

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

PASO A PASO

Análisis práctico de todos los supuestos de atribución del hogar familiar en caso de separación o divorcio de la pareja

Coordinador de la obra

ANTONIO SALAS CARCELLER

Magistrado de la Sala 1.ª, de lo Civil, del Tribunal Supremo

1.ª EDICIÓN 2019

Incluye formularios



ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Análisis práctico de todos los supuestos
de atribución del hogar familiar en caso de
separación o divorcio de la pareja

1.ª EDICIÓN 2019

Obra coordinada por:

Antonio Salas Carceller

*Magistrado de la Sala 1ª, de lo Civil, del Tribunal Supremo
Miembro de la Sala de Gobierno de dicho Tribunal*

Con la colaboración de

Manuel López Sendón

Abogado especialista en Derecho civil

COLEX 2019

Copyright © 2019

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal) El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados, no obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex, SL, habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder al texto con las eventuales correcciones de erratas, además, como complemento a su libro, dispondrá de un servicio de actualizaciones.

© Editorial Colex, S.L.

Polígono Pocomaco, parcela I, Edificio Diana, portal centro 2,
A Coruña, 15190, A Coruña (Galicia)

info@colex.es

www.colex.es

SUMARIO

PARTE I. LA VIVIENDA FAMILIAR	9
BLOQUE 1. Concepto de vivienda familiar y muebles de uso ordinario	9
BLOQUE 2. Características	12
2.1. Habitabilidad	12
2.1.1. Exclusiones (chozas, cabañas, casas ruinosas, locales de negocio, almacenes)	13
2.1.2. Supuestos específicos de las viviendas mixtas (vivienda con pequeña industria doméstica o con despacho profesional, local de negocio -o industria- con vivienda incluida y fincas rústicas con casa-habitación)	13
2.2. Habitualidad	14
2.2.1. Pluralidad de viviendas	14
2.2.2. Abandono de la vivienda	14
2.2.3. Viviendas en construcción	15
BLOQUE 3. Casos especiales	21
3.1. La vivienda familiar hipotecada	21
3.2. La vivienda familiar embargada	22
3.3. La vivienda familiar arrendada	23
3.4. Vivienda cedida gratuitamente	24
3.5. Vivienda de protección oficial	24
PARTE II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	33
BLOQUE ÚNICO. Definición e importancia	33
PARTE III. VIVIENDA FAMILIAR DURANTE EL MATRIMONIO	37
BLOQUE 1. Régimen de separación de bienes: vivienda privativa del cónyuge al que no se le ha atribuido el uso	39
BLOQUE 2. Régimen de gananciales: vivienda propiedad de la sociedad de gananciales	41

PARTE IV. VIVIENDA FAMILIAR DURANTE UNA UNIÓN DE HECHO	43
BLOQUE 1. Existencia de convivencia: situación de la vivienda	43
BLOQUE 2. Inexistencia de convivencia: situación de la vivienda	45
PARTE V. VIVIENDA FAMILIAR DURANTE LA SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD	47
BLOQUE 1. Criterios para la atribución de la vivienda	47
1.1. Acuerdo entre las partes	48
1.1.1. Convenio regulador	48
1.1.2. Pactos entre partes	49
1.2. Atribución judicial	49
1.2.1. Con hijos menores	49
1.2.1.1. Custodia exclusiva	49
1.2.1.2. Distribución de la custodia	50
1.2.1.3. Custodia compartida	51
1.2.1.3.1. Con vivienda fija para el menor	52
1.2.1.3.2. Con vivienda rotatoria para los hijos	52
1.2.1.3.3. Con asignación para el menor del domicilio	52
1.2.1.3.4. Sin asignación de domicilio	52
1.2.1.4. Atribución de la custodia a otros parientes	54
1.2.2. Con hijos mayores económicamente dependientes	54
1.2.3. Con hijos mayores de edad con discapacidad	56
1.2.3.1. Incapacitados	56
1.2.3.2. Sin declaración de incapacidad	56
1.2.4. Sin hijos	57
1.2.5. En situación de violencia de género	57
BLOQUE 2. Modificación de la atribución	69
2.1. Cambio de titularidad de la guarda y custodia	69
2.2. Mayoría de edad de los hijos	70
2.3. Falta de ocupación de la vivienda	71
2.4. Abuso de la ocupación de la vivienda	71
2.5. Desaparición del inmueble	72
2.6. Convivencia marital de una tercera persona (última sentencia del TS)	73
PARTE VI. VIVIENDA FAMILIAR TRAS LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES	81
BLOQUE 1. Derechos persistentes sobre el uso de la vivienda	81
BLOQUE 2. Derecho a la subrogación del contrato de arrendamiento	82
2.1. Supuestos de subrogación tras nulidad, separación o divorcio	83
2.1.1. El contrato de alquiler está suscrito por el cónyuge al que no se atribuye el uso	83
2.1.2. El contrato de alquiler está suscrito por ambos cónyuges	83
2.1.3. El contrato de alquiler está suscrito por el cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda	84
2.2. Supuestos de subrogación tras el fallecimiento del inquilino firmante del contrato	84

PARTE VII. GASTOS DE LA VIVIENDA	87
BLOQUE 1. De uso	87
BLOQUE 2. De propiedad	89
ANEXO I. FORMULARIOS Y MODELOS DE ESCRITOS	91
1. Demanda de desahucio por precario por padres de expareja	93
2. Contestación a la demanda de juicio de desahucio por precario	97
3. Escrito solicitando la conversión de un procedimiento de separación/ divorcio a mutuo acuerdo	101
4. Convenio regulador de separación de mutuo acuerdo con liquidación del régimen matrimonial y pensión compensatoria, con hijos	103
5. Escrito solicitando la suspensión del procedimiento de divorcio/separación para someterse a mediación	109
6. Demanda de separación contenciosa. Con hijos. Guarda y custodia exclusiva. Pensión compensatoria (Art. 770 L.E.C.)	111
7. Contestación a demanda de separación. Guarda y custodia compartida no homogénea	119
8. Demanda de divorcio de mutuo acuerdo. Hijos dependientes. Convenio adjunto	123
9. Convenio regulador de divorcio con custodia compartida y vivienda fija/ familiar para el menor	131
10. Demanda de separación contenciosa con hijos. Guarda y custodia compartida solicitando vivienda rotatoria para los hijos	135
11. Contestación a demanda de separación. Guarda y custodia compartida no homogénea	139
12. Demanda de divorcio contencioso. Hijos menores y dependientes económicamente. Medidas cautelares. Guarda y Custodia compartida	143
13. Demanda interpuesta por abuelos de menor solicitando la tutela de su nieto	153
14. Contestación de la progenitora frente a la demanda de custodia de los nietos menores formulada por los abuelos	159
15. Demanda de divorcio con hijos mayores económicamente dependientes y solicitud de vivienda	163
16. Contestación a demanda de divorcio con hijos mayores y solicitud de vivienda	167
17. Demanda de separación contenciosa con hijos mayores solicitando custodia exclusiva (ART. 770 L.E.C.)	171
18. Demanda de divorcio contencioso. Sin hijos. Con o sin separación previa	177
19. Contestación a demanda de divorcio contencioso. Sin hijos. Con o sin separación previa	183
20. Demanda de separación con riesgo para la integridad física de la parte demandante, con solicitud de pensión compensatoria y medidas provisionales ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer	189
21. Demanda de separación (o divorcio) con solicitud de ratificación de las medidas adoptadas por el Juez de Violencia (o de guardia) al amparo de lo dispuesto en el art. 544 ter de la LECrim	193
22. Contestación a demanda de separación/ divorcio por malos tratos	197
23. Solicitud de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de separación o divorcio: atribución de la guarda y custodia de hijos menores	199

SUMARIO

24. Contestación a la demanda de modificación de medidas definitivas.	205
25. Demanda de divorcio contencioso. hijos mayores no dependientes económicamente. Separación previa.	209
26. Contestación a demanda de divorcio con hijos mayores no dependientes y solicitud de vivienda.	213
27. Demanda de solicitud de cambio de atribución de la vivienda familiar por falta de ocupación efectiva de la misma.	219
28. Contestación a demanda de solicitud de cambio de atribución de la vivienda familiar por falta de ocupación efectiva de la misma.	223
29. Demanda de modificación de medidas por desaparición física de la vivienda. con solicitud de medidas provisionales previas.	225
30. Contestación a demanda de modificación de medidas definitivas por desaparición física de la vivienda familiar	231
31. Demanda de modificación de medidas para que se declare extinguido el derecho de uso de la vivienda familiar del progenitor custodio y sus hijos por iniciar aquél una nueva relación sentimental y perder la vivienda el carácter de familiar, a la luz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo.. . . .	233
32. Contestación a demanda solicitando extinción de uso por convivencia marital con tercera persona.	237
33. Comunicación a arrendador notificando voluntad de continuar en uso de vivienda tras nulidad, separación o divorcio	241
34. Notificación al arrendador del derecho de subrogación como arrendatario . . .	243

ANEXO II. ESQUEMAS.	245
1. Juicio de desahucio por precario	247
2. Separación y divorcio de mutuo acuerdo (sin hijos menores o incapacitados) . .	248
3. Separación y divorcio de mutuo acuerdo (con hijos menores o incapacitados) .	249
4. Procedimiento de nulidad, separación y divorcio contencioso	250
5. Medidas provisionales previas o coetáneas a demanda de nulidad, separación o divorcio	251

PARTE I

La vivienda familiar

BLOQUE 1. Concepto de vivienda familiar y muebles de uso ordinario

En nuestro ordenamiento jurídico civil ningún texto legislativo, y en especial el Código Civil, nos ofrece una definición clara, bien definida y precisa de lo que debe entenderse como vivienda familiar, por lo que han sido la Doctrina científica y la Jurisprudencia las que se han encargado de la labor de aclarar lo que debemos entender al respecto.

En lo concerniente al domicilio de las personas casadas, es preciso acudir en primer lugar a lo regulado en el **Art. 69 del Código Civil**, en el cual se presume que, salvo prueba en contrario, los cónyuges viven juntos.

A continuación, el **Art. 70 del Código Civil** considera que ambos cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de producirse algún tipo de discrepancia, corresponderá resolver al juez teniendo siempre en cuenta el interés de la familia.

En cuanto al tratamiento de la vivienda familiar en los supuestos de separación, nulidad o divorcio, el Tribunal Supremo ha destacado su especial protección señalando que *las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados*.

Los asertos jurisprudenciales son ciertamente genéricos y difusos, pero tienen el valor de acercarnos a la esencia del concepto poniéndolo en relación con la finalidad que se persigue mediante la atribución judicial del derecho a su uso: **la vivienda familiar vendría a ser el lugar donde habitualmente la familia convivía y desarrollaba su vida diaria**.

Respecto a los *muebles de uso ordinario*, en principio y como primera aproximación a su definición, debemos entender por tales aquellos que se encuentren

localizados en la vivienda familiar en cuanto a que son necesarios para ser utilizados de manera efectiva por los miembros que componen la unidad familiar en el sentido amplio de la misma.

Por lo tanto, se alude a los **bienes que se localizan en la vivienda que habita la familia y que la misma los usa en su vida cotidiana**. Esto nos permite identificarlos, entre otros con el ajuar doméstico (bienes tales como vajillas, cristalerías, cuberterías, mantas, sábanas, edredones, etc.), e incluso, con otra clase de muebles que también nos encontramos en la vivienda para su uso familiar, tales como aquellos que se utilizan para amueblar y decorar habitaciones, salones, pasillos, recibidores (por ejemplo camas, armarios, mesas, sillas, cuadros, taquillas, taquillones, lámparas, alfombras y así una larga lista) .

Caso especial de trasteros y garajes

Estos espacios no pueden ser considerados como *vivienda familiar*, otra cosa es la posibilidad de ser atribuidos junto con el uso de la misma.

Respecto a este tema, debemos comenzar expresando que la postura doctrinal no es pacífica ni unánime.

Generalmente, cuando se adquiere una vivienda, bien ya edificada, bien sobre plano, suele adquirirse en el mismo edificio y al mismo constructor en una sola escritura y con un solo coeficiente de participación en la propiedad horizontal, formando lo que se denomina “unidad registral”.

Vamos a analizar, en primer lugar, el supuesto de que la atribución de dichos elementos haya sido una pretensión formulada por las partes sobre la que no haya existido acuerdo.

Así nos encontramos con Audiencias Provinciales partidarias de que, cuando se produce la ruptura familiar, es necesario determinar a quién se le atribuye el uso de los garajes y trasteros, aunque en puridad no aparezcan reflejados en el art. 96 de C.C. ni encajen exactamente en la definición de vivienda familiar. Otras, en cambio, como la SAP de Valencia de 26 de noviembre de 2009 o la SAP Granada 5ª de 6 de noviembre de 2009, entienden que el Art. 96 CC *contempla exclusivamente la atribución de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario sin hacer mención a otras dependencias o locales que pueden ser objeto de uso y disfrute de la familia, aun cuando formen parte de aquella como elementos anexos*.

Por otro lado, cuando la atribución del uso ha sido pretendida por las partes, curiosamente, la respuesta judicial de fondo no suele ofrecer duda en la hipótesis de que estos espacios (garajes, trasteros) estén calificados registralmente en una misma finca registral como anejos o anexos a la vivienda cuyo uso se ha atribuido: generalmente se entiende que estos espacios forman parte de atribución de la vivienda familiar de modo que, si esta se constituye por un inmueble individual en el que va incluida formando un todo, como anexos, la plaza de aparcamiento y el trastero, estos elementos deben ser incluidos como objeto de la atribución. Así, por ejemplo, la SAP Madrid de 26 de julio de 2011.

¿Qué sucede cuándo la vivienda familiar se encuentra en un edificio y la plaza de garaje y el trastero en otro? En este supuesto, que también aparece en la práctica, nos encontramos opiniones variadas, que no tanto jurisprudencia. Hay quien afirma que son unidades independientes, y que deberían por analogía atribuirse al interés más necesitado de protección al igual que la vivienda; otras opiniones postulan que no debe formar parte de la atribución; otras, que deben seguirlos

usando quien lo venía haciendo; también hay quien se decanta por la opción de la necesidad de demostrar la necesidad del trastero o garaje en la vida diaria familiar de cada uno de los cónyuges para lograr el pronunciamiento judicial deseado.

Legislación

Arts. 40, 70, 90, 91, 93, 96, 1320 y 1321 C.C

Arts. 8.5 y 9 L.H.

Jurisprudencia

Concepto de "Vivienda familiar"

STS 1ª de 31 diciembre de 1994 y SAP de Madrid, 24ª de 25 de junio de 2009.

"(...) bien familiar, no patrimonial (lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario (...)"

STS, Sección 1ª, de 10 de marzo de 1998 y SAP de A Coruña, Sección 3ª, de 8 de noviembre de 2010.

"(. .)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 (...)"

SAP A Coruña, Sección 5ª, de 16 de abril de 2009.

"(...) aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas (Art. 68 CC)."

SAP Valladolid, Sección 1ª, de 16 de abril de 2004:

"(...) aquélla 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 (. .)."

SAP de Madrid N.º 536/2009, Sección 22, de 14 de Septiembre de 2009. Rec 644/2009

"(...) El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del C.C. es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia.."

SAP de Ourense Civil N.º 40/2014, Sección 1, de 17 de Febrero de 2014. Rec 360/2013

"(...) De conformidad con lo anteriormente indicado, cabe afirmar que no es posible atribuir la condición de vivienda familiar a aquellos lu-

gares que con posterioridad a la ruptura conyugal uno de los cónyuges decida tomar como domicilio, al margen de que lo haga en compañía de los hijos menores cuya custodia le haya sido atribuida.”

Concepto de “Garajes y trasteros”

SAP de A Coruña, Civil, N.º 140/2013, Sección 3, de 22 de Marzo de 2013. Rec 439/2012

“Debe considerarse correcto el criterio de la Juzgadora de instancia, cuando afirma que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye debe considerarse como una unidad, con todos los anexos inherentes, como parte de los elementos que utilizaba la familia en la situación ordinaria de convivencia. Hacer distinciones sobre el uso de elementos anejos, cuando no hay un acuerdo entre las partes y la convivencia posterior discurre por unos cauces muy normalizados, supone alterar el concepto de domicilio familiar. Y, sobre todo, puede ser una fuente de permanentes conflictos.”

Casos prácticos

Una familia formada por los progenitores y dos hijos menores tiene un piso con anexos de trastero y garaje en el mismo bloque y además una residencia de verano en la playa. No habiendo acuerdo entre las partes, ¿a quién se atribuirá el uso y disfrute de estos bienes de carácter ganancial?

Con carácter general y partiendo de que, por el momento, en la mayoría de los casos de separación legal y divorcio, todavía existe una inercia mayoritaria a atribuir la guarda y custodia con carácter exclusivo a uno de los progenitores y al otro un régimen de visitas quincenales, y a veces unas horas entre semana, y, teniendo en cuenta también que nos hallamos ante un supuesto donde existen hijos menores, serían estos los que ostentarían el denominado “interés más digno de protección” que se fundamenta en el principio de *favor filii* o *favor minoris*. Por lo tanto, la vivienda familiar en el momento de la quiebra de la relación entre los progenitores sería el piso, cuyo uso, junto con los muebles de uso ordinario de la familia, se atribuiría a los mencionados menores y al progenitor custodio, que en los supuestos mayoritarios suele ser, en las parejas mixtas, la madre.

Respecto a los anexos al piso, si bien no son definibles como vivienda familiar, la jurisprudencia mayoritaria entiende que su uso forma parte de esta y se decanta por atribuirlos junto con la vivienda y los muebles de uso ordinario, pues forman parte de la misma, constituyendo un todo que debe atribuirse al interés más necesitado de protección, es decir, en este caso, los menores, y, por efecto reflejo, al progenitor custodio.

Por último, respecto a la casa de la playa, debemos tener en cuenta que no se trata, por definición, de la vivienda familiar, por lo que no será objeto de atribución de uso en la sentencia. Esto no prohíbe que pueda trasladarse a ella el progenitor no custodio, mientras no se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, bien de mutuo acuerdo, bien judicialmente.

BLOQUE 2. Características

2.1. Habitabilidad

La vivienda de la familia, al igual que otra vivienda, debe cumplir unos requisitos básicos para que, según la jurisprudencia y la doctrina, sirva a los seres humanos

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 estos.

Los requisitos mínimos que una vivienda debe cumplir para que los seres humanos puedan vivir dignamente en ella, sin querer ser exhaustivos, son los siguientes: habitabilidad, salubridad e higiene, y seguridad:

1. Habitabilidad:

- Dependencias mínimas que debe tener cualquier vivienda.
- Superficies o dimensiones mínimas.

2. Salubridad e Higiene:

- Iluminación en viviendas.
- Ventilación en viviendas.

3. Seguridad:

- Materiales de suelos, paredes y techos.
- Instalaciones: eléctricas, de fontanería y de telecomunicaciones.

2.1.1. Exclusiones (chozas, cabañas, casas ruinosas, locales de negocio, almacenes)

Si hemos definido la vivienda familiar como *aquella que constituye el reducto donde se orienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de las necesidades, y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos*, resulta evidente que los supuestos enumerados en el presente apartado (chozas, cabañas, casas ruinosas, locales de negocio, almacenes, a los que podemos unir solares, establos, fábricas, así como garajes y trasteros) no encajan en tal definición, incluso ni reúnen los requisitos ya mencionados que una vivienda debe cumplir para ser habitable.

2.1.2. Supuestos específicos de las viviendas mixtas (vivienda con pequeña industria doméstica o con despacho profesional, local de negocio -o industria- con vivienda incluida y fincas rústicas con casa-habitación)

En ocasiones nos encontramos con supuestos de viviendas mixtas, esto es, la vivienda familiar se destina fundamentalmente a ser el lugar donde la familia hace su vida y tiene su ámbito de intimidad, pero se utiliza una parte por uno de los progenitores para un uso profesional (consulta médica, despacho profesional, oficina...). También puede suceder que la vivienda tenga una parte, o toda la planta baja, destinada a local de negocio o industria; y, ya en el ámbito rural, son comunes las fincas rústicas con casa-habitación.

En cuanto a la jurisprudencia, la SAP de Barcelona N.º 352/2012, Secc. 18 de 24/05/2012, después de que en primera instancia se le hubiese atribuido el uso de la vivienda a la esposa y se asignase un espacio en la planta baja al marido, donde explotaba un salón de peluquería, revoca la Sentencia y asigna la totalidad de la

vivienda a la esposa e hijos, puesto que la medida adoptada en primera instancia *provocaría una convivencia no deseada que podría devenir una fuente continua de conflictos*.

Se quiere con ello decir que, salvo acuerdo, cuando existe una situación de confrontación entre las partes, a aquella a la que se le atribuye el uso de la vivienda familiar por ser el interés más digno de protección, se le atribuye por completo, teniendo la otra parte que abandonar la misma y trasladar su consulta, oficina o negocio, ya que no se afecta la vivienda familiar a dos actividades distintas (a vivienda por un lado y a negocio por otro), máxime en una situación de falta de afecto entre las partes, criterio seguido también por la SAP de Gipuzkoa, Secc. 3 de 05/12/2012 y, de manera altamente ilustrativa, por la SAP de Barcelona sección 18 de 06/05/2015, que transcribimos más adelante.

2.2. Habitualidad

Como ya hemos visto, no todas las viviendas pueden ser consideradas familiares, pues deben reunir requisitos como el de la habitualidad, siendo vivienda familiar aquella en la que la familia desarrolla la convivencia de forma habitual y continuada.

2.2.1. Pluralidad de viviendas

El requisito de la habitualidad en la residencia es una característica esencial para que se pueda afirmar que el inmueble es *vivienda familiar*. De hecho, una de las definiciones de vivienda familiar que nos ofrece la jurisprudencia afirma: *El concepto de vivienda familiar a que se refieren los artículos 90, 91, 96 y 103-2 del C.C. es la vivienda habitual de la familia, sin incluir dentro por tanto de su ámbito de aplicación las denominadas viviendas de temporada o segundas residencias usadas por la familia en periodos vacacionales o fines de semana, tampoco entran dentro del concepto de vivienda familiar, otras viviendas que los cónyuges pudieran poseer conjuntamente en proindivisión o en régimen de gananciales, pero en las que no resida la familia*.

El principio general que rige en nuestro ordenamiento y en la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales al respecto es que, en caso de pluralidad de viviendas por parte del grupo familiar, el juez únicamente puede, una vez surgido el conflicto familiar y a falta de acuerdo entre las partes, atribuir a la parte o partes más dignas de protección la que haya sido la última vivienda familiar antes de haberse producido la quiebra familiar.

2.2.2. Abandono de la vivienda

No son pocas las ocasiones en las que, cuando se produce el conflicto de la pareja o de la familia, una de las partes decide abandonar la vivienda familiar, a veces sola y otras, si existen menores, en compañía de estos. Algunas veces se abandona previamente a la judicialización del conflicto y otras posteriormente, incluso una vez adjudicada. La pregunta que surge en estos caso es obvia: ¿qué incidencia tiene esta decisión a la hora de la atribución de la vivienda?

Como en otras ocasiones, necesitamos hacer un estudio jurisprudencial para encontrar la solución. Así vemos que la jurisprudencia tiene en cuenta dos crite-

rios para determinar si quien, en principio, sería el titular del interés más digno de protección cumple o no los susodichos criterios a la hora de la atribución de la vivienda. Suelen tenerse en cuenta:

- Plazo de tiempo desde el abandono de la vivienda.
- Motivos del abandono de la vivienda.

De esta forma, en supuestos de abandono previo voluntario con un gran período de tiempo desde el mismo, puede, en efecto, llegar a entenderse que el inmueble ha perdido su carácter de vivienda familiar. A título de ejemplo, en la SAP Barcelona 18ª de 28 de septiembre de 2010, donde se enfatiza que el dejar de residir en la vivienda que fue en su día familiar determina que ese domicilio quede desafectado de tal naturaleza de vivienda familiar, sin que vuelva a adquirirla por el hecho de que la madre manifieste que tiene intención de volver a ocuparlo.

Por el contrario, si el periodo del previo abandono es corto (SAP Murcia 1ª de 5 de octubre de 2004), si se trata de un abandono pasajero o transitorio (SAP Barcelona 12ª de 30 de junio de 2009, SAP Asturias 6ª de octubre de 2004) o motivado por una tensión insostenible (SAP Las Palmas 3ª de 16 de julio de 2003), debe entenderse que no por ello existe desafección del carácter de vivienda familiar ni previa renuncia al derecho a su uso.

Cuando el abandono es posterior a la atribución judicial, numerosas resoluciones entienden también que su no utilización como alojamiento permanente puede incluso dar lugar al cambio de atribución del uso de dicha vivienda a favor del progenitor no custodio. En la SAP Barcelona 12ª de 18 de mayo de 2010 se otorga el uso de la vivienda a favor del padre dado que, concedido el uso a la madre y al hijo en el anterior procedimiento, estos no han utilizado la vivienda familiar como alojamiento permanente, lo cual resulta probado en lo actuado no solo por las lecturas de los suministros, sino por su propia declaración en el acto del juicio. En la resolución se pone de manifiesto que *Lo que subyace en la presente controversia, es que la madre pese a que no ha habitado de forma permanente en la vivienda familiar —quizás debido ello al desahogo que encuentra en el domicilio de sus progenitores—, no desea desprenderse del uso de la misma*. Por demás, la menor permanece escolarizada en un centro ubicado justo enfrente del domicilio de los abuelos maternos, los padres de la recurrente.

2.2.3. Viviendas en construcción

Una vivienda en construcción, por definición, es una vivienda inacabada que carece de la documentación necesaria para entrar a vivir en la misma (como pueden ser el certificado de fin de obra, el certificado de habitabilidad y la licencia de primera ocupación).

Si confrontamos esta definición con lo que la doctrina y la jurisprudencia define como vivienda familiar (*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 estos.*), salta a la vista una clara discordancia entre ambas, por tanto, nunca puede tener el carácter de vivienda familiar una vivienda en construcción en la cual la unidad familiar no ha residido nunca ni ha desarrollado vida familiar en la misma, pues carece del elemento de la habitualidad.

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR PASO A PASO

En nuestro ordenamiento jurídico civil ningún texto legislativo, y en especial el Código Civil, nos ofrece una definición clara, bien definida y precisa de lo que debe entenderse como vivienda familiar, por lo que han sido la Doctrina científica y la Jurisprudencia las que se han encargado de la labor de aclarar lo que debemos entender al respecto.

El propósito de esta guía es el estudio de todos los supuestos que surgen en el día a día cuando una pareja se separa o divorcia, de una manera clara y útil para el lector.

A través del análisis jurisprudencial, y con el planteamiento de ejemplos prácticos y numerosos formularios, se articula este libro, con el propósito de aclarar todos los casos que se producen en esta materia tan controvertida.



www.colex.es



ISBN: 978-84-17618-84-1

