

Reflexiones sobre la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre atribución del domicilio familiar.

Por José E. Bernal Menéndez, Abogado de Familia.

En los últimos tiempos **la Sala I del Tribunal Supremo** ha venido aprovechando la vía del **recurso por interés casacional** para inaugurar una nueva y moderna jurisprudencia que interprete ampliamente a la luz de las nuevas circunstancias sociales la previsión legal contenida en el art. 96 del CC que disciplina las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en procesos de familia ya que, **desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1.981** no ha sido objeto de modificación alguna y no ha podido en si mismo dar respuesta al diferente casuismo que se ha sometido a la consideración de nuestros Tribunales.

Estas sentencias, la gran mayoría de ellas correspondientes a ponencias elaboradas por la Excmá Sra. D^a Encarnación Roca Trias -y asumidas por la Sala unánimemente- han venido a sentar la siguiente doctrina:

Comenzando por una de las más recientes y sorprendentes, **la sentencia de 30 abril 2012** ha venido a avalar la posibilidad de la división de la vivienda que fue conyugal o familiar zanjando definitivamente una cuestión antigua y controvertida que había obtenido diferentes pronunciamientos en la jurisprudencia menor.

Esta resolución asienta la doctrina por la cual "cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad"(fundamento jurídico cuarto).

La sentencia de 5 de Septiembre de 2.011, de la que en cambio fue ponente el Excmo. Sr. Xiol Rios, se ocupó del supuesto de la consideración que había que darle a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar cuando conviven con uno de los progenitores hijos mayores de edad. Después de ratificar la doctrina -ya mantenida por otras resoluciones del mismo Tribunal- de que la prestación alimenticia a los hijos mayores de edad deriva de la previsión contenida en los artículos 142 y ss del Código Civil y se desvincula del derecho al uso de la vivienda, concluye en que la decisión de éstos de convivir con uno de sus progenitores no impide que se confiera el uso de la vivienda al otro progenitor si éste es el interés más necesitado de protección o, en las propias palabras del Tribunal, "la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección".

Otro asunto que venía obteniendo soluciones distintas en las Audiencias Provinciales había sido la posibilidad de que el Juzgado de Familia atribuyese -en medidas provisionales o definitivas dentro del proceso matrimonial o de unión de hecho con hijos o hijas- **el uso de otras viviendas o locales que no hubieran constituido domicilio conyugal o familiar.**

Si bien, del tenor literal del art. 96 del CC no parecía posible, los apartados 4º y 5º del art. 103 del mismo texto abonaban otra tesis distinta.

Igualmente el art. 233-20 6 del Código Civil de Cataluña permite esta posibilidad cuando existiere otra vivienda con mejores condiciones para garantizar el favor filii, elemento que, como sabemos, debe presidir cualquier decisión judicial en un proceso de familia.

La sentencia de 9 de mayo de 2.012 zanja definitivamente la controversia estableciendo la doctrina por la cual en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar", y para su solución habrá que estar a lo que se resuelva en el proceso de liquidación correspondiente.

Aunque el asunto que se sometía a la consideración judicial se refería a una vivienda propiedad privativa del marido (adjudicada tras la extinción de la sociedad conyugal) que venía siendo usada por la esposa quien había instalado en la misma una consulta de odontología, la doctrina del Tribunal Supremo extiende el mismo criterio a cualquier atribución de vivienda o local distinta de la que constituyó la familiar.

La anterior doctrina cuenta con una importante excepción que se contiene en **la sentencia del mismo Tribunal y misma ponente de 10 de Octubre de 2.011**, según la cual "existe la posibilidad excepcional de atribuir el uso de una vivienda familiar que no fuera el domicilio conyugal o familiar cuando con ello **se proteja el interés de los hijos menores por ser el domicilio familiar titularidad de terceras personas**" y quedar, por tanto, al albur de una posible acción de desahucio contra los usuarios "precaristas" del mismo.

En el caso enjuiciado, la vivienda que había constituido el domicilio conyugal era de titularidad compartida entre el progenitor no custodio y el abuelo paterno, existiendo una 2ª vivienda titularidad del matrimonio aunque no había venido siendo usada por la familia y, pese a ello, excepcionalmente se atribuye su uso a la madre guardadora y a sus hijos.

Más antiguas y reiteradas son las sentencias del Alto Tribunal de **26-12-2005, 30-6-2009, 22-10-2009, 14-1-2010 y 14-7-2010** que han venido a establecer, ya sin ningún género de dudas, que la atribución por el Juzgado de Familia del uso y disfrute de la vivienda que fue familiar que fuere propiedad de un 3º no perjudica los derechos de éste a promover el correspondiente juicio de desahucio por precario, salvo que se acredite la existencia de contrato o negocio jurídico que ampare el uso del cónyuge-progenitor no titular.

La sentencia de 14 de julio de 2.010 mantenía: "en el supuesto de que no resulte acreditada la existencia de esta relación jurídica, se debe concluir que estamos ante la figura del precario, lo que conlleva que el propietario o titular del inmueble podrá, en cualquier momento, reclamar su posesión. En este último caso, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica **la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010** (recurso 1994/2005), " Cuando se trate de 3º 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 del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios". Sigue diciendo la sentencia, como ya se avanzó, que "esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005".

Por último, y no por menos conocida, también relevante -si no en cuanto al uso si respecto a las cargas que supone la titularidad de la vivienda- resultó **la sentencia de 28 de marzo de 2.011** del Alto Tribunal que vino a solventar la discrepancia entre distintas Audiencias españolas sobre si el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar atribuida para su uso y disfrute a UNO de los cónyuges-progenitores tras el proceso de familia es una carga del matrimonio o, en cambio, una deuda de la sociedad de gananciales.

La sentencia sentó la doctrina de que "el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3 CC, que declara la ganancialidad de los "bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos", por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el Art. 1362, 2 CC, "la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes".

Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad" y no constituye carga ganancial de las previstas en los artículos 90 y 91 del mismo texto.

Espero haber contribuido a arrojar un poco de luz y orden al conocimiento de la moderna jurisprudencia que ha afectado a uno de los más importantes pronunciamientos judiciales que se acuerdan diariamente por los Tribunales que deben resolver las crisis familiares del siglo XXI y que

durante años han implantado una discrecionalidad judicial tan excesiva que nos ha abocado a que frente a una misma cuestión existan soluciones distintas en función del ámbito territorial donde residían los justiciables y que, con buen criterio, ha venido unificándose para todo el territorio nacional común por el Tribunal Supremo.