



Rosa Pérez-Villar Aparicio
Abogada
Socia de la Asociación de
Mujeres Juristas Themis

Con la casa auestas

En la actualidad una de las cuestiones más debatidas y que más conflictividad plantean en las rupturas matrimoniales y de pareja es la relativa a la atribución del uso del domicilio familiar y a pesar de la claridad del texto legal, en esta materia —artículo 96 del Código Civil— el debate está servido; no sólo se cuestiona desde algunos sectores de la sociedad la conveniencia de esta medida sino que amplios sectores judiciales y otros operadores jurídicos están abogando por la modificación del actual sistema, que vamos a examinar haciendo referencia tan solo a las situaciones de ruptura con hijos e hijas comunes.

Como es sabido, la introducción de esta medida en el Código Civil (CC) tuvo su origen en el mandato constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39 Constitución Española, C.E.) y en la preocupación del legislador por asegurar las necesidades de habitación de los hijos e hijas menores de edad, como consecuencia del principio del "*bonum filii*", principio que debe imperar, de forma prioritaria, en todo proceso judicial en el que intervengan

menores y ello responde a una exigencia de la legislación internacional y nacional en esta materia.

De la lectura del primer párrafo del referido **artículo 96 CC.** se desprende que el legislador, a falta de acuerdo entre los progenitores, estableció un criterio imperativo, sin dejar libertad alguna al arbitrio o interpretación judicial que tan solo debía limitarse a aplicar de forma automática el texto legal, sin entrar en otra consideración que no fuera la de constatar que no existía acuerdo entre las partes en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar, y así ha venido ocurriendo de forma pacífica hasta hace ya algún tiempo, en que como consecuencia de la "*burbuja inmobiliaria*", y por tanto, como consecuencia del aumento desmedido del precio de la vivienda ha cobrado un interés relevante la cuestión relativa al uso del domicilio.

Como quiera que la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos e hijas comunes va ligada a la atribución de su custodia dado que "*per relationem*" se atribuye también

su uso al cónyuge custodio, los argumentos simplistas en contra de esta medida están en la opinión pública y se habla de la injusticia de esta medida que discrimina a los hombres frente a las mujeres al ser éstas “favorecidas” por la atribución de la custodia, y por tanto, obtener todas las ventajas al momento de la ruptura, ya que no sólo se “quedan” con los niños sino también con la casa, olvidando que si las madres se “quedan” con los niños y se les atribuye su custodia no es como consecuencia de una postura oportunista, sino que es consecuencia de su dedicación histórica durante la convivencia matrimonial o de pareja al cuidado y atención de los hijos e hijas comunes, lo que supone en la práctica una renuncia a su desarrollo laboral y profesional que les coloca en una situación de desigualdad, cuanto menos económica, frente al hombre, y esta y no otra es la realidad sociológica¹ que aún tenemos en nuestro país, que no debemos ignorar a la hora de realizar un análisis de la conveniencia del mantenimiento del artículo 96 del Código Civil en su actual redacción; es decir, en mi opinión, se ha desplazado el debate sobre la conveniencia del mantenimiento del precepto en su redacción actual, reduciéndolo a una disputa de intereses entre los progenitores derivada del derecho de propiedad, cuando lo cierto es que se omite y se olvida que la atribución del domicilio familiar se realiza como consecuencia de la obligación de protección de los y las menores, en virtud del mandato constitucional ya expuesto.

En el IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia, que tuvo lugar en Valencia en octubre de 2009, se aprobó por mayoría, con el voto en contra de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

que intervino en dicho Encuentro, la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:

“5ª. a) Se propone la reforma del art. 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual. Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el art. 43 de Código de Familia de Cataluña.

La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del art. 96 CC, se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

- La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.*
- En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal”.*

¹ Ver estadísticas de tasa de empleo femenino a tiempo completo, tasa de empleo femenino a tiempo parcial, excedencias por cuidados de hijos, etc.

Pues bien, la interpretación que se propugna en el Encuentro mencionado choca frontalmente con la doctrina emanada del **Tribunal Supremo**, doctrina que recientemente ha confirmado con rotundidad nuestro **Alto Tribunal** en su resolución de fecha 1 abril 2011 (número 221/2011, rec. 1456/2008. Pte: Roca Trías, Encarnación), en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se expone textualmente:

"Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor."

Se discutía en este supuesto la temporalidad del derecho de uso y se casa la sentencia recurrida que había establecido a favor del hijo común la atribución del uso del domicilio familiar hasta tanto tuviera lugar la disolución y liquidación de los bienes comunes. La contundencia de la resolución no deja lugar a dudas sobre la imposibilidad de interpretación del texto legal que subordina todos los intereses en juego al interés del menor y además aborta de forma taxativa ninguna interpretación, como se propugna en las conclusiones formuladas por los Jueces y Abogados de Familia, debiendo limitarse el Tribunal correspondiente a aplicar la literalidad

del artículo 96 del Código Civil, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Supremo.

A mayor abundamiento, y en mi opinión, la postura defendida en el Encuentro antes referido supone ignorar la actual situación de la mujer en España y coloca a hombres y mujeres en plano de igualdad material que las estadísticas se empeñan en desmentir y colocar a ambos en el mismo plano supondría perpetuar esas diferencias, ya que no hay mayor desigualdad que tratar igual a los desiguales; de prosperar la propuesta legislativa propugnada, seríamos testigos de un mayor empobrecimiento de las mujeres e hijos e hijas comunes, quienes difícilmente podrán acceder a la compra de una vivienda en la que residir ya que su capacidad de endeudamiento, a fecha de hoy, es mucho menor, por lo ya expuesto.

Además de lo anterior si se concedieran al Juez "amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores la realización de dicho inmueble" como se propone en las conclusiones antes transcritas, surge la duda de cómo se va a materializar la salvaguarda de ese interés de los y las menores, ya que sustituir una obligación en especie, como es la atribución del uso del domicilio por una obligación dineraria incrementando, en su caso, la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio para cubrir las necesidades de habitación supondría en muchos casos colocar a los hijos e hijas en una situación de riesgo innecesaria que debería evitarse a toda costa.

La postura del IV Encuentro de Jueces y Abogados de Familia supone ignorar la actual situación de las mujeres y coloca a hombres y mujeres en plano de igualdad material que las estadísticas se empeñan en desmentir y supondría perpetuar las desigualdades

La jurisprudencia interpretó que la protección del derecho de uso regulado en el art.96 del Código Civil debía mantenerse más allá del derecho de propiedad, manteniéndose esta corriente posteriormente en sus sentencias

Examen de la Jurisprudencia

El derecho de uso regulado en el artículo 96 CCivil, en los inicios de la aplicación de la *Ley 30/1981, de 7 de julio*, no fue una cuestión especialmente controvertida. La sociedad aceptó que en interés de los y las menores resultaba una medida equitativa y no provocó discusión durante su puesta en marcha; ahora bien, como consecuencia de la evolución de la sociedad y coincidiendo con el aumento de precio de las viviendas, lo cierto es que, cada vez más, se cuestiona este derecho de uso en los procedimientos de familia y este cuestionamiento no es ajeno a las resoluciones judiciales que han ido oscilando desde los años 90 al momento actual.

El Tribunal Supremo ha venido pronunciándose sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso regulado en el artículo 96 del Código Civil, lo que tiene indudable transcendencia no solo entre las propias partes sino también frente a terceros y su doctrina no ha sido pacífica, sino fluctuante, y así la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 1992 (*nº 1118/1992, rec. 1532/1990. Pte: Malpica González-Elise, Matías*) desestima una acción reivindicatoria por persistir la necesidad para la que se atribuyó el uso del domicilio familiar y la STS de fecha 11 de diciembre de 1992 (*nº 1149/1992, rec. 1554/1990. Pte: Almagro Nosete, José*) llega incluso a declarar improcedente la acción reivindicatoria instada por el esposo contra la esposa titular del derecho de uso en virtud de sentencia dictada en proceso matrimonial, declarando la Sentencia de fecha 22 de

diciembre del mismo año (*nº 1194/1992, rec. 1480/1991. Pte: Ortega Torres, Teófilo*) subsistente el derecho de uso tras la acción de división de cosa común, entendiendo que debe garantizarse dicho derecho.

Es decir, que este cuerpo de jurisprudencia interpretó que la protección del derecho de uso regulado en el artículo 96 CCivil debía mantenerse más allá del derecho de propiedad en virtud del mandato constitucional de protección a la familia y los y las menores, manteniéndose esta corriente doctrina posteriormente en Sentencias, entre otras, de 20 de mayo de 1993 (*rec. 2113/1990. Pte: Santos Briz, Jaime*), 14 de julio de 1994 (*rec. 2384/1991. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis*) y 18 de octubre de 1994 (*rec. 2817/1991. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso*), que configuran el derecho de uso como un derecho oponible frente a terceros, pues se conforma como un derecho real familiar, de eficacia total, constituyendo título bastante para alejar la situación de precario, como manifiesta la última Sentencia citada que, en el Segundo de sus Fundamentos de Derecho, recoge textualmente:

"El referido acuerdo matrimonial, al haber sido homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia que decretó la separación de los esposos, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al art. 1280 CC y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha (art. 1227 CC), y por ello respecto a la referida usufructuaria, ya que aceptó el usufructo en fecha muy posterior.

No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, pfo. último CC. En todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fé de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor los tres hijos del matrimonio, conforme al art. 96 CC y estos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor, en cuanto éste es copropietario del piso. Así su protección general ha alcanzado rango constitucional, por el art. 39,1 y 2 de nuestra Carta Magna."

Esta concepción doctrinal se mantiene, no sin fisuras, durante varios años y así la STS de fecha 4 de abril de 1997 (nº 278/1997, rec. 1396/1993. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier) configura el derecho de uso como un derecho de ocupación oponible frente a terceros, que pretende garantizar "la protección que la familia tiene al uso", lo que motiva, como ocurre en el supuesto planteado en la STS de 27 de diciembre de 1999 (nº 1131/1999, rec. 1643/1995. Pte: Corbal Fernández, Jesús) que el derecho de uso deba mantenerse indemne tras la extinción del condominio y una eventual venta en pública subasta.

Ya la resolución de fecha 22 de abril de 2004 (nº 310/2004, rec. 1738/1998. Pte: González Poveda, Pedro) comienza a

atenuar el criterio mantenido hasta entonces y el derecho de uso reconocido en Sentencias de separación, nulidad o divorcio deja de ser título bastante para oponer al tercero propietario en los supuestos de cesión gratuita constante matrimonio, consolidándose esta postura en las SSTs de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 2009, negando asimismo que constituya título bastante en los supuestos en que exista una relación contractual con el cónyuge no contratante (STS 3 abril de 2009) fijando finalmente la STS de 14 de enero de 2010 (nº 859/2009, rec. 5806/2000. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio) la nueva doctrina del Tribunal Supremo que se contiene en el Tercero de los Fundamentos de Derecho:

"Como decimos en la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta, resulta, pues, matizada nuestra anterior jurisprudencia (SSTS 2 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 abril 2004 comienza a atenuar el criterio mantenido hasta entonces y el uso de derecho de uso reconocido en sentencias deja de ser título bastante para oponer al tercero propietario en los supuestos de cesión gratuita constante matrimonio

naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial."

La STS de fecha 8 de enero de 2010 (nº 861/2009, rec. 1994/2005. Pte: Roca Trías, Encarnación) mantiene el criterio fijado en la resolución anteriormente citada y declara haber lugar al desahucio por precario, en un supuesto en que la hermana del esposo y copropietaria con él de la que fuera vivienda familiar, demanda a la esposa al entender que el derecho de uso establecido en el precedente procedimiento matrimonial no es título de ocupación de la vivienda, si bien dos de los magistrados formulan voto particular entendiendo que no se da la situación de precario motivando dicha disconformidad con la resolución por entender que se ha producido la infracción del artículo 96 CC y estimar que había tenido lugar una actuación contraria a la buena fe, y así manifiestan:

"esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la

cual acordaron que el uso sería del matrimonio".

Resultando en cualquier caso interesante la Sentencia comentada ya que realiza una síntesis de las diferentes situaciones que pueden encontrarse los terceros adquirentes de la vivienda familiar y la doctrina del Tribunal aplicable a cada caso, que por su utilidad transcribo a continuación:

"SÉPTIMO. La posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar.

Otra cuestión distinta es la relativa a los posibles supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma. Ello obliga a distinguir distintas situaciones:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTs de 27 diciembre 1999, 4 diciembre 2000, 28 marzo 2003 y 8 mayo 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la

Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios.

2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante, con lo que se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (recurso 1200/2004). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª Cuando el tercer 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. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS de 26 diciembre 2005, 30 octubre y 13 y 14 noviembre 2008 y 30 junio 2009).

La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento."

El cambio doctrinal se produce coincidiendo con el desmedido aumento de precios de la vivienda y esta doctrina se mantiene en la actualidad

Es decir, que el cambio de postura doctrinal respecto de la oponibilidad del derecho de uso frente a terceros y su mantenimiento hasta tanto tenga lugar la extinción del derecho de uso en sede de modificación de medidas se produce a partir del año 2009, coincidiendo con el desmedido aumento de precios de la vivienda, y esta doctrina se viene manteniendo en la actualidad afirmándose en la *STS de fecha 8 de octubre de 2010 (nº 584/2010, rec. 2305/2006. Pte: Roca Trías, Encarnación)*, en un supuesto de ejecución hipotecaria, que el derecho de uso acordado judicialmente en sentencia de separación o divorcio tiene carácter de derecho familiar y por tanto no pueden alterarse las reglas de ejecución hipotecaria, más en el caso que se enjuiciaba en que el derecho de uso se había constituido con posterioridad al crédito ejecutado y además la esposa consistió la constitución de la hipoteca conforme a lo dispuesto en el *artículo 1320 CC*, siendo de aplicación no sólo para los supuestos en que un tercero ha

cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges sin contraprestación, sino en todos los casos, lo que significa una nueva "*vuelta de tuerca*" en orden al cambio de criterio jurisprudencial.

En mi opinión, y siendo conocedora de que la casuística es muy amplia y de que por tanto en algunos supuestos la solución alcanzada pueda resultar poco equitativa, teniendo en cuenta que las normas jurídicas van dirigidas a buscar el bien común, me inclino por ***propugnar la aplicación del artículo 96 Código Civil*** que, en el conflicto de intereses que se produce en toda ruptura familiar entre los derechos de propiedad de los progenitores y los derechos de los y las menores, ***opta por una solución favorable a la protección de éstos últimos, y ello siempre, a falta de acuerdo entre las partes***, pues lo deseable sería que los propios progenitores fueran capaces de alcanzar soluciones que lesionaran en la menor medida esos intereses en juego, lo que no siempre es posible.

