



Ana Clara Belío
Socia Directora de ABA Abogadas
Especialista en Derecho de Familia

Limitación del derecho de uso de la vivienda familiar

En esta ponencia vamos a ver, en primer lugar, cómo viene operando la limitación del uso y disfrute de la vivienda habitual alcanzada la mayoría de edad de los hijos dependientes económicamente, y, en segundo lugar, cómo opera dicha limitación en el caso de menores de edad con un régimen de guarda y custodia compartida.

1.- Limitación de uso derivada de haber alcanzado la mayoría de edad los hijos dependientes económicamente

El año pasado veíamos cómo la mayoría de edad de los hijos opera como límite temporal en la atribución del uso del domicilio familiar. El debate entonces era si debía dejarse ya establecido en la Sentencia de separación o divorcio que el uso de la vivienda conyugal cesaba a los dieciocho años de manera automática o, si por el contrario, resultaba necesario esperar a esa mayoría de edad de los hijos para instar una modificación de medidas, y analizar en ese momento todas las circunstancias concurrentes, incluida la situación económica de los progenitores y el interés más digno de protección.

Traíamos entonces a colación diversas Sentencias de la AP de Madrid a favor de esa extinción automática del derecho de uso, como por ejemplo, la SAP de Madrid (sección 22) de 14-7-2015 (Rec no 1494/2015), que atribuía el uso y disfrute del domicilio a las hijas, *“si bien hasta el momento que la menor de ellas alcance la edad de 18 años, que quedará extinguida automáticamente la atribución exclusiva y excluyente, sin necesidad de nueva declaración.”*

En el mismo sentido ya lo había señalado la SAP de Madrid en su Sentencia de 25-3-2014 (rollo de apelación 376/2013).

En el momento actual y, en concreto en el último año, la AP de Madrid ha continuado manteniendo sin duda alguna que la atribución del uso del domicilio a los hijos se realiza hasta la mayoría de edad de estos. Pero parece haber rechazado de forma expresa que esa extinción sea automática alcanzada la mayoría de edad.

En concreto, la SAP de Madrid de 30-6-16, de la que es ponente D^a María Pilar González, en el Fundamento de Derecho Cuarto dedicado a la "Atribución del uso del domicilio familiar y su extinción automática" recoge expresamente: "no cabe acceder a la petición del recurrente en la forma que se hace de extinción automática del uso de la vivienda familiar una vez que los hijos sean mayores de edad, sino que concluida la atribución por ser menores de edad, a falta de otro acuerdo de los progenitores, si existiera controversia, se deberá valorar la situación a tenor de lo dispuesto en el Artículo 96.3 CC y resolver sobre la atribución judicialmente."

Anteriormente ya lo había señalado el TS en el Auto de 11-11-15 (JUR 2015\270619): "Entrando en el análisis de la cuestión jurídica, esto es, la atribución de la vivienda familiar en los casos de hijos mayores de edad, el criterio aplicable para la resolución de la cuestión que ha sido planteada depende de las circunstancias fácticas. La Audiencia Provincial sin desconocer la doctrina de la Sala, la cual ha declarado en sentencia de fecha 13 de febrero de 2014 siguiendo los criterios interpretativos de la sentencia de pleno de 5 de septiembre de 2011 que "la atribución del uso de la vivienda, como su mantenimiento en caso de pretensión modificativa, debe de declararse conforme a un plazo prudencialmente fijado al respecto, sin que quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida o sin marco temporal alguno". Así como que "el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar justificado, necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge. Todo ello, dentro de una clara flexibilidad valorativa que permite dicho concepto en orden a valorar aspectos tanto de índole práctica como de orden social, particularmente el referido a las circunstancias económicas del cónyuge más desfavorecido, por un tiempo prudencialmente fijado por el Juez".

Es decir, parece ya bastante claro, que una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, habrá que instar el correspondiente procedimiento de modificación de medidas para que establecer un límite temporal al uso de domicilio, y valorar en ese momento si concurre un interés más necesitado de protección en alguno de los progenitores.

2.- Limitación de uso a los hijos menores de edad derivada del régimen de guarda y custodia compartida

Si lo anterior es lo que viene sucediendo en el caso de los hijos mayores de edad, en cuanto a los hijos menores de edad, también hemos visto cómo se ha temporalizado la atribución del uso del domicilio en los supuestos de custodia compartida.

En dos resoluciones muy recientes del TS de 27-6-16 y de 21-7-16, que traen causa en una Sentencia anterior de 24-10-14, este Tribunal ha establecido de manera clara que en los casos de custodia compartida, la atribución del uso y disfrute se efectúa conforme a la regla del párrafo segundo del Artículo 96 CC, y no conforme al párrafo primero.

Este párrafo segundo regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro, permitiendo al juez resolver “*lo procedente*”. Por tanto, el TS establece que en el caso de custodia compartida, al no quedarse los hijos en compañía de un solo progenitor, sino de los dos, la norma que debe aplicarse para determinar el uso y disfrute del domicilio familiar es la del párrafo segundo del Artículo 96 CC, y el juez resolver lo procedente.

Esta doctrina viene a romper la regla taxativa de atribución del domicilio familiar al menor -atribución que quedará reducida a los supuestos de custodia exclusiva-, y permite al Juez en los casos de custodia compartida resolver “*lo procedente*”.

¿Y qué es “*lo procedente*”?

Según la STS de 27-6-16 (ROJ STS 3057/2016), ponente José Antonio Seijas Quintana: “*ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar al interés más digno de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución de uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad que no puede ser limitado de conformidad con el Artículo 96 CC*”.

Vemos así que “*lo procedente*” es una ponderación de circunstancias, y de la que cabe resaltar lo siguiente:

- El interés más digno de protección no es el menor aisladamente considerado, ni tampoco sus padres, sino “*aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres.*”

- Con independencia de a quién corresponda la titularidad jurídica de la vivienda, es decir, si es “*privativa de uno de los cónyuges, de ambos o*

pertenece a un tercero” se va a poder “imponer una limitación temporal en la atribución del uso similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos”, mediante aplicación analógica del párrafo tercero del Artículo 96 CC.

En el supuesto enjuiciado por el TS, el domicilio familiar era privativo del padre, y el uso y disfrute lo ostentaba la madre hasta la mayoría de edad de la hija. La Sentencia estima el recurso del padre y establece: *“el límite temporal de un año al uso de la vivienda concedido a la madre, transcurrido el cual quedará la misma expresamente desafectada.”*

Respecto del fallo, llamo la atención en dos cuestiones, en primer lugar que el derecho de uso por un año se concede a la madre sin mencionar la menor, y así se recoge expresamente. Y en segundo lugar, que la consecuencia al término del año es que la vivienda queda desafectada, no que la madre deba automáticamente abandonar la vivienda durante el periodo de custodia en que esté con la menor.

Por lo que en este caso tampoco parece operar de manera automática la extinción del uso, siendo suficiente a mi juicio con instar una ejecución de Sentencia si transcurrido el plazo establecido, la madre no abandona el domicilio. No resultando necesario acudir al correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

En definitiva, de la anterior Sentencia cabe deducir que en los supuestos en que se establezca una custodia compartida, por un lado, el Juez ya no se va a encontrar vinculado por el párrafo primero del Artículo 96 CC para la atribución del uso -pudiendo acordar lo procedente-, y por otro lado, la limitación temporal que establezca no necesitará estar vinculada por la titularidad jurídica del inmueble.

En el mismo sentido, se expresa la STS de 21-7-16 (ROJ STS 3888/2016), siendo ponente Fco. Javier Arroyo Fiestas. En este caso, la vivienda es también privativa del padre, y existe una ley de custodia compartida en el País Vasco de 30-5-2015, que permite la atribución de la vivienda al no propietario de forma temporal por un plazo máximo de dos años.

De esta resolución habría que resaltar dos cuestiones:

- La atribución del uso es a la menor y a la madre, no sólo a la madre y se establece: *“durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, plazo que prudencialmente se establece a tenor de lo dispuesto en el Artículo 96.3 CC, aplicado analógicamente.”*

- Al igual que la Sentencia anterior, se parte del párrafo segundo del Artículo 96 CC para permitir la limitación temporal del uso a favor de la menor y la madre, y se utiliza el párrafo tercero para llegar a la cuantificación de dos años.

Es decir, se efectúa un juicio prospectivo sobre la capacidad económica de la esposa y lo que tardará en ingresar en el mercado laboral, similar a la valoración que se realiza, por ejemplo, para temporalizar la pensión compensatoria. Y se establece el límite de dos años debido a que la progenitora es el interés más digno de protección, partiendo de lo dispuesto en el párrafo tercero del Artículo 96 CC, que es aplicado analógicamente.

Madrid, a 27 de octubre de 2016