

tales reconocimientos, fijando no solo su régimen jurídico, sino también las posibles acciones de impugnación —a las que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2010, de la que también haremos puntual referencia—, o de nulidad de los mismos.

in the Civil Code. This study attempts to build a foundation upon which acknowledgements of convenience can operate, not only fixing a system of rules, but also defining the types of action that could be taken to challenge such acknowledgements (referred to in the Supreme Court's ruling of 29 November 2010, to which we too shall refer) or to have them declared void.

ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS.—IV. POSIBLE ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO.—V. IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TEMPORAL LIMITADORA DEL USO.—VI. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO DE PAREJA NO CASADA.—VII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.—VIII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y PRECARIO.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 14 de abril de 2011 se publicó la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia número 236/2011 para *unificación de doctrina*, cuya ponente fue doña Encarnación ROCA TRÍAS, referida a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar (1).

El artículo 96 del Código Civil (2) establece que, en defecto, de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. No debemos olvidar que el citado artículo se introdujo en el Código Civil a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación

(1) STS 236/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.

(2) El texto del artículo 96 dice lo siguiente: «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 corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

En los últimos años diversas resoluciones limitan el tiempo que la madre podrá habitar la casa y ya se advierte que, acabado ese plazo, habrá de venderse. Los juzgadores entienden que así se evita el desequilibrio económico en perjuicio (generalmente) del hombre que ocurre ahora en casi todas las rupturas. Ello se debe a que hasta ahora generalmente se atribuía el uso de la vivienda a la mujer porque también se le concedía generalmente a ella la custodia de los hijos.

El problema se centra en que tras la ruptura matrimonial, el esposo debe seguir pagando la mitad de la hipoteca de una vivienda que no usa, y que no sabe cuándo ni cómo recuperará (3) (cuestión que se agrava porque el hombre acaba viviendo de alquiler, o incluso vuelve con sus padres por falta de medios).

Sin perder de vista que el mecanismo cuya base se encuentra en el artículo 96 del Código Civil, se debe a la necesidad de *protección de los menores* y la consiguiente necesidad de utilización de la vivienda familiar.

La situación de crisis económica que padecemos también en los últimos años ha agravado la situación, de ahí que haya un sector jurisprudencial, como veremos seguidamente, que considera que con la liquidación del patrimonio, sean bienes gananciales o separación de bienes, un cónyuge puede adquirir su mitad de la vivienda al otro —si la compraron a medias— o puede venderse a un tercero y repartirse entre ambos su precio. Y ello porque se cree que la medida de atribuir al uso a la esposa implica un beneficio para una parte.

También hay que tener en cuenta el problema que se plantea con el paso de los años y la independencia de los hijos. Como el uso se atribuyó a los hijos menores, cuando estos se independizan se debe liquidar la vivienda familiar como cosa común existente de la antigua sociedad de gananciales. Puede abonársele su parte en el valor del precio de la vivienda si quiere seguir habitándola y si no la vivienda puede transmitirse a un tercero (4).

La necesidad de que esta sentencia de la Sala Primera unificara doctrina se debe a la existencia de diferentes clamores sociales que están calando en alguna de las doctrinas contenidas en diferentes Audiencias Provinciales.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO

Pero previamente debemos recordar que el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real,

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudentemente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

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».

(3) Con la consecuencia de que hasta hace poco tiempo, además, el hombre no podía desgravar por esa hipoteca y ella sí. Y a la hora de la declaración de la renta Hacienda no permitía aplicar la exención por reinversión si la casa se vendía y él gastaba ese dinero en otra.

(4) El tercer encuentro de magistrados y de asociaciones de abogados de familia celebrado en Madrid en 2008 reclamó una reforma legal que permitiera el uso de la casa familiar con unos plazos máximos y una alternancia entre los excónyuges a la espera de la liquidación de los bienes.

a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el artículo 233-22 (5) del Libro II del Código Civil catalán, que se ha decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad (6).

El artículo 96 del Código Civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección.

Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el artículo 96 del Código Civil empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de algunas sentencias del Tribunal Constitucional (7), el artículo 15.2 LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre) estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, este debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE LAS SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS

Precisamente el motivo que origina la necesidad de la sentencia objeto de comentario, es la existencia de una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales, puesto que existen en este punto dos líneas jurisprudenciales diferentes:

- a) La primera línea, que es la más innovadora, aparece contenida en diversas sentencias como la SAP de Valladolid, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006, que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente.

La citada sentencia concretamente entiende que: «Respecto de la atribución, sin límite temporal de la vivienda familiar a la esposa, en atención del interés más necesitado de protección, habida cuenta de que ostenta

(5) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia:

Artículo 233-22. Publicidad del derecho de uso de la vivienda. El derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido al cónyuge, se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).

(7) SSTC 135/1986 (LA LEY 657-TC/1987), 159/1989 (LA LEY 570-JF/0000) y 126/1989 (LA LEY 2286/1989).

la guarda y custodia del menor, sobre la que se postula una limitación de hasta dos años o hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales, argumentándose sobre el particular, el alto valor económico de la misma (que valora en 75 millones de las antiguas pesetas) sobre cuya venta permitiría ambos cónyuges la plena satisfacción de sus necesidades de vivienda propia, sin necesidad de adjudicar la familiar a uno solo de los cónyuges, dejando al otro cónyuge al margen de los beneficios de la misma, debe alcanzar favorable acogida, sustancialmente, siendo de recibo las argumentaciones contenidas en el escrito de recurso. En efecto, la meritada atribución, no parece deba efectuarse sin límite temporal alguno, que pueda considerarse en el tiempo, pudiendo sí inicialmente establecerse indefinidamente, pero con vocación de su modificación tan pronto pueda apreciarse la falta de su necesidad para poder subvenir a la necesidad de vivienda siempre prioritariamente a favor de los hijos necesitados de la misma, por derivación, al cónyuge «en cuya compañía queden» (dice textualmente el art. 96 CC)» (8).

- b) Por otro lado, una segunda línea, de signo contrario, y de acuerdo con el contenido y la interpretación que desde siempre se ha hecho del artículo 96 del Código Civil aparece, entre otras, en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007 (9).

(8) SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006. Ponente: José Antonio SAN MILLÁN MARTÍN. Número de sentencia: 17/2007. Número de recurso: 450/2006 (LA LEY 4006/2007). «Es el caso de autos en que, atendidas las respectivas situaciones económicas de ambos progenitores (vid., exposición pormenorizada sobre el particular en el escrito de recurso), la inminencia de proceder a la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, ya extinta, que por su estimado y presumible montante patrimonial, permitirá a cualesquiera de ambos cónyuges, incluido el custodio del único hijo menor, subvenir holgadamente a la satisfacción de su necesidad de vivienda, junto, en su caso, con el hijo dependiente, no hay razón alguna para que tal atribución del uso de la vivienda familiar (siempre temporal y contingente), deba mantenerse más allá de la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, o en todo caso en el plazo máximo de los dos años (tiempo prudencial para proceder a la inevitable y preceptiva liquidación)».

(9) SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1.^a, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 342/2007. Número de recurso: 355/2007 (LA LEY 224097/2007). Cuestiona el apelante la indicada decisión del Juez de Instancia, y lo hace al estimar injustificada la modificación de la medida que fue adoptada en relación con el uso y disfrute del domicilio al tiempo de adoptarse medidas previas y en la que se otorgaba el uso temporal del domicilio en cuestión —durante dos meses—, a doña Gema con la posibilidad de que durante ese tiempo adquiriese la vivienda, de tal forma que transcurridos los dos meses sin hacerlo la posibilidad de adquisición pasaría a don Claudio, quien según manifiesta y consta en los autos comunicó a su ex pareja su intención de ejercitar la referida opción de compra, sin que después se haya verificado efectivamente dicha adquisición.

El recurso de apelación así interpuesto debe ser estimado por esta Sala, y ello porque si bien la decisión adoptada en la instancia, aplicando el mandato del artículo 96 del Código Civil, en la que se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la menor hija de los litigantes y a aquel de los progenitores a quien se le atribuye su guarda y custodia por entenderse que se trata del interés más necesitado de protección no parece objetivamente que sea una decisión incorrecta o contraria a derecho, sí conviene al menos tener en consideración en el presente supuesto que ya al tiempo de dictarse las oportunas medidas previas —en Auto de fecha 5 de septiembre de 2005—, y teniendo en cuenta el interés de la menor consagrado en el principio *favor filii*, se aprobó por el Juez de Instancia, sin oposición

Pronunciamientos que consideran *imperativa* la aplicación del artículo 96 del Código Civil y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores (10).

del Ministerio Fiscal, el acuerdo al que ambos progenitores habían llegado para resolver la situación de condominio sobre la vivienda familiar, consagrando una situación buscada de propósito para favorecer la venta de la vivienda y proceder a la liquidación de la comunidad existente sobre la misma, sin que ahora y pese a que legalmente dichas medidas dejaran de tener vigencia al transcurrir treinta días sin que se interpusiese demanda alguna, se haya suscitado la existencia de dato objetivo alguno que justifique una modificación o cambio del criterio que fue seguido inicialmente por ambos progenitores y al que ni el Ministerio Fiscal ni el propio Juez encontraron objeción alguna.

Es por ello que esta Sala considera que no resulta carente de sustento legal la pretensión del apelante de restablecimiento de esta medida, pues en realidad lo que se propugna por el recurrente, una vez que el plazo inicial de dos meses de uso de la vivienda por parte de doña Gema y su hija ha transcurrido sobradamente, es que se mantenga la temporalidad en el uso y disfrute de la referida vivienda con el fin de facilitar esa común intención inicial de disolución de la situación de comunidad existente sobre la vivienda y su más pronta liquidación.

Por otra parte, entiende esta Sala que no puede fundamentarse la tesis que aboga por el mantenimiento de la decisión adoptada en la instancia en el interés de la menor, pues como se ha indicado dicho interés ya se estimó que estaba perfectamente protegido cuando se decidió el uso temporal de la vivienda en el auto de medidas previas, y es obvio que una vez liquidada la situación de condominio, bien por la compra de la vivienda por uno de los cotitulares o por su venta a un tercero, cualquiera de ellos estará en condiciones de conseguir una vivienda digna para que las necesidades de habitación de la menor hija de ambos resulten cumplidamente satisfechas y atendidas con la suficiente dignidad.

(10) SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 18 de mayo de 2007, recurso 904/2006. Ponente: Ricardo MOYANO GARCÍA. Número de sentencia: 209/2007. Número de recurso: 904/2006 (LA LEY 130134/2007).

En primer lugar discrepa de la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo menor con carácter indefinido; a juicio del recurrente, dicho uso debe ser concedido de manera temporal, y subordinado a las condiciones establecidas en la escritura de capitulaciones matrimoniales entre las partes, de 15 de febrero de 2001, que prevé un usufructo de tres años a extinguir cuando el esposo ponga a disposición de su cónyuge otra vivienda. El motivo de oposición no puede ser estimado por varias razones: a) El acuerdo adoptado en capitulaciones matrimoniales no es vinculante para el Tribunal, ya que con arreglo al artículo 96 del Código Civil está sujeto a la aprobación judicial, aprobación que, a su vez, ha de estar precedida por el dictamen del Ministerio Fiscal, al estar implicado el interés de los hijos menores. Por tanto, los cónyuges no pueden pactar disponiendo de un interés público, cual es el de dichos menores de edad, debiendo el Tribunal decidir en base a ese interés *filii*. b) Pero es que incluso si se aplicara el contenido del pacto capitular, resulta que conforme al apartado final de la cláusula sexta, si el marido adquiere para su esposa otra vivienda y se insta demanda judicial y la esposa no abandona el domicilio de Las Mesas, «el usufructo quedará resuelto y se estará a lo que dicte la sentencia de separación o divorcio», es decir que la escritura lo único que extingue en este supuesto es el derecho de usufructo convencional a favor de la esposa, y se remite para la atribución del uso al pronunciamiento que adopte el Juez sobre el uso de la vivienda conforme a las reglas ordinarias, que es lo que ha sucedido precisamente en este caso, donde no se atribuye a la esposa e hijo menor ningún derecho de usufructo, sino un derecho de uso conforme al artículo 96 del Código Civil y sometido a las vicisitudes propias de este derecho *ex sententiae* conforme a su contenido legal delimitado jurisprudencialmente.

IV. POSIBLE ATRIBUCIÓN TEMPORAL DEL USO

Realmente el origen de la variación en la jurisprudencia de las Audiencias se debe a las repercusiones existentes en el ámbito social (11) y que hay voces que claman la reforma del artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social, (12) en base a los principios de igualdad evitando privilegios y discriminaciones.

El Magistrado Francisco SERRANO propone (13):

- Liquidar el domicilio y los enseres y ajuar existentes en el mismo, todo ello cuando se ostenten en cotitularidad y bajo cualquier régimen de comunidad de bienes, bien mediante su transmisión a tercero, o bien mediante la adjudicación de su propiedad a uno de los cónyuges titulares previa compensación de la cantidad que le corresponda al otro. 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 uno y los restantes en la del otro.
- Y en caso de que existan hijos menores que se encuentren bajo la custodia de uno de los progenitores o mayores que convivan en compañía de uno de ellos y resulten dependientes abogó por adjudicar el uso y posesión

(11) Noticia de «El País», PERE RÍOS - Barcelona - 2-11-2009: Recoge las siguientes opiniones:

«Muchas veces se mezcla a los niños con los ladrillos y eso no es bueno», explica Isidro Niñerola, presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia, quien se felicita por esas sentencias novedosas que están empezando a dictar los jueces.

Una de ellas la acordó la magistrada Margarita PÉREZ-SALAZAR, titular del Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Pamplona, especializada en Derecho de Familia. Se trataba de una pareja de hecho que residía en una vivienda de protección oficial que compró el hombre. Tenían un niño pequeño y la juez le atribuyó a la mujer el uso del piso durante cuatro años, tiempo que se estimó suficiente para que ella volviera a trabajar a jornada completa y él recuperase la casa. La mujer recurrió y la Audiencia Provincial de Navarra revocó la sentencia».

«Mi audiencia es muy reacia a limitar el uso de la vivienda, pero yo creo que la tendencia irá cambiando con el tiempo porque la realidad social es distinta a la de hace veinte años y si muchas mujeres tienen la misma independencia económica que el hombre eso se ha de reflejar en la sentencia», dice la juez.

«Los hijos justifican la atribución del uso de la vivienda a la madre, pero hasta cierto punto. La tranquilidad del conjunto de la familia también es importante y la vivienda juega un papel fundamental para lograrla», añade PÉREZ-SALAZAR.

Otra de esas sentencias novedosas la dictó el pasado mes de abril la Audiencia Provincial de Valencia al resolver un caso singular. Se trata de un divorcio en el que el hombre tiene la custodia de la hija, pero al que no se le atribuyó el uso de la vivienda ni él lo pidió, por lo que la madre siguió viviendo en la casa. Ahora el tribunal prolonga esa situación durante un plazo máximo de dos años e insta a la pareja a liquidar la sociedad de bienes gananciales que tuvieron. «No es automática la atribución del domicilio al progenitor custodio, aunque es regla general y cabe el acuerdo en contra de otorgarlo al progenitor no custodio», explica el tribunal».

(12) *Revista Digital de Derecho de Familia*: <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>.

(13) El Magistrado-Juez y Presidente de la Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales (ASEMIP), Francisco SERRANO, ha propuesto la redacción de un nuevo texto del artículo 96 del Código Civil, en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar en casos de ruptura de parejas, con el objetivo de evitar «privilegios» de género y situaciones de «injustificable» discriminación.

al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, pero debiendo limitarse temporalmente esa atribución para facilitar la liquidación del inmueble en los términos indicados anteriormente.

A su juicio, en el artículo 96 del Código Civil el legislador «se ha guardado mucho de conservar las reglas de juego que garantizaban erróneamente el inmovilismo en aquellos aspectos considerados como patrimonio de las mujeres, llamadas por su condición sexual a ser las custodias de la prole y, por ende, las titulares del interés familiar preferente que justifica el seguir usando, disfrutando y utilizando el hogar familiar, con independencia de la situación de indigencia en que pudiera quedar el privado de seguir viviendo en la que era su casa». «Se trata de un planteamiento incomprensible, generador de desigualdad, consiguiendo injusticia y fuente de conflictos viscerales y, por desgracia, de episodios de violencia doméstica», según prosiguió el juez SERRANO, quien aseveró además que «se han ignorado las situaciones de posible custodia compartida como medida que reduciría esa confrontación y repercutiría en interés y beneficio de todos los integrantes de la familia separada: hijos, padres y madres» (14).

En relación al artículo cuya modificación propone, el juez opinó que la atribución exclusiva temporal se realizaría sin perjuicio de que el progenitor no custodio ofrezca contraprestación que garantice el desarrollo 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.

También destaca, entre otras propuestas, aquellas referidas al caso de que no existan hijos o sean mayores e independientes 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.

V. IMPOSIBILIDAD DE LA INTERPRETACIÓN TEMPORAL LIMITADORA DEL USO

La regulación legal se centra, tal y como dice el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia objeto de comentario, en que la regla contenida en el citado precepto 96 es taxativa, esto es, no admite discusión y *no permite interpretaciones temporales limitadoras*. Incluso el (posible) pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir un perjuicio en los derechos del menor.

Desde 1981 se protege el interés del menor en los momentos de crisis familiar. El artículo objeto de examen se encuentra en línea con el artículo 142 del Código Civil, que hace referencia al derecho de alimentos del menor sujeto a patria potestad, en base al cual se configura la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tras la *crisis o ruptura* (matrimonial o convivencial).

No debemos olvidar, además, que con fecha de 29 de julio de 2010, hace apenas un año, se publicó el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo

(14) En esta línea, abundó en que «la tendencia e inercia ha sido la de entender que la vivienda familiar ha de ser para las abnegadas y sufridas esposas o madres que se separan o divorcian, pues ellas son las llamadas por naturaleza, historia y tradición a la atención de la prole y las únicas llamadas a decidir sobre sus vidas, en un claro exponente de una rancia convicción radical que hace recordar otros respetables principios machistas reflejados en la legislación de la dictadura franquista, que hoy por unanimidad se rechazan».

a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), en cuya Sección IV se regula la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar. Pues bien, el artículo 233-20.1 del ya Código Civil catalán (15) reitera que la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, *por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien*.

La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Por ello *hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil*.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, *porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja*, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez.

Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, 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.

(15) Artículo 233-21. Exclusión y límites de la atribución del uso de la vivienda.

1. La autoridad judicial, a instancia de uno de los cónyuges, puede excluir la atribución del uso de la vivienda familiar en cualquiera de los siguientes casos:

Si el cónyuge que sería beneficiario del uso por razón de la guarda de los hijos tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

Si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos.

2. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias.

3. En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso.

VI. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL HIJO DE PAREJA NO CASADA

Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto (16). Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas y que establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil.

La ponente de la sentencia, también doña Encarna Roca, indica en el Fundamento Jurídico 3.º que: «es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres, cuando estén separados, no existe una atribución del uso de la vivienda pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 del Código Civil no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 del Código Civil, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil».

Además hay que tener en cuenta que el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor; protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los artículos 14 y 39 CE.

La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (17).

VII. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

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.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias como la de 9 de mayo de 2007 (18), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división

(16) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008 (LA LEY 14453/2011).

(17) La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene «hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el artículo 96.1 del Código Civil que 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.

(18) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2007, recurso 2093/2000. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 483/2007. Número de recurso: 2093/2000

y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

VIII. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y PRECARIO

La doctrina contenida en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2009, siendo ponente Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, recoge la jurisprudencia actual y la existencia de una doctrina jurisprudencial específica, unificadora de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para los casos en que los padres de uno de los contrayentes en consideración al matrimonio del hijo, les ceden una vivienda para que establezcan el hogar conyugal y familiar, sucediendo que posteriormente se rompe la convivencia.

Doctrina que se concreta en los siguientes términos: «La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un *precarista*, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (19).

También hay que tener en cuenta, aunque no es el tema que aquí se discute, la magnífica doctrina contenida en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de

(LA LEY 23115/2007). Doña Blanca y don Gabriel contrajeron matrimonio el 23 de enero de 1982; se separaron judicialmente por sentencia de 26 de junio de 1992 y después de una reconciliación, el 4 de junio de 1998, se decretó el divorcio. En ejecución de la sentencia de divorcio, se intentó la liquidación del régimen de gananciales, pero al no llegarse a un acuerdo, la esposa presentó demanda contra su ex marido, pidiendo que se procediese a la liquidación, discutiéndose sobre la cualidad, ganancial o privativa, de determinados bienes, existencia de deudas de la sociedad y la atribución de la vivienda conyugal. En concreto, los puntos de la discusión se centran en que el esposo pidió que se le adjudicara la vivienda que ambos cónyuges habían comprado en Salamanca en razón de que el hijo del matrimonio convivía con él en otra vivienda también ganancial, situada fuera de esta ciudad...

En un tono muy clarificador señala que: «Cuando trata de la liquidación de la sociedad, el Código Civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno de los cónyuges y mucho menos prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96 del Código Civil, que exige la concurrencia de unas condiciones para atribuir el uso, no la propiedad, de la vivienda conyugal cuando los cónyuges se separen o divorcien, teniendo en cuenta de manera primordial, el interés de los hijos, que debe protegerse en el procedimiento de crisis matrimonial, pero que no tienen este interés en un proceso puramente liquidatorio de la sociedad conyugal, que acabará atribuyendo los bienes que la forman por criterios puramente económicos, con las excepciones del artículo 1406. *La regla del artículo 96 del Código Civil no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 del Código Civil, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad no existe en el procedimiento que ahora se está efectuando, por lo que no pueden alegarse las reglas de la atribución del uso de la vivienda en el procedimiento de divorcio con la finalidad de que se adjudique definitivamente a uno de los titulares de la sociedad, el bien que la había constituido, en detrimento del principio de igualdad que debe presidir la liquidación*».

(19) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, recurso 1738/2004. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 474/2009. Número de recurso: 1738/2004. LA LEY (104392/2009).

18 de enero de 2010 (20), que estudia la *cesión del uso exclusivo a uno de los copropietarios por parte del otro, para que utilice como vivienda familiar el piso copropiedad de ambos*.

Encarnación Roca concreta que «en el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir, al margen de las previstas en el párrafo primero del artículo 96 del Código Civil:

- 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia.
- 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005 (21)».

En resumen, la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges en el proceso matrimonial no altera el concepto en que se hubiese venido disfrutando, ni puede generar un derecho antes inexistente o de rango superior al que anteriormente tenía en el matrimonio (22).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Propuesta del Juez Francisco SERRANO: «Hay que reformar el artículo 96 del Código Civil para adaptar la atribución del uso a la realidad social». *Revista Digital de Derecho de Familia*. <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=681>

(20) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).

(21) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005, recurso 1551/1999. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 1022/2005. Número de recurso: 1551/1999 (LA LEY 151/2006). Y doctrina continuada por las sentencias de 2, 23, 29 y 30 de octubre y 14 noviembre 2008 y 13 de abril de 2009. Acción reivindicatoria ejercitada por el propietario sobre la vivienda que cedió a su hijo para que sirviese de domicilio conyugal. Su uso, tras la crisis matrimonial, fue atribuido a la esposa. Cuando exista una relación contractual que justifique la posesión deben aplicarse los efectos del comodato. Cuando se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario se estará ante un precario, por lo que la oposición del propietario pone fin a la tolerancia y obliga al que posee a devolver la cosa a su dueño.

(22) STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2009, recurso 2302/2005. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 653/2009. Número de recurso: 2302/2005 (LA LEY 200557/2009)

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2005, recurso 1551/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 1022/2005. Número de recurso: 1551/1999 (LA LEY 151/2006).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de mayo de 2007, recurso 2093/2000. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 483/2007. Número de recurso: 2093/2000 (LA LEY 23115/2007).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, recurso 1738/2004. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 474/2009. Número de recurso: 1738/2004. LA LEY (104392/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de octubre de 2009, recurso 2302/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 653/2009. Número de recurso: 2302/2005 (LA LEY 200557/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 18 de enero de 2010, recurso 1994/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 861/2009. Número de recurso: 1994/2005 (LA LEY 3984/2010).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008 (LA LEY 14453/2011).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, número de sentencia: 236/2011, de 14 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS.
- SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 17 de enero de 2007, recurso 450/2006. Ponente: José Antonio SAN MILLÁN MARTÍN. Número de sentencia: 17/2007. Número de recurso: 450/2006 (LA LEY 4006/2007).
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 18 de mayo de 2007, recurso 904/2006. Ponente: Ricardo MOYANO GARCÍA. Número de sentencia: 209/2007. Número de recurso: 904/2006 (LA LEY 130134/2007).
- SAP de Valladolid, Sección 1.^a, de 15 de octubre de 2007, recurso 355/2007. Ponente: José Ramón ALONSO-MAÑERO PARDAL. Número de sentencia: 342/2007. Número de recurso: 355/2007 (LA LEY 224097/2007).

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española.
- Código Civil (art. 96).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (CCCat).

RESUMEN

*VIVIENDA FAMILIAR
ATRIBUCIÓN DE USO*

La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección a favor de los hijos, que se aplica con in-

ABSTRACT

*THE FAMILY HOME
USE*

Use of the family home is assigned by the court as a way of protecting the children. The measure is applied regardless

dependencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

of the type of marital property system the couple had or the form of ownership to which the owners of the home have agreed. Therefore, the right to use the family home cannot be limited to the time during which the parents are the owners of the property.

1.3. Derechos reales

**REFLEXIONES SOBRE LA RECTIFICACIÓN DE DIFERENCIAS
REGISTRALES Y CATASTRALES DESPUÉS DE LA LEY 2/2011,
A LA LUZ DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

por

MIGUEL ROMERO VELASCO

Profesor Titular de Derecho Civil

*Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. ETEA
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: I. LOS PROBLEMAS DEL DOBLE REGISTRO DE DATOS IDENTIFICATIVOS DE LOS BIENES INMUEBLES.—II. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN SOBRE LA RECTIFICACIÓN DE DISCREPANCIAS REGISTRO-CATASTRO.—III. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN: LA PREVIA FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE FINCA REGISTRAL Y LA PARCELA CATASTRAL Y LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE SU DOBLE IDENTIFICACIÓN: 1. DIFERENTES CONCEPTOS PARA UNA MISMA REALIDAD FÍSICA: FINCA Y PARCELA: A) *La importancia identificativa de la finca y su relación en el Registro de la Propiedad.* B) *Parcela catastral: armonizar sus definiciones.* 2. CONSECUENCIAS Y PROBLEMAS QUE TIENEN ORIGEN EN LA IDENTIFICACIÓN DE FINCA Y PARCELA.—IV. CONCLUSIONES Y POSIBILIDADES DE SOLUCIÓN, SEGÚN LAS NUEVAS PROPUESTAS SOBRE LA MATERIA EN LA LEY 2/2011, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LOS PROBLEMAS DEL DOBLE REGISTRO DE DATOS IDENTIFICATIVOS DE LOS BIENES INMUEBLES

Las consecuencias jurídicas producidas por una identificación, con discrepancias, de fincas registrales y de parcelas catastrales está presente en la actualidad debido a la exactitud de identificación con los nuevos procedimientos de medición sobre referencias geográficas o georreferenciadas. Las fincas suelen estar identificadas con errores de exceso de cabida o de segregaciones o divisiones no registradas en bastantes casos, ya que la delimitación y linderos establecidos en