

### **Uso del domicilio familiar**

Por Francisco de Asís Serrano Castro, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia, nº 7 (Familia) de Sevilla

Personalmente he propuesto un nuevo texto del art. 96 CC con el siguiente contenido:

“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, se ajustará a las siguientes reglas:

1º.- **Preferentemente se procurará la liquidación del domicilio y de los enseres y ajuar existentes** en el mismo, cuando se ostenten en cotitularidad y bajo cualquier régimen de comunidad de bienes, bien mediante su transmisión a 3º o **bien mediante la adjudicación de su propiedad a uno de los cónyuges cotitulares previa compensación de la cantidad que le corresponda al otro** en el proindiviso. En todo caso esa medida procedería cuando se acuerde un régimen de custodia compartida de los hijos, **o bien cuando alguno de los hijos quede en compañía de 1 y los restantes en la del otro.**

2º.- **En caso de que existan hijos menores que se encuentren bajo la custodia de 1 de los progenitores, o mayores que convivan en compañía de uno de ellos** y resulten dependientes en los términos establecidos en el párrafo 2º del art. 93 Código Civil, y a fin de preservar su interés preferente, se podrá adjudicar el uso, posesión y disposición exclusiva a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, pero **debiendo limitarse temporalmente esa atribución** para facilitar la liquidación del inmueble en los términos indicados en el párrafo anterior.

3º.- **Esa atribución exclusiva temporal** se realizaría **sin perjuicio de que el progenitor no custodio ofrezca contraprestación que garantice el derecho de los hijos a una vivienda digna** y para atender sus necesidades en forma equivalente a la cobertura que les brindaba la que venían habitando de forma habitual.

4º.- En caso de que no existan hijos o sean mayores e independientes, **el uso temporal de la vivienda familiar y hasta que se proceda a su venta** o adjudicación de titularidad dominical a uno de los cónyuges, corresponderá al que se considere que ostenta el interés familiar más necesitado de protección, pudiendo ser valorado ese privilegio como forma de prestación de pensión compensatoria.

5º.- Cuando no exista un interés familiar más necesitado de protección, por ser equivalente y parejo el de ambos cónyuges, el uso se ajustará a lo dispuesto en el art. 394 del Código Civil, pudiendo establecerse un uso temporal alternativo.

6º.- En caso de vivienda de titularidad privativa de uno de los cónyuges, su uso y posesión **no le podrá ser atribuido al otro cónyuge salvo que excepcional y razonadamente se justifique esa atribución y en todo caso de forma temporal, que nunca será superior a 2 años** cuando el titular dominical carezca de otros inmuebles o recursos suficientes para cubrir sus necesidades de residencia.

**En tal caso esa atribución siempre se valoraría como forma de prestación de pensión compensatoria**, acomodándose siempre su importe, en caso de resultar la vivienda gravada con hipoteca, a la cuantía de las cuotas y amortizaciones hipotecarias.

Si el cónyuge al que se privara del uso fuera el custodio de hijos comunes menores, el que lo recupere deberá abonar en complemento de prestación alimenticia, una cantidad proporcional al enriquecimiento obtenido.

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.

7º.- **La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar con carácter temporal y limitado** no se perjudicará pese a los derechos que 3º puedan ostentar sobre la misma.

8º.- Mientras se mantiene la atribución de uso, el cónyuge que disfruta de la misma se hará cargo de los gastos consustanciales a la posesión, salvo que se estime que concurren razones que justifican su imposición **al otro cónyuge en el concepto de carga familiar**.

En el supuesto de vivienda de titularidad común gravada con hipoteca, con carácter preferencial, ambos cónyuges, seguirán haciendo frente a la misma en la proporción equivalente a sus cuotas de participación, **y excepcionalmente cuando los intereses familiares más necesitados de protección lo exijan, se podrá imponer su abono al excluido temporalmente** del uso sin perjuicio del derecho de reintegro que le corresponda liquidada la sociedad de gananciales.

9º.- En todo caso **el cónyuge que haya de abandonar temporalmente la vivienda** que se ostente proindiviso, podrá retirar su ropa, efectos y enseres de uso personal y profesional, necesitando de autorización judicial para la retirada de otros elementos del ajuar familiar.

Si la vivienda y ajuar familiar tuvieran carácter privativo y el titular dominical fuera el que hubiera de abandonarla, la retirada de efectos y enseres se ampliaría a los de carácter suntuario que no menoscabaren la finalidad de uso y de aquellos que no resultaran necesarios y de utilidad para los intereses de orden familiar que justificaran la atribución temporal a favor del otro cónyuge. De surgir controversia sobre tal extremo, sería el juez quien determinaría los efectos a retirar."

En paralelo, sería precisa una reforma del párrafo 2º del art. 103 CC, que quedaría redactado a tenor de la siguiente literalidad:

"Determinar, teniendo en cuenta las reglas establecidas en el art. 96, cuál de los cónyuges ha de continuar en **el uso de la vivienda familiar** y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno."

En el mismo sentido se han pronunciado los Parlamentos de Aragón y Cataluña.

Cataluña y Aragón, al amparo de su derecho civil propio, ya han aprobado **leyes que evitan el trato desigual en el uso de la vivienda en caso de separación o divorcio**.

La norma catalana entrará en vigor el próximo 1 de enero y la aragonesa, ya lo ha hecho.

Ése es el 1º texto legal que establece la custodia compartida de los hijos como el régimen preferente que aplicarán los jueces cuando se rompe la pareja si no hay acuerdo entre las partes. **Ambas leyes autonómicas establecen que el derecho a disfrutar de la casa por parte del cónyuge custodio será temporal y ese tiempo lo determinará el juez**, "teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia", dice la Ley aprobada por las Cortes de Aragón, en la que se prevé también que, si la vivienda pertenece a alguno de los cónyuges, **"el juez acordará su venta, si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares."**

El texto catalán es más detallado y prevé más situaciones.

Así, por ejemplo, **al fijar la pensión de alimentos o compensatoria se pondera como contribución en especie la atribución del uso de la vivienda familiar al otro cónyuge**.

También establece que el juez podrá impedir que el progenitor custodio disfrute de la casa si ostentase medios para cubrir sus necesidades de vivienda.

O que se excluya para siempre del uso de la vivienda al cónyuge que tiene que cederla si este tuviese tal solvencia económica que cubrieran con creces las necesidades de la vivienda de los hijos y del otro progenitor.

Otro artículo de la Ley catalana advierte de que si la pareja ocupaba un piso que no era de su propiedad, el disfrute de la casa finalizará cuando lo reclame ese 3º.

Se pretende evitar así situaciones tan peculiares como aquellas en las que los padres o un familiar le cedieron una vivienda al novio y, con el paso de los años, fue la mujer la que se acabó quedando con la casa al amparo de la sentencia de divorcio que le atribuyó la custodia de los hijos.

**La Sala 1ª del TS** ya ha venido estableciendo que ese perjudicado podía reclamar la recuperación de la casa, pero la última sentencia datada el pasado 18 de enero es inequívoca.

"Cuando el 3º propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario

ostenta la acción de desahucio porque existe un precario", dice el Alto Tribunal, en la resolución de la que fue ponente la magistrada Encarnación Roca Trias.

- **Art. 233.20 de la Ley catalana:** "Si no hay acuerdo o este no es aprobado, la autoridad judicial ha de atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure ésta (...) La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges se ha de hacer con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal."

- **Art. 7 de la Ley aragonesa:** "En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el juez el destino de la vivienda (...)"

La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el juez."

Con la reforma propuesta se podrían evitar muchas dudas, controversias, situaciones de abuso y de inseguridad jurídica generadoras de conflicto, puesto que:

1º.- Se facilitaría el recurso de la negociación y mediación familiar, uno de cuyos principales escollos e inconvenientes lo constituyen las situaciones de prevalencia, privilegio, desigualdad y de voluntad de mantenimiento del estatus quo, pues no se negocia, media ni se tiene interés en alcanzar soluciones de consenso y armonía familiar cuando se parte del convencimiento de lograr el triunfo en una contienda de base emocional, obteniendo, por la propia condición sexual, el premio gordo como resultado de ese combate.

Si se reequilibran esos efectos, sin que ningún cónyuge pueda prever en su propio y exclusivo provecho, un indefinido y permanente beneficio traducido en el uso sine die del uso y disfrute del domicilio familiar, si en una sociedad que vive hipotecada y en la que ese domicilio suele ser el único o, al menos, más valioso patrimonio de la unidad familiar, se redistribuye, sin empecer los derechos de los hijos, la carga que supone para uno de los cónyuges su pérdida de facto, se podría alcanzar una situación más paritaria y favorable a cualquier intención mediadora.

2º.- Con ello se podrían evitar, o al menos reducir, situaciones de conflictividad familiar que pueden degenerar en episodios de violencia doméstica.

El mejor remedio siempre ha de ser el preventivo y no el quirúrgico, al que por desgracia sólo se viene acudiendo.

Una situación de desigualdad transmite un innato sentimiento de impotencia e injusticia, lo que a su vez puede ser el desencadenante de dicha violencia.

La justicia no se ha de medir desde el ancho del embudo sino desde el equilibrio de los dos platos de la balanza que sostiene, por lo que al apostar por la corrección de situaciones de desequilibrio, desigualdad y discriminación, estaremos favoreciendo la paz familiar y por ende la paz social.

3º.- En consecuencia, con ello se reducirían considerablemente los supuestos de contenciosidad judicial al favorecerse la negociación, el consenso, la conciliación, mediación y diálogo.

Se rebajaría la litigiosidad sobre una materia que ha constituido pieza fundamental, preciado trofeo, oscuro objeto de deseo en las crisis familiares de pareja, mejorándose sensiblemente la calidad e imagen de la Justicia, obteniendo los justiciables una más pronta respuesta de los tribunales, en correspondencia al principio y derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

4º.- Con ello se facilitaría que realmente las situaciones de custodia compartida pasaren de ser la regla excepcional en las modalidades de custodia, a ser la opción preferente, pues no se ha de ser tan ingenuo como para ignorar que detrás de muchas reclamaciones de custodia de los hijos, se esconde un interés soterrado de quedarse con el uso de la vivienda familiar.

Los niños tras la separación o el divorcio son la llave que conduce a uno de sus progenitores a seguir disfrutando con carácter indefinido de la vivienda familiar, y son el cerrojo que impide al otro cualquier utilización o aprovechamiento de lo que también le pertenece.

Por ello cuando se establece un uso limitado temporalmente, se introduce una norma preferente que favorece la liquidación, venta o adjudicación del inmueble, se acuerdan medidas alternativas y correctoras al perjuicio sufrido por el cónyuge privado del uso, y todo ello armonizado con el interés y bienestar de los hijos, se podrían visualizar con mayor objetividad los planteamientos de muchos progenitores a la hora de solicitar y discutir sobre su idoneidad y capacidad para ostentar la custodia.

En esos casos, indudablemente, se reducirían los atisbos de sospecha sobre el carácter espurio de su pretensión, puesto que ese padre o esa madre estarían preocupados por el bienestar de los hijos, y no preocupados por tener que abandonar su morada y enseres sin perspectiva alguna de recuperación a corto, medio o largo plazo.

5º.- Sería entonces el momento en que muchos padres y madres, por sí mismos y bien orientados, se darían cuenta que no merece la pena esa discusión sobre la custodia y que si ambos están cualificados, ha existido una vinculación afectiva saludable, una pareja atención y dedicación al cuidado y atención de los hijos, lo que cada vez es más habitual cuando ambos trabajan, es mejor para todos seguir compartiendo esas funciones tras la ruptura bajo una modalidad de custodia compartida.

6º.- Por último, se ha destacar que en momento de crisis y de situación de angustia económica familiar, se hace más acuciante acudir a soluciones como la apuntada que implica distribución equitativa de, la mayoría de las veces, el único haber y patrimonio obrante en el activo conyugal, pues ni se puede vivir en una vivienda hipotecada, con la espada de Damocles del inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, sin ingresos y sin poder percibir pensiones que permitan atender a las propias necesidades y las de los hijos; ni tampoco se puede vivir fuera de esa vivienda, teniendo que acudir a la caridad de familiares, sin poder ofrecer a los hijos un lugar digno en el que desarrollar la relación paterno o materno filial, y todo ello sin poder atender adecuadamente a las cargas familiares: pago de hipoteca y pensiones de alimentos.

Lo malo es que la propia crisis dificulta esa solución puesto que actualmente resulta mucho más complicado poder vender los inmuebles, **no siendo inusual** que las parejas divorciadas se vean compelidas a deshacerse de sus viviendas, **cediéndoselas a las entidades bancarias en dación en pago de las garantías hipotecarias que no pueden seguir asumiendo.¿¿¿¿¿???????**