto, el hecho más complicado de probar sería una convivencia marital con un tercero, ya que no se prueba únicamente con un documento de empadronamiento, sino que la jurisprudencia advierte que sea fehaciente dicha convivencia, es decir, notoria y estable. Esta prueba no incumbe a esta parte ya que sería contraria a los intereses de Lidia, por lo que lo tendría que probar Juan (en caso, de que Lidia conviviese con Ricardo o su vecina Luisa).

C) *¿Cuáles serían las consecuencias derivadas del incumplimiento reiterado del progenitor no custodio del posible régimen de visitas?*

El incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas que se pudiese establecer a Juan, tendría unas consecuencias civiles, tanto procesales como sustantivas. Tal incumplimiento podría corregirlo en tribunal que hubiese dictado la sentencia donde se establecía el régimen de guarda mediante sanciones consistentes en multas coercitivas en los términos regulados en los art. 706 y 709 de la LEC.

Si persistiera el incumplimiento por parte de Juan, dispone el mismo art. 776.3 LEC, que “el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”.

⁴⁴ Art.770.4^a LEC: “Las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días. Durante este plazo, el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oír a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.”.

Por lo que tendríamos que entender que ese incumplimiento reiterado da lugar a una variación sustancial de las circunstancias, que permitiría a Lidia (o el Ministerio Fiscal) solicitar una modificación de la medida, ya que es la parte interesada para promover dicha acción.

Así en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2013, n°823/2012, fundamenta “un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador. Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores”. Por consiguiente, siempre y cuando sea lo más beneficioso para el interés superior del menor, el régimen de visitas podría ser suspendido o reducido, e incluso en incumplimientos más graves, como sustracción de menores, cabría la privación de la patria potestad⁴⁵.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo n°621/2015, de 9 de noviembre de 2015, en Consejo General del Poder Judicial - CENDOJ.

CONCLUSION DICTAMEN

En este trabajo se han analizado los criterios que tienen en cuenta nuestros tribunales para la atribución del uso de la vivienda familiar tras las crisis matrimoniales en las diferentes situaciones que pueden encontrarse las familias. Se han podido obtener las siguientes conclusiones:

- I. En el Código Civil español no encontramos ninguna definición de *vivienda familiar*, por lo que se trata de un concepto jurídico impreciso. Para poder definirlo acudiremos a la jurisprudencia y a la doctrina. El análisis de diferentes definiciones aportadas en sentencias tanto por el Tribunal Supremo como por la doctrina nos permite afirmar que la vivienda familiar es un bien que no pertenece al derecho real donde se asienta la familia con idea de perdurar a lo largo del tiempo como instrumento de protección de su intimidad y el cumplimiento de las obligaciones familiares, con independencia de quién sea su propietario.

- II. En caso de que no existan hijos menores, el criterio general para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge, una vez producida la crisis matrimonial, reside en la determinación del interés más necesitado de protección, en virtud del artículo 96.3 del Código Civil. Para la determinación de este interés se tendrán en cuenta las circunstancias personales de cada caso para decidir cuál de los cónyuges se encuentra en una situación vulnerable, más necesitado de protección. Los tribunales tienen en cuenta para la determinación del interés más necesitado de protección las circunstancias que muestren los ingresos y la capacidad económica de cada cónyuge y la posibilidad de disponer de otra vivienda.

- III. Existiendo una hija menor y con régimen de guarda y custodia exclusiva, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor en cuya compañía queden, en nuestro caso es la pretensión que quiere Lidia, en aplicación del artículo 96.1 del Código Civil, pues se considera que así se estará protegiendo su interés, que es el más necesitado de protección. La tendencia actual de los Tribunales es la guarda compartida, que existiendo hijos menores con régimen de guarda y custodia compartida, la vivienda familiar puede atribuirse a los hijos menores. También podrá decidirse la atribución

de la vivienda al progenitor con el interés más necesitado de protección. En cualquier caso, la decisión sobre la vivienda familiar debe tomarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la familia, teniendo en cuenta aspectos como la capacidad económica de los progenitores, los deseos de los menores y el entorno que pueda proporcionarles cada progenitor.

- IV. La atribución del uso de la vivienda puede ser limitada temporalmente para proteger el derecho de disposición que pueda corresponder a un tercero. Así, superada la situación de necesidad que dio origen a la atribución de uso, la vivienda debe volver a la posesión de su titular para que éste pueda disponer de ella libremente. Se puede fijar esta limitación temporal desde el inicio del derecho de uso, o puede suspenderse el derecho una vez se pruebe que se ha superado la necesidad de protección. Si la vivienda pertenece a un tercero que la ha puesto a disposición de la familia, como es el caso, puede considerarse como una situación de precario, y los propietarios la podrán recuperar a pesar de la atribución de uso; pero si nos centramos en el supuesto, podemos concluir que en un principio, Lidia está en situación de precario pero dadas sus circunstancias personales, como que no es una persona ajena a los titulares de la propiedad, que se la cedió en uso por razón del matrimonio, que ella tuvo que cambiar de ciudad y dejar su trabajo...por lo que si inician el procedimiento de desahucio por precario, no estarían lanzando a un tercero desconocido de la vivienda, sino a su mujer/nuera y a su hija/nieta, por lo que aquí entra en juego esa *mala fe* que los Tribunales están reconociendo en las *formas de hacer*. A parte, los Tribunales vienen considerando que éste tercero a quien se le cede el uso de la vivienda, puede ser copropietario, por ejemplo, el hecho de que Lidia sea la mujer de Juan, que es propietario, hace que ella también sea copropietaria de la vivienda, aunque en un principio no fuese así. Con esta interpretación se desvanecería la situación de precario de Lidia.

Los gastos derivados del uso de la vivienda como luz, agua, gas, etc. se imputarían a Lidia, que no hay que confundirlos con los inherentes a la propiedad.

- V. La atribución del uso al progenitor, se produce para garantizar los derechos del menor, y que su situación, junto con la de sus progenitores, permanezca igual o lo más parecida posible a la que había antes de la crisis matrimonial. Si en los supuestos de separación y divorcio se puede mantener esa situación de igualdad para todos, ya

porque hubiese varias viviendas o porque económicamente podría resultar más fácil conseguir una igualdad, no habría mayor problema, pero en el supuesto que nos compete esto no es así, sobretodo, en las condiciones en las que Lidia se encuentra.

- VI. Cuando se ha cedido o atribuido en sentencia judicial el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores no titular de la vivienda, y además convive con un tercero maritalmente, nos basamos en la última jurisprudencia para dar solución en este supuesto, en la STS de 20 de noviembre, n°641/2018, ya que concluye diciendo que el estatus de domicilio familiar cambia por la introducción de un tercero en la vivienda en convivencia notoria y manifiesta relación con la progenitora. El derecho de uso de la vivienda familiar deja de existir en tanto en cuanto la vivienda conserve la característica de familiar. Por lo que el asesoramiento a Lidia en este punto es que Ricardo no se vaya a vivir con ella por la posible pérdida de su vivienda para con su hija; aunque la sentencia citada no se manifieste con el género o tipo de relación a la que considera en el término de marital, asesoramos a Lidia que tampoco conviva con su vecina Luisa, ya que al no hacer distinción la sentencia, entendemos que puede suceder igualmente la pérdida de la característica de familiar de la vivienda.
- VII. Aunque en la realidad práctica no hay unos criterios establecidos a la hora de probar esa convivencia, se entiende que la convivencia tendría que ser manifiesta, notoria, prolongada en el tiempo, manteniendo una relación familiar con el tercero, estableciendo lazos entre las personas que componen la familia.
- VIII. El abandono de Juan de la vivienda familiar, se hace efectivo cuando la jurisprudencia habla de abandono en los siguientes términos: espontáneo y definitivo. Este abandono implica la pérdida del derecho del uso de la vivienda por parte de Juan.
- IX. Respecto al préstamo hipotecario que grava la vivienda, hay que tener en cuenta el momento y quiénes constituyeron el préstamo hipotecario. En el supuesto dado la constitución de la hipoteca la hicieron los padres de Juan antes de la crisis matrimonial, por lo que ni Juan ni Lidia dieron su consentimiento, pero a la hora de aceptar la herencia de Mercedes, Juan se hace heredero tanto de la vivienda como del préstamo, por lo que en ese momento ya acepta y da su consentimiento para subrogarse en la hipoteca. Dicho esto, Lidia sería la único que no diese el consentimiento, pero esta línea de defensa es muy fina ya que se puede considerar que, a la hora de ceder

el uso de la vivienda al matrimonio, éste está aceptando el préstamo hipotecario que está gravando la vivienda que se les cede en uso. Lo que está claro es que, si el préstamo se deja de pagar, probablemente la vivienda salga del patrimonio debido a un procedimiento de ejecución por parte de la entidad financiera.

- X. En el punto de la determinación de la paternidad de la niña nos basamos en la solución del art.116 C.C., por lo que se presume a Juan padre de la hija por el mero hecho de haber nacido durante el matrimonio y 300 días antes de la ruptura de la pareja.

- XI. Como Lidia se encuentra en una situación de desamparo, y por tanto es el interés más necesitado de protección, y dado todo lo que ha tenido que dejar para convivir matrimonialmente con Juan, como su trabajo, su casa, su domicilio de nacimiento, así como a su familia, entendemos que está claro que se le debería conceder una pensión compensatoria, aunque fuese temporal ya que no deja de ser una persona joven que puede encontrar un trabajo que le ayude a rehacer su vida. Al igual que Juan se vería obligado al deber de prestar alimentos a su hija, por el simple hecho de ser su padre, acreditando su capacidad económica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Madrid: Edisofer SL, 2004, p. 317.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, no 21, 2008.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. La eficacia de la cosa juzgada en el juicio de desahucio por precario, en *Revista Aranzadi Doctrinal* no 11/2013.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.I*.
- JUAN SÁNCHEZ, R. Legislación Procesal y Comunidades Autónomas. Pamplona: Aranzadi, SA, 2014.
- LEGERÉN MOLINA, A. Comentario a la Sentencia de 30 de abril de 2012, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* no 90/2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2018 (nº641/2018).
- MURILLAS ESCUDERO, J.M., Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿Precario o Comodato?, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales* no 11/2007.
- PÉREZ CONESA, C., División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* no 3/2012.

- SÁNCHEZ-CALERO A., B., El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la ley orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, *en II Congreso mundial de derecho de familia y de menores, El Ejido, 2008.*

- ZUMAQUERO GIL, L., La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuesta de reforma, *en Revista de Derecho Patrimonial n°41/2016.*