



Universidad de Valladolid



Máster en Abogacía y Procura

EL USO NO CONSENTIDO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. RECURSOS LEGALES

Presentado por:

María Yolanda López Cáceres

Tutelado por:

Fernando Crespo Allúe

Valladolid, 23 de enero de 2024

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	4
DICTAMEN	5
I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES	5
II. LA DOCTRINA DEL TS SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA	6
III. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO	9
<i>CONCEPTO Y CARACTERES DE LA VIVIENDA FAMILIAR</i>	10
<i>NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR</i>	11
<i>LIMITACIÓN TEMPORAL</i>	12
IV. EL PRETENDIDO CESE DEL USO INCONSENTIDO DE LA VIVIENDA FAMILIAR	15
<i>ENRIQUECIMIENTO INJUSTO</i>	17
<i>OTRAS CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA. EL CARÁCTER FAMILIAR DE LA VIVIENDA</i>	19
<i>EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU VINCULACIÓN CON LOS INTERESES PATRIMONIALES DE SUS PROGENITORES</i>	19
V. EJERCICIO DE ACCIONES	21
<i>ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO</i>	21
<i>ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS</i>	26
CONCLUSIONES	28
BIBLIOGRAFÍA	31
JURISPRUDENCIA	34
<i>TRIBUNAL SUPREMO</i>	34
<i>AUDIENCIAS PROVINCIALES</i>	35
<i>AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA</i>	35
<i>AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID</i>	35
<i>AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA</i>	35

ANTECEDENTES DE HECHO

Rodrigo y Alejandra contrajeron nupcias en Valladolid el 20 de julio de 2002, naciendo del mencionado matrimonio 2 hijos, Iván y Paula, el 1 de enero de 2004 y el 14 de febrero de 2010 respectivamente.

Ambos son propietarios, por iguales partes, de un inmueble sito en la Calle Portillo de Balboa, nº 49, 2º E, 47010 Valladolid, adquirido en su día, constante su matrimonio y para su sociedad legal de gananciales, mediante la suscripción con la entidad financiera BBVA de un préstamo con garantía hipotecaria que ya ha sido totalmente liquidado, no adeudándose cantidad alguna por este concepto.

Fruto de distintas desavenencias conyugales, obtuvieron su divorcio en 2017 en procedimiento de Mutuo Acuerdo, donde además de este, y entre otros pronunciamientos, se acordaba la guarda y custodia exclusiva a favor de la madre, atribuyéndose el uso exclusivo de la vivienda familiar a Dña. Alejandra y los hijos, hasta la mayoría de edad de estos, así como una pensión de alimentos a cargo de D. Rodrigo.

Mediante Sentencia, dentro del procedimiento de modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias promovido por D. Rodrigo contra Dña. Alejandra, se determinó en su parte dispositiva, entre otras medidas, la guarda y custodia compartida y atribuir el uso y disfrute del que fue domicilio familiar a Dña. Alejandra hasta la efectiva liquidación de sociedad de gananciales.

Seguido procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, se adjudicó la propiedad a ambos al 50%, sin que exista, en ese procedimiento, adjudicación de uso a favor de ninguno de los copropietarios y manifestando uno y otro su deseo y propuesta de la venta del mismo a un tercero.

Aconsejado por un amigo, quien se encuentra en similar situación, D. Rodrigo, remite un burofax a su ex mujer poniendo de manifiesto que no goza del consentimiento para el uso exclusivo y excluyente de la vivienda, participándola, además, que de persistir en ese uso

inconsentido, y produciéndose un evidente perjuicio, se le reclamará el 50% de la renta media de mercado de la precitada vivienda.

A fecha de hoy, Dña. Alejandra, no solo continúa en esa vivienda, sino que, además, ha obstaculizado cualquier intento de venta de la misma, negándose a recoger cualquier notificación (ni tan siquiera el burofax), y sin que el inmueble se encuentre actualmente en el mercado ni habiéndose enseñado a ninguna persona.

Ante esta situación, D. Rodrigo solicita un dictamen sobre las posibilidades de actuación a fin de que cese el uso exclusivo de la vivienda por Dña. Alejandra, así como sobre la posibilidad de reclamar una compensación económica por el uso exclusivo por parte de esta.

DICTAMEN

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES

Partiendo del núcleo central donde se encuentra situada la cuestión de mayor enjundia del supuesto, cierto resulta que plantea otros problemas, que, aunque colaterales, no dejan de ejercer influencia sobre el mismo por su íntimo contacto y, por ende, habrán de tratarse dada su especial trascendencia.

Esbozado así, inicialmente, la suma de cuestiones con que tenemos que enfrentarnos, podríamos, en aras a facilitar los razonamientos, proceder a su ordenación o sistematización del siguiente modo:

En primer lugar, trataremos todo lo concerniente, que al caso afecta, de la doctrina sentada del Alto Tribunal sobre la custodia compartida.

En segundo lugar, parece necesario tratar la atribución de la denominada “vivienda familiar”, para después delimitar los criterios legales que desembocan en la extinción del derecho de su uso.

Por último, habrá de examinar lo relativo al uso inconstituido de la vivienda familiar y cuáles son las posibilidades de cesar con el enriquecimiento injusto por quien viene disfrutándola sin justo título, a la luz de los cauces y requisitos que para ello establece el Ordenamiento Jurídico.

II. LA DOCTRINA DEL TS SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA

El artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 consagra el derecho del menor a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si ello es contrario a su superior interés. Por otro lado, el artículo 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea dispone que “*todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses*”, y asimismo, en su artículo 14 reza que “*En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño*”¹.

Tras la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio se incorpora la custodia compartida, en nuestro Derecho, como la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y beneficiario del régimen de comunicación y estancia con los hijos².

¹ ALBA ESPÍN, I. “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 21, 2019, p. 66.

² DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023, p. 5.

Entendida como el ejercicio conjunto del deber de los progenitores de tener en su compañía a sus hijos menores³, la custodia compartida está resultando, en los últimos tiempos, objeto de serios y concienzudos análisis doctrinales elaborados desde la perspectiva del mejor interés del menor⁴ en cuanto a eje principal de este sistema de guarda y custodia, no resultando las relaciones entre los excónyuges por sí solas relevantes ni irrelevantes para determinarla, siempre que no se lesionen los derechos fundamentales del menor a la integridad física o psicológica, libertad, educación, intimidad, etc.⁵ Constituye, en definitiva, una de las claves de bóveda del nuevo sistema que busca una implicación constante de los padres en la crianza y formación de los hijos aún en situaciones de crisis familiar⁶, la cual permite hacer efectivo el derecho de los niños de relacionarse con ambos progenitores y evita una petrificación de la situación del menor, difícil de revertir, como indica, entre otras, la STS de 19 de julio de 2013 al establecer en su fundamento jurídico 2º que “*exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel*”.

La custodia compartida presenta un doble fundamento en tanto en cuanto la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los cónyuges, pero no a las obligaciones de estos para con sus hijos y el derecho de los menores a relacionarse por igual con ambos progenitores, basándose, por tanto, en los principios de coparentalidad (derecho que tienen los menores a mantener una relación fluida y estable con sus dos progenitores) y corresponsabilidad parental (igualdad de derechos y reparto equitativo de los deberes de los padres en lo concerniente al cuidado de sus hijos menores)⁷.

³ MONTERO CASADO, E. & RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G. “Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*”. *CEFLegal Revista práctica de derecho*, núm. 131, 2011, p. 14.

⁴ ALBA ESPÍN, I. *Op. Cit.*, p. 66.

⁵ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. *Op. Cit.*, p. 8.

⁶ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. *Op. Cit.*, p.42.

⁷ MARTÍNEZ CALVO, J. “La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español”. *Tesis Doctoral con mención internacional*. Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 2018, pp. 41-42.

El TS⁸ sienta doctrina en cuanto a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil, planteando la custodia compartida como la mejor solución para los hijos, al tratarse del sistema que mayores beneficios presenta para ellos, pues respeta el derecho de estos de mantener su relación con ambos progenitores, convirtiéndola en el sistema “normal y deseable”, por tratarse de un derecho de los niños a ser educados, criados y amparados por ambos progenitores, aplicándose “siempre que sea posible y en tanto en cuanto lo sea”, aproximando al modelo de convivencia existente anterior a la crisis y garantizando, al unísono, la posibilidad de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, fomentando la integración de los menores con ambos progenitores y evitando el sentimiento de pérdida, no cuestionando la idoneidad de los progenitores y estimulando la cooperación de los padres en beneficio de los menores a cuyo superior interés debe responder la medida.

Los criterios o requisitos establecidos en la STS de 29 de abril de 2013 han de ser integrados con hechos y pruebas y así lo remarcó el TS⁹ al establecer que la “*Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas*”.

El Alto Tribunal nuevamente sienta doctrina en 2013¹⁰, a penas 7 meses más tarde, y enumera de forma clara y concisa aquellos criterios por los que debe optarse preferentemente a la concesión (en aquellos casos que las circunstancias en atención al interés del menor lo permitan) de la guarda y custodia compartida, toda vez que, con dicho sistema: “*A). Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia. B). Se evita el*

⁸ STS de 29 de abril de 2013, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2013:2246

⁹ STS de 3 de marzo de 2016, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2016:801

¹⁰ STS de 25 de noviembre, de 2013 FJ. 4º ECLI:ES:TS:2013:5710

sentimiento de pérdida. C). No se cuestiona la idoneidad de los progenitores. D). Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficacia”.

Interesa pues, abordar este régimen de guardia y custodia en relación con el uso de la vivienda familiar, dadas las circunstancias, por su especial trascendencia, pues una de las coyunturas más determinante a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, resulta la guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, no pudiendo quedar adscrita a uno de los progenitores con exclusividad y no procediendo la adjudicación definitiva de la vivienda a ninguno de estos al ostentar ambos, D. Rodrigo y D^a Alejandra, la custodia compartida¹¹ tras la modificación de medidas, lo que en palabras del Alto Tribunal¹² podría suponer la extinción del derecho de uso que hasta el momento ha venido disfrutando la madre, por no existir ya una residencia familiar, sino dos.

III. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO

Las consecuencias patrimoniales, que la ruptura de la pareja conlleva, son innegables, toda vez que donde antes existía un único hogar o residencia, tras la crisis de la misma, separación, divorcio o nulidad matrimonial de los cónyuges, habría de haber, al menos, dos¹³.

El nivel de litigiosidad sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, distinto de la propiedad de la misma, es alto y su atribución, resulta, ciertamente, junto con la custodia de los hijos menores, el principal caballo de batalla¹⁴ de las crisis familiares. No es de extrañar, pues,

¹¹ DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023, p.12.

¹² STS de 9 de mayo de 2018, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2018:1627

¹³ MINERO ALEJANDRE, G. “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *Lege Ferenda*”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 42, 2020, p. 135.

¹⁴ CHAPARRO MATAMORO, P. “*La vivienda en las crisis familiares*”. 2022, p. 1 <http://www.tirantonline.com>

teniendo en cuenta el sobrecoste de la adquisición o arrendamiento de una vivienda en nuestro país, resulta que el derecho de uso de la vivienda goza de un valor económico considerable, sacando, al excónyuge usuario, un beneficio innegable¹⁵.

Es poco probable que anterior a incoar el procedimiento pertinente hubieren extinguido el régimen de copropiedad o liquidación de la sociedad de gananciales que pudiera existir en cada caso concreto, siendo, comúnmente, después de dictarse la sentencia de separación, divorcio o nulidad, cuando se produzca.

El derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Se mantiene en tanto la vivienda conserve el carácter de familiar y se pierde cuando no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial¹⁶, y los hijos no precisan de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

Concepto y caracteres de la vivienda familiar

Pese a su alto nivel de protección, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. La vivienda familiar no goza de definición alguna dentro del CC, debiendo aproximarnos a tal concepto a través de la doctrina y jurisprudencia, en especial la de nuestro Alto Tribunal, gracias a la cual podemos afirmar que se trata de un bien familiar y no patrimonial, donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia, protegida por el Ordenamiento Jurídico, en el sentido de que la finalidad que se persigue es la protección de la familia y, especialmente, de los hijos en su entorno habitual¹⁷.

¹⁵ MINERO ALEJANDRE, G. *Op. Cit.*, p. 138.

¹⁶ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, p. 1792.

¹⁷ UREÑA MARTÍNEZ, M. (2022). *Derecho de familia: lecciones de Derecho Civil*. Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, 2022, P. 245.

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, el TS¹⁸ conceptúa la vivienda familiar, como “*el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos*”.

En la jurisprudencia menor, podemos encontrar, asimismo, acertadas y bastante precisas definiciones, como la contenida en la Sentencia de 16 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Valladolid “*aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas*”.

Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar

Resulta cuestión muy discutida la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, siendo la controversia sobre si se trata de un derecho real o, por el contrario, personal.

Conforme a su actual regulación en el CC, el derecho *per relationem* a usar la vivienda familiar, goza de naturaleza jurídica de derecho personal, aunque ello no resulte óbice para constatar su estrecho contacto con los derechos reales, ya que aunque encorsetado en la estructura de derecho personal, su naturaleza le permite servir a los intereses que está llamado a proteger moviéndose con dificultad en el Derecho, tomando atributos que no le corresponden y disfrazándose de derecho real, cuando las circunstancias se lo permiten. En definitiva, transformándose y mutando; generando confusión en la jurisprudencia y en la doctrina, que, en muchos casos, no sabe identificar los comportamientos, e interpreta, erróneamente, sus efectos¹⁹.

Podemos afirmar, por tanto, que este derecho, concedido en sentencia del Derecho de familia no es un derecho real, sino un derecho personal de carácter familiar, cuya titularidad

¹⁸ STS de 16 de noviembre de 1996, FJ. 7º ECLI:ES:TS:1996:7256

¹⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D. “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”. *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, p. 22.

corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o, no habiendo estos, al cónyuge que se estima que ostenta un interés más necesitado de protección²⁰.

Limitación temporal

El TS afirma que “*la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)*”²¹.

Del carácter intrínsecamente temporal del derecho de uso se infiere la necesidad de que la resolución judicial que lo cree fije el periodo de duración de este derecho o la horquilla temporal para proceder a la revisión de su necesidad o procedencia, habitualmente, mientras dure el procedimiento de liquidación del régimen de gananciales²².

La facultad de limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar está contemplada en el artículo 96 CC con miras a salvaguardar mejor todos los intereses en juego, debiendo ser posible, siempre y cuando, constituya una solución razonada y no perjudique el interés de los menores, por contar los progenitores con capacidad suficiente para atender las necesidades de habitación de los mismos o cuando la atribución indiscriminada suponga un abuso del derecho²³, y así cumplido el plazo de uso, las necesidades de vivienda de los hijos queden cubiertas por otras vías, no siendo necesariamente por la adquisición de una nueva

²⁰ SIFRE PUIG, R.F. “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2020, p. 163.

²¹ STS de 19 de noviembre de 2013, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2013:5509

²² MINERO ALEJANDRE, G. “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *Lege Ferenda*”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 42, 2020, pp. 140-141.

²³ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, p.1972.

vivienda, sino dándoles cobijo en otras alternativas a la familiar, ya sean arrendadas, cedidas por familiares, etc.²⁴

¿Puede limitarse temporalmente este derecho de uso al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, mientras los hijos sean menores de edad?

Aunque se ha venido manteniendo la atribución indefinida como garante de la estabilidad del menor, hoy día se opta por la limitación temporal, pese a la minoría de edad de los hijos, contemplándose como una medida favorecedora de todos los intereses en juego, y ello porque al contribuir a mantener un nivel económico de ambos progenitores, especialmente del que sale de la vivienda y debe sufragar los gastos de habitación en otro lugar además de la pensión de alimentos a los hijos, le evita pasar calamidades y le permite suprimir la situación de asfixia económica que provoca, en no pocos casos, que la atribución tenga una duración ilimitada²⁵.

De no establecerse límites temporales al ejercicio del derecho de uso sobre la vivienda familiar, las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario quedarían frustradas durante un largo periodo de tiempo, incluso indefinidamente, motivo por el cual, pese a que los hijos sean menores de edad, un amplio sector judicial, entre los que se encuentra la AP de Valladolid²⁶, admite la temporalización, de este citado derecho, al momento en que se efectúe la pertinente liquidación de la sociedad de gananciales, momento a partir del cual se extinguirá el mismo, procediéndose, bien a la venta del inmueble, repartiéndose proporcionalmente el producto obtenido, bien a la adjudicación a uno de los cónyuges con la pertinente indemnización al otro de la mitad de su valor, pues junto al criterio del interés superior del menor existen otros dignos de tutela²⁷.

Incluso el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de noviembre de 2022, entiende que queda vulnerada la Jurisprudencia sentada por esta Sala fijada en los supuestos, como el presente,

²⁴ CHAPARRO MATAMORO, P. “*La vivienda en las crisis familiares*”. 2022, p. 4. <http://www.tirantonline.com>

²⁵ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. *Op. Cit.*, p. 1972

²⁶ SPAVA de 5 de septiembre de 2008 ES:APVA:2008:583.

²⁷ UREÑA MARTÍNEZ, M. (2022). *Derecho de familia: lecciones de Derecho Civil*. Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, 2022, p. 252-253.

de custodia compartida sobre la atribución temporal de la vivienda familiar, al no fijar un límite temporal “*Con esta finalidad, de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero, 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado*”, y aunque cierto resulta que en julio del pasado año 2023, el TS²⁸ se vuelve a pronunciar al respecto, reiterando que “*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC*”, reconoce sin embargo que “*Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...*”.

En vista de que la guarda y custodia, en el caso que nos ocupa, es compartida, los criterios jurisprudenciales que habrán de tenerse en cuenta responden a la fijación temporal del uso limitada, y así lo resolvió el propio TS²⁹ en 2018 en caso análogo al establecer que “*De esta doctrina cabe extraer que concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hija dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad (sentencia 513/2017, de 22 de septiembre)*”.

²⁸ STS de 17 de julio de 2023, FJ. 3º ECLI:ES:TS:2023:3322

²⁹ STS de 10 de enero de 2018, FJ. 3º ECLI:ES:TS:2018:36

IV. EL PRETENDIDO CESE DEL USO INCONSENTIDO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En atención al tenor literal del artículo 96 del CC, no encontramos ninguna referencia a la onerosidad que pudiere conllevar el derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuestión enormemente discutida en la doctrina, donde los argumentos a favor y en contra de la solicitud de una compensación por la privación de ese derecho de uso sobre la vivienda familiar y la libre disposición sobre la misma que sufre uno de los cónyuges, se enfrentan en un escenario no regulado legalmente³⁰.

Con arreglo a la determinación de la atribución judicial del uso, los Tribunales vienen entrando a valorar ciertas circunstancias que debieren cristalizar en una nueva regulación, tales como la compensación económica para el no custodio o la propia limitación temporal aun existiendo hijos menores de edad, tomando en consideración, no únicamente el interés superior de menor, evitando a toda costa el cambio de domicilio, sino procurar, en aras a salvaguardar, su propia estabilidad emocional a través de una adecuada relación entre sus progenitores, cuestión muy complicada cuando uno de ellos resulta perjudicado a todas la luces personal y patrimonialmente, generando situaciones de impotencia y conflicto que directamente perjudican al propio menor³¹.

El uso exclusivo de la vivienda por parte de D^a Alejandra derivado de una situación anterior legítima no atribuye a D. Rodrigo derecho a compensación o indemnización alguna por sí solo³², pero sí surge ese derecho a su favor en tanto en cuanto continúe en la posesión de

³⁰ VIDA CARRIÓN, M. C. (2011). [en línea]: *La disposición, que no uso, del domicilio familiar en relación al art. 96 CC en los procedimientos de divorcio*. LEFEBVRE. <<https://elderecho.com/la-disposicion-que-no-uso-del-domicilio-familiar-en-relacion-al-art-96-cc-en-los-procedimientos-de-divorcios>> [Consulta: 17 diciembre. 2023].

³¹ MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, p.1801.

³² STS DE 29 DE MARZO DE 2022 FJ. 1º ECLI:ES:TS:2022:1213 “[s]i bien un uso exclusivo derivado normalmente de una situación anterior legítima, como es el caso aquí enjuiciado, no comporta la condena automática al pago de esa compensación o indemnización, sí surge ese derecho cuando la posesión continúa contra la oposición expresa del otro copartícipe. No se trata por ello, de aplicar una indemnización automática por el citado no uso del otro comunero que se opone al uso exclusivo y excluyente por parte del otro, sino que una vez justificado que el uso exclusivo del inmueble se mantiene pese a la voluntad contraria del otro copropietario con

aquella contra la oposición expresa de éste, habiéndole requerido para que le compensara tal ocupación exclusiva y excluyente, debiendo, por tanto, indemnizar los perjuicios causados concretados en la imposibilidad de arrendar o vender el inmueble a terceros³³, pues como ya expresó la Audiencia Provincial de Cantabria³⁴ “*En la SAP Cantabria (2a) de 24 de septiembre de 2021 -también en la previa SAP (2a) de 25 de mayo de 2020- indicábamos que <<Ciertamente ese uso exclusivo y excluyente del bien puede convertirse en ilícito y ser causa no justificante de un enriquecimiento cuando contraviene las normas que los comuneros hayan pactado para el uso de la cosa o medie un requerimiento expreso de los otros comuneros, pero debe tratarse de un requerimiento a estos efectos, no solo una intimación para que cese en el uso - al que tiene derecho, se insiste-(..)>>. Por ello, no es exigible para provocar una acción de resarcimiento o de enriquecimiento injusto, como la ahora formulada por vía reconventional, el cumplimiento de ambos presupuestos, sino uno solo de ellos: bien el pacto sobre el destino de la cosa, bien el requerimiento expreso y concreto*”.

Desde 2022, y sin intención de dejar la vivienda, resulta que D^a. Alejandra, aprovecha y/o disfruta sus derechos dominicales sobre la misma, con detrimento de los derechos de D. Rodrigo, sin que, en esa situación, creada y mantenida de hecho haya causa justificada alguna, razón por la que, a fin de impedir el enriquecimiento injusto por parte de D^a Alejandra, se pretende el establecimiento de una cantidad mensual con la que ésta deberá compensarle hasta el abandono de la vivienda, o el cese de la copropiedad sobre la misma.

idéntica cuota, en este caso la demandada que requirió al actor para que le compensara de tal ocupación exclusiva y excluyente, esa oposición expresa a la continuidad del uso sin contraprestación, debe estimarse da derecho a pretender una indemnización por los perjuicios causados, concretados en este caso en la pérdida de la posibilidad de arrendar el citado inmueble a terceros con la obtención por ello de la parte de la renta correspondiente [...]. [p]arece mas (sic) ajustado a la situación aquí existente, y es el que ha venido siendo mantenido por esta Sala en resoluciones precedentes con fundamento en estimar que aun cuando las cuotas de comunidad podrían ser calificados (sic) como gastos necesarios y en consecuencia estarían incluidos en la obligación que a todo copropietario impone de contribuir a los mismo (sic) el Art. 395 del Civil, lo cierto es que en supuestos como el de autos en que el inmueble en copropiedad ha sido disfrutado en forma exclusiva y excluyente por uno de los partícipes como es el caso, su abono ha de corresponder al citado también en exclusiva, pues en otro caso se produciría un evidente enriquecimiento injusto en perjuicio del resto [...]”.

³³ Diariolaley. *El uso de la vivienda familiar por un cónyuge tras el periodo por el que le fue asignada no genera derecho a indemnización en favor del otro cónyuge*. III LA LEY. <<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/05/03/el-uso-de-la-vivienda-familiar-por-un-conyuge-tras-el-periodo-por-el-que-le-fue-asignada-no-genera-derecho-a-indemnizacion-en-favor-del-otro-conyuge>> [Consulta: 14 diciembre. 2023].

³⁴ SAPS de 9 de enero de 2023, FJ 4º ECLI:ES:APS:2023:41

Enriquecimiento injusto

Se habla de enriquecimiento sin causa o injusto, también de enriquecimiento injustificado, para referirse al desplazamiento de bienes, provechos o ventajas que, sin causa que lo justifique, y con observancia estricta de la legalidad, se produce entre un patrimonio que se enriquece y otro que, paralelamente y a causa de ese enriquecimiento, se empobrece³⁵.

El Alto Tribunal en Sentencia de 31 de marzo de 1992 resume los requisitos que han de concurrir para poder apreciar el enriquecimiento injusto *“La reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un “damnum emergens” o por un “lucrum cesans”; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio”*³⁶.

Conforme reiterada jurisprudencia, el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto requiere la concurrencia de estos requisitos³⁷: *“(a) enriquecimiento por uno de los intervinientes en el acto del contrato; (b) el correlativo empobrecimiento por la otra parte; (c) la ausencia de causa justificativa del enriquecimiento; y (d) inexistencia de disposición normativa que excluya ese enriquecimiento”*.

En el presente caso concurren estos requisitos, pues habiendo cesado el derecho de uso que ostentaba D^a Alejandra sobre dicha vivienda, no tiene título. Igualmente, carece de consentimiento. Por ello, el uso del que viene disfrutando le está suponiendo un enriquecimiento injusto, traducido en un incremento patrimonial, toda vez que obtiene una vivienda gratuita; produciendo esta situación el correlativo empobrecimiento de D. Rodrigo, por la no obtención de un lucro que jurídicamente le hubiera correspondido, traducido en la pérdida o perjuicio patrimonial, dándose todos los requisitos jurisprudenciales exigidos para apreciar el enriquecimiento injusto.

³⁵ ATCu de 23 de marzo de 2023, FJ 9º.

³⁶ STS de 31 de marzo de 1992, FJ. 3º ECLI:ES:TS:1992:2846

³⁷ STS de 25 de junio de 2020, FJ. 1º ECLI:ES:TS:2020:2072

No tiene título D^a Alejandra porque tal y como determina la sentencia de modificación de medidas, se atribuía el uso de la vivienda mientras no se hiciera efectiva la liquidación de la sociedad de gananciales, cuestión que ya se produjo en 2022.

Es sin duda contrario a derecho que un comunero utilice la cosa común de un modo excluyente, que impida el ejercicio por el otro u otro de los partícipes de su igual facultad de uso solidario y que, a la luz del artículo 1695.2^a CC, *“impida el uso a que tienen derecho sus compañeros”*, además, en Sentencia de 29 de marzo de 2022, el TS establece que *“para que el uso de la cosa común en exclusiva por uno o varios comuneros se repunte excluyente y en consecuencia ilícito, con posibilidad de generar derecho indemnizatorio o de resarcimiento a favor de los comuneros que no usan de aquélla, se precisará quebrantar alguno de los límites establecidos en el artículo 394 Código Civil, lo que acontecerá, entre otros, cuando reclamado inequívocamente por cualquiera de los restantes copartícipes su derecho a utilizar la cosa común, mediante un uso solidario o compartido, o cuando no fuere aconsejable por la naturaleza de la cosa, mediante la aplicación de turnos con uso exclusivo por periodos sucesivos y recurrentes, les fuera en cualquier forma obstaculizado o impedido, lesionando con ello su derecho”*.

El enriquecimiento injusto, apreciado en otras situaciones idénticas a la que nos encontramos, también queda recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 29 de diciembre de 2010 o la dictada el 14 de octubre de 2013, que dispone expresamente: *“en el caso de los autos la acción ejercitada se fundamenta en la situación creada tras la disolución de su sociedad de gananciales, donde la vivienda que fuera familiar, ha quedado en situación de copropiedad pura, propiedad indivisa, sobre la que ambas partes ostentan sus plenos derechos dominicales, en tanto en cuanto procedan a la división o extinción de la propiedad (al parecer está ya iniciado el proceso judicial para su disolución). Siendo así que, en la actualidad solo el demandado, aprovecha o disfruta sus derechos dominicales sobre la vivienda (lucrum emergens), con detrimento de los derechos de la parte actora (damnum emergens), sin que en esa situación creada y mantenida de hecho (por cualesquiera causas) haya causa justificativa alguna que conste en autos. (...) Por consiguiente y particularmente desde el referido momento de la disolución de la sociedad de gananciales, el apelante viene produciendo a su favor un enriquecimiento “injusto”, no justificado, que, siendo demandado por la actora copropietaria en igualdad de términos a los efectos económicos pertinente compensatorios y sobre la cantidad razonablemente exigida no se ha hecho cuestión alguna, conllevan la procedencia de estimar su demanda como fundadamente se ha hecho en la Sentencia impugnada.”*

Otras consideraciones a tener en cuenta. El carácter familiar de la vivienda

A tenor de lo dispuesto en la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2013 solo es considerada vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia, de manera que, usando este criterio, consideramos que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar, porque como señala la sentencia citada, no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial³⁸, más aun teniendo en cuenta que la madre ya no ostenta la guardia y custodia única.

El principal argumento en el que se basan tanto el TS como la AP de Valladolid para afirmar que la vivienda ha perdido su carácter familiar es que ha dejado de servir a los fines del matrimonio, por lo que la consecuencia no podría ser otra que el cese de dicha condición en el momento preciso en el que se disuelve el vínculo matrimonial, sin necesidad de que se produzca ninguna otra circunstancia³⁹.

En definitiva, 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 familiar⁴⁰.

El interés superior del menor y su vinculación con los intereses patrimoniales de sus progenitores

Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos del primero. Más allá de que se le proporcione una vivienda que cubra

³⁸ STS de 20 de noviembre de 2018, FJ. 1º ECLI:ES:TS:2018:3882

³⁹ CALVO MARTÍNEZ, J. “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2019, p. 162.

⁴⁰ STS de 20 de noviembre de 2018, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2018:3882

las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a los hijos y al progenitor custodio en calidad de domicilio familiar un inmueble que no sirve a estos fines, fuera del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos cónyuges⁴¹.

El TS estima que la extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar no vulnera el interés superior del menor⁴² al ser posible satisfacer el derecho de habitación de los hijos a través de otros medios, conciliando así sus interés con los intereses patrimoniales de sus progenitores, toda vez que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados (*vid.* art. 2.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, redactado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)⁴³.

Sin duda, el interés prevalente del menor y así lo hace saber el Alto Tribuna, dos décadas atrás, en Sentencia de 17 de octubre de 2013 – *“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, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, 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 a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en*

⁴¹ Noticias Jurídicas (España). [en línea]: *El Supremo establece que la atribución del uso de la vivienda familiar que no sirve a los fines del matrimonio.* <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/6232-el-supremo-establece-que-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-que-no-sirve-a-los-fines-del-matrimonio-debe-limitarse-al-tiempo-necesario-para-liquidar-la-sociedad-de-gananciales/>>. [Consulta: 27 nov. 2023].

⁴² STS de 20 de noviembre de 2018, FJ. 2º ECLI:ES:TS:2018:3882 *“El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda”.*

⁴³ CALVO MARTÍNEZ, J. *Op. Cit.*, p.159.

el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino 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. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre”.

V. EJERCICIO DE ACCIONES

Actio Communi Dividundo

La *actio communi dividundo* o acción de división de cosa común se puede definir como la acción que cada condómino tiene en particular, para ejercitar su derecho a la división de la cosa común, cuando esta no ha podido realizarse amistosamente, de común acuerdo, a través de la división⁴⁴.

El artículo 392 del CC define la copropiedad, estimando que esta se produce cuando una cosa o un derecho pertenecen en proindiviso a varias personas, siendo los condóminos varias personas que tienen derechos sobre la misma cosa, y como quiera que nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad, el cauce para salir de la comunidad es el ejercicio de la *actio communi dividundo*⁴⁵.

Nadie puede ser obligado a mantenerse en copropiedad y, para ello, se habilita el mecanismo de ejercitar la acción de división conforme al art. 400 CC que se fundamenta en el principio romano *nemo invitus complellitur ad communionem* (nadie, contra su voluntad, puede ser

⁴⁴ REVUELTA SALAZAR, M. *La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano*. Servicios de publicación de la Universidad de Jaén, 2003, p. 148.

⁴⁵ PÉREZ DÍAZ, R. *Op. Cit.*, p. 672.

forzado a la comunidad) y establece que «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común»⁴⁶; permitiendo a cada comunero imponer la división de la cosa común en cualquier momento, dado su carácter irrenunciable e imprescriptible, de la *actio communi dividundo*, en virtud de lo consagrado en el artículo 1965 CC, gozando de un innegable carácter permanente y que subsiste mientras dure aquella, además de la naturaleza transitoria e incidental de la que se reviste el régimen de comunidad⁴⁷.

Por su parte, el art. 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone que “...*En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa*”.

Cabe resaltar que el ejercicio de la acción de división de cosa común no es una obligación sino una facultad⁴⁸ y, en consecuencia, resulta posible su ejercicio antes, durante o, incluso, posterior al divorcio, siempre y cuando ya haya tenido lugar la efectiva liquidación de gananciales⁴⁹, siguiendo los trámites del juicio verbal previstos del artículo 437 CC.

La *actio communi dividundo*, tiene un carácter absoluto, ya que el supuesto de indivisión consagrado en el artículo 401 CC no constituyen una excepción a la norma general, sino que el mismo entra en los supuestos a los que se aplican los artículos 404 CC⁵⁰ y 1062 de idéntico

⁴⁶ PÉREZ DÍAZ, R. *Op. Cit.*, p. 679.

⁴⁷ STS de 27 de febrero de 2012, FJ. 3º ECLI:ES:TS:2012:1082

⁴⁸ SAPB de 13 de diciembre de 2013, FJ. 1º ECLI:ES:APB:2013:14498

⁴⁹ PÉREZ DÍAZ, R. “La comunidad de bienes en el Derecho romano y en el Derecho español. El ejercicio de la *actio communi dividundo* en los procesos matrimoniales”. *Fundamentos romanísticos del derecho*, vol. 5, 2021, p. 686.

⁵⁰ “*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio. En caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños. A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal, teniendo en cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal si fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado*”.

cuerpo legal⁵¹ en cuanto modos especiales de extinguir la comunidad sin división material de su objeto.

En este sentido, el TS⁵² declaró en 2009 que *“lo cierto es que mientras dure la indivisión, a cada condueños (porque esa es la esencia del condominio de tipo romano, que signe nuestro Código Civil, a diferencia de la comunidad germánica) le corresponde una cuota ideal y abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, física y registralmente individualizados, objeto del condominio (...) y que, al ponerse fin a la indivisión, tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, como pretende la recurrente, a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coactivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio entre los condueños (arts. 404 y 1062 CC)”*.

Queda sentado, pues, que responde a un principio fundamental en esta materia que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad. Toda la jurisprudencia parte de la base de que la copropiedad es tenida como un estado transitorio mirado con disfavor por la ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista como revela la rotundidad del propio citado art. 400 CC. Así, la sentencia del TS de 11 de noviembre de 1927 ya declara que es un principio esencial el de la individualización de la propiedad con miras a evitar los frecuentes y graves males que provienen de la diversidad de condóminos y siendo el carácter del art. 400 CC tan absoluto que no admite excepción alguna.

El artículo 404 del CC determina expresamente que cuando la cosa sea esencialmente indivisible y los condueños no convivieren que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio.

⁵¹ *“Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga”*.

⁵² STS de 1 de abril de 2009, FJ. 4º ECLI:ES:TS:2009:1849

En cuanto al modo de verificar la división, el art. 406 CC prescribe que “*serán aplicables a la división entre los partícipes en la continuidad de las reglas concernientes a la división de la herencia*”; reglas contenidas en los artículos 1051 y ss. del propio texto legal. Por tanto, habrá de estarse a estas normas para determinar si el bien es indivisible y, de no serlo, si hay que acudir a la fórmula sustitutoria de la venta en pública subasta.

En el presente caso nos encontramos ante un supuesto de indivisibilidad de la cosa común y no solo por ser esencial o intrínsecamente indivisible. La similitud entre la indivisibilidad real o física y la jurídica ha sido establecida por nuestro Alto Tribunal en Sentencia de 12 de marzo de 2004 al señalar que “*como tiene declarado esta Sala, las apreciaciones sobre divisibilidad o indivisibilidad en tal aspecto no es un hecho, sino un concepto valorativo deducible de unos hechos dependiendo la consideración de tal circunstancia no sólo de indivisibilidad real, sino también en el de indivisibilidad jurídica, configurada ésta por resultar inservible la cosa para el uso a que se destina, bien a su anormal desmerecimiento si se produce la división ora la originación de un gasto considerable a los partícipes (En el mismo sentido la sentencia de 7-3-85 y de 13 de julio de 1996*”.

En la misma línea, contraria a la división cuando la configuración actual exige obras importantes, cabe citar la STS de 16 de febrero de 1998 que declaró que una vivienda “*está construida para servir exclusivamente de vivienda unifamiliar (en la totalidad de sus dos referidas plantas solamente dispone de una cocina, un comedor, cuatro dormitorios y un cuarto de baño), por lo que su división en dos viviendas independiente... es prácticamente inviable en las referidas condiciones arquitectónicas de dicho inmueble*”.

Por tal motivo, por resultar la finca litigiosa indivisible, procede solicitar su venta en pública subasta y reparto del precio entre ambos condóminos, en proporción a su respectivo derecho de propiedad (50%-50%). En este sentido, el TS⁵³ establece que “*...porque trátase de dos o de un sólo condominio (cuestión ciertamente bizantina), lo cierto es que mientras dure la indivisión, a cada condueño (porque esa es la esencia del condominio de tipo romano, que signe nuestro Código Civil, a diferencia de la comunidad germánica) le corresponde una cuota ideal y abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, física y registralmente individualizados, objeto del condominio (en este caso, dos casas) y que, al ponerse fin a la indivisión,*

⁵³ STS de 16 de febrero de 1991, FJ. 5º ECLI:ES:TS:1991:13444

tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles, sin poder ser obligado, en contra de su voluntad, a recibir el pleno dominio de uno de los bienes y ser privado de toda participación real o material en el otro, solución esta última que tampoco puede serle coercitivamente impuesta cuando los bienes (o alguno de ellos) sean indivisibles pues para este supuesto la única solución que arbitra el legislador es la venta en pública subasta y el reparto del precio entre los condueños?

Dadas las circunstancias del caso que nos ocupa, y habiendo resultado imposible llegar a un entendimiento en orden a la extinción de la comunidad, pese a los intentos realizados por D. Ricardo, resultando nulas las gestiones extrajudiciales, así como el carácter indivisible de la finca, imposibilitando una partición física de la misma, por encontrarnos ante el supuesto de cosa esencialmente indivisible, cabe la posibilidad de ejercitar la acción de división de cosa común por medio de la interposición de demanda de Juicio Declarativo Ordinario⁵⁴ a fin de proceder a pública subasta y, una vez realizada la misma, proceder al reparto del precio obtenido por no interesar a las partes la adjudicación a ninguna de ellas indemnizando a la otra.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1062 párr. 2º, CC, nada se opone a que a la subasta concurren los propios comuneros, y de esta forma llegar, aunque indirectamente, a la adjudicación a uno de ellos indemnizando al otro⁵⁵, si llegado el momento cambiasen de parecer.

⁵⁴ Solicitando se dicte sentencia por la que se declare: a. El cese de la comunidad o copropiedad que los litigantes ostentan sobre el inmueble en cuestión. b. La indivisibilidad del inmueble. c. Que, al no existir acuerdo entre las partes en orden a la adjudicación a cualquiera de ellos, previa la correspondiente indemnización al otro, procede previos los trámites legales, la enajenación del bien en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. d. Que el fruto de la subasta se reparta entre los copropietarios en proporción a su respectiva cuota de propiedad del 50%. e. Y se condene en todo caso a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y se haga en todo caso expresa condena en costas a la demandada.

⁵⁵ TOFIÑO PADRINO, A. *División judicial de la cosa común y extinción del pro indiviso Aspectos de derecho sustantivo y procesal*. Editorial Bosch, 2022, pp. 802-803.

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

Procede el ejercicio de acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivados del uso en exclusiva del bien común en cuestión, del que ambos, tanto D. Rodrigo como D^a Alejandra, son propietarios por mitad y proindiviso, por medio de la interposición demanda de Juicio Declarativo Ordinario⁵⁶ en reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios y enriquecimiento sin causa por no poder hacer uso de la cosa común, por el tiempo que D^a Alejandra ocupe la que fue vivienda familiar sin título ni consentimiento para ello, pues habiendo mostrado D. Rodrigo su oposición a tal ocupación unilateral, por lesionar sus legítimos intereses sobre la vivienda litigiosa, deberá ser resarcido de los perjuicios causados por ese uso unilateral y exclusivo.

Queda claro, con respecto al fondo del asunto, que nos encontramos ante un inmueble que pertenece proindiviso y por iguales partes a ambos, D. Rodrigo y D^a Alejandra, y tal y como indica el art. 394 CC *“Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre y cuando disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho”*.

En este caso, D. Rodrigo, se está viendo privado de poder utilizar la vivienda común debido a la negativa de la cotitular para abandonar el inmueble, quien viene utilizando dicha vivienda de forma exclusiva y en su propio beneficio, motivo por el que se pretende solicitar una compensación económica mensual fijada en 325€, que es la mitad del precio medio que tendría el arrendamiento de una vivienda de características parecidas en la misma zona, conforme al criterio que viene siguiendo la jurisprudencia en supuestos similares⁵⁷, por lo que, en definitiva, resulta de aplicación el art. 1902 CC *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”* y la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa y la obligación de resarcimiento del daño.

⁵⁶ Arts. 399 y ss de la LEC, pues conforme al art. 249.2 del citado cuerpo legal, se decidirán por este procedimiento, las demandas cuya cuantía exceda de 6.000€ que no tengan señalada tramitación especial, cuantía que se ha visto modificada por la actual reforma de la LEC por el RD 6/2023, de 19 de diciembre, la cual entrará en vigor el próximo 20 de marzo de 2024, elevándola a 15.000€.

⁵⁷ STS de 29 de marzo de 2022, FJ. 1º ECLI:ES:TS:2022:1213

Nuestra Audiencia Provincial⁵⁸ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un asunto idéntico al que nos ocupa, entendiendo que procede la reclamación por ser contrario a derecho que un comunero utilice la cosa común de un modo excluyente, impidiendo, así, el ejercicio por el otro partícipe de su igual facultad de uso solidario, al establecer que *“se exige que el copropietario que usa de forma única la cosa común respete los límites que el mismo artículo 394 cc establece, entre ellos que no impida a los copartícipes utilizarla según su derecho”*. De esta forma el Tribunal Supremo concluye que *“y - como han dejado establecidas las sentencias de esta sala 78/1987, de 18 de febrero, 754/1996, de 2 de octubre (recurso 3440/1992) y 354/1999, de 30 de abril (recurso 3339/1994) y reiterando las ya mencionadas sentencias de 7 de mayo de 2007 y 9 de diciembre de 2015- es sin duda contra el derecho que un comunero utilice la cosa común de un modo excluyente: que impida el ejercicio por el otro u otros de los partícipes de su igual facultad de uso solidario...en el caso de la litis, la demandada tiene el uso exclusivo y excluyente de la vivienda común y está impidiendo el uso de la vivienda por parte de otro copropietario: el actor, que tiene el mismo derecho que la demandada a hacer un uso solidario de toda la vivienda y ello desde el 19-6-2017 en que, por resolución firme dictada en el procedimiento de modificación de medidas, quedó extinguida la atribución del uso de la vivienda acordada en su día en la sentencia de divorcio...en consecuencia y en atención a todo lo dicho, en la medida en que está haciendo un uso de la vivienda común que excluye el uso del actor, la demandada está superando los límites establecidos en el artículo 394 cc, esto es, está realizando un uso ilícito que justifica, ya sea por la vía de la acción de resarcimiento, ya por la vía de la acción de enriquecimiento sin causa, la condena de la demandada a abonar aquello en que ha perjudicado al actor, o aquello en lo que se ha enriquecido sin justificación para ello...para cuantificar dicha cantidad resulta lógica y ajustada a derecho la referencia al 50% del precio del alquiler en el mercado de una cosa como la de la litis...la obligación de pago se extiende a razón de 390€ al mes desde el 19-3-17 (fecha de la extinción de la atribución del uso de la vivienda la demandada por sentencia judicial) hasta el 19-5-2020 (última mensualidad de uso ilícito antes de la demanda, lo que supone un importe total de 13.650€...Conforme al artículo 220 LEC, procede condenar también a la demandada a pagar al actor la misma cantidad, a partir del 19-6-2020 mientras la demandada permanezca en el uso exclusivo y excluyente de la vivienda de litis”*.

⁵⁸ SAPVA de 9 de marzo de 2022, FJ. 3º ECLI:ES:APVA:2022:255

CONCLUSIONES

- I. Las consecuencias patrimoniales, que la ruptura de la pareja conlleva, son innegables, toda vez que donde antes existía un único hogar o residencia, tras la crisis de la misma, separación, divorcio o nulidad matrimonial de los cónyuges, habría de haber, al menos, dos.
- II. En los últimos tiempos, especialmente, donde se ha visto incrementado el elevado precio de la vivienda junto con la crisis económica mundial, ha provocado que el uso de la vivienda familiar suscite entre los excónyuges un interés más acentuado que el que de por sí ya posee, y es que, no deja de ser el bien de mayor valor dinerario de la pareja.
- III. Una de las coyunturas más determinante a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar, resulta la guarda y custodia de los hijos menores de la pareja, no pudiendo quedar adscrito a uno de los progenitores con exclusividad y no procediendo la adjudicación definitiva de la vivienda a ninguno los progenitores por ostentar ambos la custodia compartida.
- IV. La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, concedido en sentencia, no es un derecho real, sino un derecho personal de carácter familiar, cuya titularidad corresponde, en todo caso, al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o, no habiendo estos, al cónyuge que se estima que ostenta un interés más necesitado de protección.
- V. Los diferentes problemas asociados a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, en defecto de acuerdo entre las partes, no quedan limitados al momento de la ruptura, ya que posteriormente pueden darse diferentes circunstancias susceptibles de provocar una modificación en el derecho de uso de la misma, tal como ocurre en el caso traído al presente dictamen, pues si bien en un primer momento, se atribuía el derecho de uso a D^a Alejandra y los hijos de esta hasta la mayoría de edad de los menores, mediante sentencia , dentro del

procedimiento de modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias, se determinó en su parte dispositiva, entre otras medidas, atribuir el uso y disfrute del que fue domicilio familiar a D^a Alejandra hasta la efectiva liquidación de sociedad de gananciales.

- VI. Del carácter intrínsecamente temporal del derecho de uso se infiere la necesidad de que la resolución judicial que lo cree fije el periodo de duración de este derecho o la horquilla temporal para proceder a la revisión de su necesidad o procedencia, habitualmente, mientras dure el procedimiento de liquidación del régimen de gananciales, ya que aunque se ha venido manteniendo la atribución indefinida como garante de la estabilidad del menor, la limitación temporal, pese a la minoría de edad de los hijos, se contempla, en la actualidad, como una medida favorecedora de todos los intereses en juego contribuyendo a mantener el nivel económico de ambos progenitores.
- VII. El uso de la vivienda familiar del que viene disfrutando D^a Alejandra, sin título ni consentimiento para ello, por haberse hecho efectiva la liquidación de la sociedad de gananciales, le está suponiendo un enriquecimiento injusto, traducido en un incremento patrimonial, toda vez que obtiene una vivienda de forma gratuita, produciendo el correlativo empobrecimiento de D. Rodrigo, como pérdida o perjuicio patrimonial, originando, por haber hecho caso omiso a la oposición expresa de D. Rodrigo tras el requerimiento de su cese, un derecho indemnizatorio a favor de éste por los daños y perjuicios sufridos concretados en la imposibilidad de arrendar o vender el inmueble a terceros.
- VIII. Dadas las circunstancias del caso que nos ocupa, y habiendo resultado imposible llegar a un entendimiento en orden a la extinción de la comunidad, pese a los intentos realizados por D. Rodrigo, resultando nulas las gestiones extrajudiciales, así como el carácter indivisible de la finca, imposibilitando una partición física de la misma, por encontrarnos ante el supuesto de cosa esencialmente indivisible, cabe la posibilidad, de ejercitar la acción de división de cosa común en cuanto a facultad que ostentan todos y cada uno de los condóminos, pudiendo ejercitarla

antes, durante o, incluso, posterior al divorcio, siempre y cuando ya haya tenido lugar la efectiva liquidación de gananciales.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA ESPÍN, I. “Custodia compartida y mejor interés del menor. Criterios de atribución de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 21, 2019, pp. 65-86.

CALVO MARTÍNEZ, J. “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 2019, pp. 155-178.

CERVILLA GARZÓN, M.D. “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”. *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017, pp. 1-27.

CHAPARRO MATAMORO, P. “La vivienda en las crisis familiares”. 2022, pp. 1-20.
<http://www.tirantonline.com>

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar en el régimen de custodia compartida. Alcance de la renuncia del progenitor titular al uso rotatorio”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 121, 2023, pp. 39-58.

Diariolaley. *El uso de la vivienda familiar por un cónyuge tras el periodo por el que le fue asignada no genera derecho a indemnización en favor del otro cónyuge. III LA LEY.*
<<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/05/03/el-uso-de-la-vivienda-familiar-por-un-conyuge-tras-el-periodo-por-el-que-le-fue-asignada-no-genera-derecho-a-indemnizacion-en-favor-del-otro-conyuge>> [Consulta: 14 diciembre. 2023].

MANZANO FERNÁNDEZ, M.M. “Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019, pp. 1779-1806.

MARTÍNEZ CALVO, J. “La guarda y custodia en el ordenamiento jurídico español”. *Tesis Doctoral con mención internacional*. Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 2018, pp. 1-677.

MINERO ALEJANDRE, G. “Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de *Lege Ferenda*”. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 42, 2020, pp. 133-168.

MONTERO CASADO, E. & RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G, “Análisis de la regulación legal de la custodia compartida tras la separación y el divorcio: una propuesta de *lege ferenda*”. *CEFLegal Revista práctica de derecho*, núm. 131, 2011, pp. 5-58.

Noticias Jurídicas (España). [en línea]: *El Supremo establece que la atribución del uso de la vivienda familiar que no sirve a los fines del matrimonio.* <<https://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/6232-el-supremo-establece-que-la-atribucion-del-uso-de-la-vivienda-familiar-que-no-sirve-a-los-fines-del-matrimonio-debe-limitarse-al-tiempo-necesario-para-liquidar-la-sociedad-de-gananciales/>>. [Consulta: 27 nov. 2023].

PÉREZ DÍAZ, R. “La comunidad de bienes en el Derecho romano y en el Derecho español. El ejercicio de la actio communi dividundo en los procesos matrimoniales”. *Fundamentos romanísticos del derecho*, vol. 5, 2021, pp. 671-706.

REVUELTA SALAZAR, M. *La evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho Romano*. Servicios de publicación de la Universidad de Jaén, 2003.

SIFRE PUIG, R.F. “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 783, 2020, pp. 135-221.

TOFIÑO PADRINO, A. *División judicial de la cosa común y extinción del pro indiviso Aspectos de derecho sustantivo y procesal*. Editorial Bosch, 2022.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2022). *Derecho de familia: lecciones de Derecho Civil*. Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, 2022.

VIDA CARRIÓN, M.C (2011). [en línea]: *La disposición, que no uso, del domicilio familiar en relación al art. 96 CC en los procedimientos de divorcio*. LEFEBVRE. <<https://elderecho.com/la-disposicion-que-no-uso-del-domicilio-familiar-en-relacion-al-art-96-cc-en-los-procedimientos-de-divorcios>> [Consulta: 17 diciembre. 2023].

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 16 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13444)
- STS de 31 de marzo de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:2846)
- STS de 16 de noviembre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:7256)
- STS de 16 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1020)
- STS de 12 de marzo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1705)
- STS de 1 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1849)
- STS de 27 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1082)
- STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246)
- STS de 19 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4082)
- STS de 17 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5003)
- STS de 19 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5509)
- STS de 25 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5710)
- STS de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:801)
- STS de 10 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:36)
- STS de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1627)
- STS de 20 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3882)
- STS de 25 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2072)
- STS de 29 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1213)
- STS de 25 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4424)
- STS de 17 de julio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:3322)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

- SAPB de 13 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:APB:2013:14498)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID

- SPAVA de 16 de abril de 2004 (ECLI: ES:APVA:2004:509)
- SPAVA de 5 de septiembre de 2008 (ES:APVA:2008:583)
- SAPVA de 9 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APVA:2022:255)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA

- SAPS de 9 de enero de 2023, FJ 4º ECLI:ES:APS:2023:41

AUTO TRIBUNAL DE CUENTAS

- ATCu de 23 de marzo de 2023