

LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR A LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD MAYORES DE EDAD. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

SONIA MARÍA JORDÁN ALMEIDA

Profesora Asociada de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

soniamaria.jordan@ulpgc.es

RESUMEN: Uno de los problemas más complejos de resolver cuando se produce la ruptura de una pareja, es sin duda alguna, a quién se le atribuirá la vivienda que fuera el hogar familiar, máxime cuando en él habitaran hijos con discapacidad. El tratamiento de los hijos mayores de edad con discapacidad y su equiparación a los menores de edad en ciertas atribuciones de derechos es un talón de Aquiles en la sociedad en la que vivimos, dada su situación de dependencia. Centraremos nuestro estudio en un análisis jurisprudencial de cómo, cuándo y en qué circunstancias se le atribuye o no el uso y disfrute de la vivienda familiar, rota la relación de los progenitores. Si reviste el carácter de temporal o no. Y de si resulta relevante al caso que nos ocupa el hecho de que esté declarada o no judicialmente. Para enfocar con más claridad el tema a desarrollar incorporaremos un caso práctico al que daremos una solución viable al concluir la presente investigación.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar, derecho de uso, alimentos, personas con discapacidad.

ABSTRACT: One of the most complex problems to solve when the breakup of a couple occurs is undoubtedly who will be attributed the home that was the family home, especially when there were children with disabilities. The treatment of children of legal age with disabilities and their equalization to minors in certain attributions of rights is an Achilles heel in the society in which we live, given their situation of dependency. We will focus our study on a jurisprudential analysis of how, when and under what circumstances the use and enjoyment of the family dwelling is attributed or not, broken the relationship of the parents. If it has the character of temporary or not. And if the fact that it is declared or not judicially is relevant to the case that concerns us. In order to focus more clearly on the topic to be developed, we will incorporate a practical case to which we will give a viable solution at the conclusion of the present investigation.

KEY WORDS: Family home, Occupation Right, Maintenance, Disabled persons.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.- II. MARCO NORMATIVO.- 1. Protección del discapacitado.- A) El tratamiento de la discapacidad en el ámbito del derecho internacional.- B) El tratamiento de la discapacidad en el Código Civil español.- III. MARCO JURISPRUDENCIAL.- 1. STS 19 de enero 2017.- 2. STS 30 mayo 2012.- 3. Cauce jurisprudencial.- IV. SUPUESTO PRÁCTICO.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El jurista debe plantear y proponer al legislador o juzgador retos jurídicos que se puedan plantear en la sociedad moderna. La ruptura de la pareja provoca habitualmente efectos negativos en la economía familiar, máxime cuando ello supone atribuir a uno de los dos la vivienda que hasta ese momento constituía el hogar familiar. El problema se ve agravado si en la unión existen hijos con discapacidad y son mayores de edad con situación de dependencia.

A sabiendas que el interés de los hijos es el más necesitado de protección, la cuestión estriba en saber si podríamos entender equiparables a los hijos discapacitados con los menores de edad. O por el contrario tendríamos que hacer una distinción entre los hijos discapacitados con la capacidad judicialmente modificada en relación con aquellos que no la tienen reconocida judicialmente y ni siquiera tienen grado de minusvalía establecido. Los segundos estarían desprotegidos en mayor medida.

También sería o no posible abrir la vía de equiparar la atribución de la vivienda familiar no con carácter temporal como ahora se prevé sino como ocurre con la pensión de alimentos donde el tratamiento si es equiparable a los menores de edad.

Vamos a partir de un supuesto práctico:

Elena tiene diecinueve años, nació sin problema alguno, pero a la edad de dos años y tras episodios convulsivos aislados, dejó de evolucionar acorde a su edad. Hoy está diagnosticada con enfermedad rara, no habla, no lee y no escribe, dependiendo completamente de sus padres para realizar cualquier tarea, hasta las más básicas. Sus padres están en trámites de divorcio, y la madre quiere que se le adjudique la que ha sido vivienda familiar a su hija.

A partir de ahí son muchos los interrogantes que le plantean: ¿Cómo, cuándo y en qué circunstancias se le podría atribuir o no el uso y disfrute de la vivienda familiar? ¿Revestiría el carácter de temporal o no? ¿Resulta relevante que no haya sido sometida a un procedimiento judicial que declare su situación de incapacidad?

Nos proponemos dar una solución lo más factible posible al caso que nos ocupa desde la vertiente jurisprudencial.

II. MARCO NORMATIVO.

El CC en su art. 96 regula la atribución del uso de la vivienda familiar “en defecto de acuerdo de los cónyuges”, distinguiendo o no la existencia de hijos. Señalando que corresponde “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, entendiendo como titular del derecho de uso al cónyuge, representando los hijos el interés más necesitado de protección como presunción “*iuris tantum*”. Si bien en principio su atribución era indefinida, dado que siempre se entendió prolongado mientras los hijos fueran dependientes económicamente, en fechas recientes dichas circunstancias han variado considerablemente. Configura este derecho como una medida de protección de los menores, en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. Alcanzada la mayoría de edad de los hijos, opera el límite temporal del uso. En el caso que nos ocupa prescindir de esta temporalidad sería contrario al propio art. 96, vaciaría el contenido de otros derechos, como es el de la propiedad. De esta manera en modo alguno se equipara el menor de edad al mayor de edad con discapacidad en orden a proporcionarle mayor protección, lo que transforma en meros apoyos sociales que no mermen su capacidad con una protección “especial”.

1. Protección del discapacitado.

A) El tratamiento de la discapacidad en el ámbito del derecho internacional.

Además de las normas específicas que puedan existir sobre discapacidad, los seis tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas ofrecen grandes posibilidades para la protección jurídica de las personas con discapacidad. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 40. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1982, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963. El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su art. 1, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Nos señala que su objeto es: “Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Y en su art. 12 señala que: “Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad

jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. “ El problema aquí estriba en sí entre estos apoyos está el mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de separación o divorcio. La respuesta no está clara, en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Aquí el problema estriba en determinar si en el art. 12 de la Convención está el apoyo de mantener en el uso de la vivienda familiar a una persona con discapacidad dejando al margen la normativa de la separación y divorcio en lo que a ello se refiere.

2. El tratamiento de la discapacidad en el Código Civil español.

Es menester recordar que el art. 200 del CC regula las causas de incapacitación señalando que son “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Englobando la capacidad de autogobierno patrimonial, la adaptativa e interpersonal y la personal.

De esta manera la incapacitación judicial supone sólo una forma de protección, limitando sus facultades ya sean intelectivas y/ volitivas en su autogobierno,

impidiéndole ejercer sus derechos como persona. Así como señalan las SSTS 29 de abril 2009¹ y 1 de julio 2014²: “La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado”.

III. MARCO JURISPRUDENCIAL.

Presumimos que a los hijos incapacitados o con discapacidad le vamos a dar una misma solución, dado que su interés es dígno de protección, salvo prueba en contrario. Sin embargo, nos encontramos en el marco jurisprudencial que el TS está haciendo una interpretación correctora. Al no admitir que en el art. 96.1 CC están todos los hijos, en contra del tenor literal de la norma, se plantea el problema de lo que acontece con los incapacitados y los discapacitados. Como el Tribunal Supremo distingue donde la ley no lo hace, surge este problema.

En relación con los incapacitados, es doctrina consolidada del TS la equiparación de los hijos incapacitados a los menores en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar con base en el art. 96.1 CC y a las SSTS 21 junio 2011³, 14 abril 2011⁴, 30 mayo 2012⁵, 19 enero 2017⁶. Se argumenta que su interés es el más necesitado de protección y deben ser incluidos en el art. 96.1 CC que no distingue entre menores e incapacitados, interpretación que está en consonancia con la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007 y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación de la normativa a dicha Convención (STS 30 mayo de 2012). En este caso, como vemos, el que la ley no distinga, sirve de base para la protección de los incapacitados. No así para los mayores de edad. Los mayores de edad quedan fuera del art. 96.1 CC. y de la preferencia que dicho precepto contiene trasladando su régimen al art. 96.3 CC, aunque tal supuesto se refiera a cuando no hay hijos, hay que plantearse lo que pasa con un mayor de edad discapacitado no incapacitado judicialmente. Aquí se plantean los dos supuestos clave: Hijo mayor de edad con sentencia judicial de incapacidad e hijo mayor de edad sin sentencia judicial y sin reconocimiento de minusvalía vía administrativa.

¹ STS 29 abril 2009 (RAJ 2009, 282).

² STS 1 julio 2004 (RAJ 2004, 341).

³ STS 21 junio 2011 (RJ 2011, 7325).

⁴ STS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3590).

⁵ STS 30 mayo 2012 (RJ 2012, 10135).

⁶ STS 19 enero 2017 (RJ 2017, 20694).

1. STS 19 enero 2017.

En la STS 19 enero de 2017⁷, se plantea el problema de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando uno de los hijos comunes es una hija mayor de edad con discapacidad, padece esquizofrenia que le impide vivir sola, precisa de ayuda de un tercero para su control y medicación, que no ha sido objeto de incapacitación judicial. La vivienda objeto de litis es propiedad privativa del padre. En primera instancia se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar y del ajuar doméstico, a la esposa, por ser el interés más necesitado de protección por un período de tres años, con base en el art. 96.3 del CC. El recurso de apelación interpuesto fue desestimado e interpone recurso de casación la esposa alegando que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 96.1 CC y la doctrina del TS en sentencia 30 mayo 2012⁸ que atribuyó el uso de la vivienda en caso de un hijo incapacitado mayor de edad al cónyuge que se encargó de su guarda y lo hizo con base en el art. 96.1 CC. La recurrente reclama que los hijos discapacitados se equiparen a los menores y que el uso de la vivienda se le conceda con carácter indefinido. El TS niega que se puedan equiparar los mayores discapacitados a los menores y que los discapacitados no pueden recibir el mismo régimen que los incapacitados. El art. 96.1 CC va dirigido a proteger a los menores y que la discapacidad no justifica un trato distinto al establecido con carácter general en la ley y, sobre todo, por entender que afirmar lo contrario supone que supondría una expropiación de la propiedad a uno de los cónyuges, en este caso al marido. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al art. 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad” .o, no es así, pues, como he dicho, cuando hay incapacidad, el uso se concede con base en el art. 96.1 CC. En cambio, en esta sentencia al discapacitado se le trata como a un mayor de edad sin discapacidad y el supuesto se reconduce al art. 96.3 con un uso temporal. Sería conveniente que, transcurridos tres años, y una vez que el padre recupera la posesión sobre su propiedad, recuperara también la guarda de la persona discapacitada con base en el art. 149 CC. Se señala en la sentencia, “una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores”, la cual podrá ser cumplida por el propietario acogiendo a la hija en su casa. el TS en esta sentencia trata de forma idéntica, situaciones diferentes: no es lo mismo un mayor de edad con discapacidad, que sin ella. Llegando a esta solución por una vía no autorizada por el tenor literal del art. 96.1 cuyo criterio atribuir el uso al cónyuge que tenga a los

⁷ STS 19 enero 2017, loc.cit. nota 6.

⁸ STS 30 mayo 2012 (RJ 2011,1132).

hijos en su compañía. Hay que tener presente que si lo que se pretende es proteger al mayor con discapacidad, el progenitor que recupera el uso de la vivienda debería residir con el mismo, dado que de nada sirve recuperarla si no va a cargar con la guarda de los hijos, que sin duda siguen siendo los más necesitados de protección; y si presentan problemas de capacidad más. Aún podemos seguir ahondando en la materia y plantear el caso de que el mayor de edad con discapacidad física tenga adaptada la vivienda a sus necesidades. ¿Cuál sería aquí el planteamiento del Alto Tribunal? ¿Permitirá el TS que abandone la vivienda, recupere la posesión el propietario y el otro progenitor tenga que procurarse la adquisición de otra vivienda y adaptarla a las necesidades del discapacitado? Tal y como señala la sentencia el cónyuge que se ocupa de la guarda del discapacitado deberá procurarse otra vivienda porque para el TS prevalece el derecho de propiedad del otro progenitor. Pero nada se dice acerca de que la vivienda esté adaptada a las necesidades de la persona con discapacidad, dejando una laguna jurídica en este ámbito.

Hay que resaltar que los cambios legislativos tienen que ser tarea del legislador, que el marco jurídico en materia de discapacidad es insuficiente y que es el TS el que está asumiendo una tarea que no le corresponde.

2. STS 30 mayo 2012.

En la STS 30 mayo de 2012⁹ estamos ante un hijo mayor de edad cuya capacidad había sido modificada judicialmente y se había rehabilitado de la madre, bajo cuya guarda y custodia queda.

Declara que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores a los efectos de disponer el uso de la vivienda en favor del cónyuge encargado de su custodia. Tal y como se establece en el propio art. 96.1 CC, el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. La Sala interpretó esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial. Equiparando los hijos incapacitados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010”.

⁹ STS 30 mayo 2012, *loc.cit.* nota 8.

3. Cauce jurisprudencial.

Llegados este punto hay que resaltar que hay una diferenciación entre ambas resoluciones. En la sentencia de 2012 se trata de un hijo mayor de edad cuya capacidad había sido modificada judicialmente; mientras que en la sentencia de 2017 la discapacidad de la hija que no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad, por lo que no es equiparada a los hijos menores a efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Hay que resaltar que en uno de sus párrafos la Sentencia de 2017 señala que “Prescindir de este límite temporal en el caso de los hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al Art. 96 CC... “; la mención en este inciso de «capacidad judicialmente determinada», parece contradecir a la de 2012, en que no se estableció límite temporal alguno.

IV. SUPUESTO PRÁCTICO.

Elena tiene diecinueve años, nació sin problema alguno, pero a la edad de dos años y tras episodios convulsivos aislados, dejó de evolucionar acorde a su edad. Hoy está diagnosticada con enfermedad rara, no habla, no lee y no escribe, dependiendo completamente de sus padres para realizar cualquier tarea, hasta las más básicas. Sus padres están en trámites de divorcio, y la madre quiere que se le adjudique la que ha sido vivienda familiar a su hija.

A raíz de este caso práctico, nos planteamos varios interrogantes: ¿Cómo, cuándo y en qué circunstancias se le podría atribuir o no el uso y disfrute de la vivienda familiar? ¿Revestiría el carácter de temporal o no? ¿Resulta relevante que no haya sido sometida a un procedimiento judicial que declare su situación de incapacidad?

Partimos de la premisa de que a la hija mayor de edad con discapacidad, Elena, hay que brindarle una protección especial. Pese a su edad no puede llevar una vida independiente ya que necesita apoyo para realizar sus tareas más básicas, no pudiendo entenderse aquí que estamos ante un hijo mayor o emancipado al que sí se le aplicaría el régimen de los arts. 142 y ss. del CC A juicio del Alto Tribunal y siempre que nos encontremos con personas con discapacidad no incapacitados judicialmente ,tanto en la STS 7 de julio 2014¹⁰ como en la 10 octubre 2014¹¹ señala que: *En este sentido, ambas concluyen que la situación de discapacidad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestar en un juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.* Entendiendo también que como es el caso que nos ocupa, si se

¹⁰ STS 7 julio 2014 (RJ 2014, 372).

¹¹ STS 10 octubre 2014 (RJ 2014, 547).

acredita que el grado de discapacidad es grave, pese a que no exista incapacitación o prórroga de la patria potestad, queda justificada su regulación en la sentencia o convenio de divorcio.

La discapacidad de Elena, que convive en el domicilio familiar con su madre, no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en Autos resolución administrativa de discapacidad. Estamos ante un supuesto de prórroga de la patria potestad, con la correspondiente custodia a uno de los progenitores, equiparando así a los mayores con los menores de edad. El interés del menor tiende a su protección y asistencia, en el caso que nos ocupa, de una hija con discapacidad, se dirige a la integración de su capacidad de obrar. Ciertamente es que depende de muchos factores: de su estado, grado, físico, mental, intelectual o sensorial. En el caso que nos ocupa nos encontramos con una persona especialmente vulnerable necesitada de protección.

Atendiendo a las vías jurisprudenciales estudiadas, siguiendo el cauce del TS cuando nos encontramos ante una persona con discapacidad no reconocida judicialmente procedería atribuirle el uso temporal de la vivienda familiar a Elena y a su madre. Luego de alzar esta temporalidad, el padre volvería a recuperar esta propiedad. Entendiendo que Elena seguiría protegida siempre porque percibiría una prestación de alimentos que cubriera sus necesidades. Además de que sería probable que el padre asumiera también la guarda de la misma, una vez recuperado el bien inmueble.

V. CONCLUSIONES.

No podemos dejar en mano de los Tribunales cuestiones que tiene que resolver el legislador. Salvaguardar y proteger los derechos de los mayores de edad con discapacidad es tarea primordial. Si además ello supone atribuirles el uso y disfrute de la vivienda familiar adaptada a sus circunstancias, aún con más razón, lejos de entender vulnerado el derecho de propiedad se trata de que las necesidades de estos hijos queden cubiertas. Tenemos que abogar por aportar seguridad jurídica, el único camino a seguir es una regulación legislativa sobre la materia, porque velar por su interés superior debe ser nuestra principal preocupación. Veamos por un proyecto responsable, mediante el establecimiento de un marco jurídico que esté a la altura.