

# UNIVERSIDAD DE SEVILLA



## **FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado

### **TESIS DOCTORAL**

**Uso de la vivienda familiar, según el art. 96 CC:  
naturaleza y régimen jurídico**

Presentada por:  
**Manuel García Mayo**

Dirigida por:  
**Prof. Dr. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla**  
Catedrático de Derecho Civil

Sevilla, 2018



*“Una casa es el lugar donde uno es esperado”*

Antonio Gala



# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	15
INTRODUZIONE .....	19

## PRIMERA PARTE EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NATURALEZA JURÍDICA Y EFICACIA FRENTE A TERCEROS

### CAPÍTULO PRIMERO NATURALEZA JURÍDICA

I. Sobre la (in)existencia de derecho: concentración del <i>ius possidendi</i> .....	37
II. Corrientes doctrinales.....	48
1. Derecho <i>sui generis</i> .....	49
2. Derecho típico .....	51
2.1 Derecho personal.....	51
2.2 Derecho real .....	54
3. El derecho de uso como derecho familiar .....	59
III. La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos extranjeros .....	63
1. El caso de Italia .....	64
2. El caso de Francia y Portugal .....	66
IV. Fundamento de la atribución del derecho de uso.....	69
1. La protección constitucional .....	69
2. La función social de la propiedad.....	75
3. Una razón de justicia: la protección del más débil.....	78
3.1 Existencia de hijos menores .....	81

3.2	Inexistencia de hijos menores .....	85
4.	Tipo de necesidad.....	90
4.1	Necesidad de tipo personal o social .....	90
4.2	Supuesto de existencia de hijos menores .....	92
4.2.1	El mantenimiento del entorno .....	92
4.2.2	La exclusión de los hijos mayores de edad .....	93
4.2.2.1	Existencia de hijos, mayores de edad, discapacitados.....	95
4.2.3	Incidencia del tipo de necesidad en los criterios de atribución.....	99
4.2.3.1	Custodia exclusiva de los hijos.....	99
4.2.3.2	Custodia repartida o custodia compartida de los hijos .....	105
4.3	Supuesto de inexistencia de hijos menores .....	107
4.3.1	La difícil justificación del art. 96.III CC: el tratamiento del supuesto en otros ordenamientos .....	110
V.	Especificación de la naturaleza del derecho.....	111
1.	Naturaleza dinámica del derecho de uso .....	112
1.1	Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de propiedad .....	118
1.2	Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de usufructo .....	121
1.3	Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de uso o habitación .....	123
1.4	Vivienda ocupada en virtud de un derecho personal.....	125
1.5	Vivienda ocupada en precario .....	127
2.	Patrimonialidad del derecho de uso.....	127
2.1	Carácter familiar del derecho: su pretendida incompatibilidad con el carácter patrimonial.....	127
2.2	Carácter patrimonial del derecho .....	131
2.2.1	La susceptibilidad de valoración económica del derecho .....	132
2.2.2	El valor de uso como valor económico .....	134
2.2.3	Confusión entre patrimonialidad y onerosidad .....	135
2.3	Derecho de uso: familiar y patrimonial.....	136

2.4 Incidencia de la atribución del uso de la vivienda en la pensión alimenticia y compensatoria.....	139
2.4.1 La consideración de la atribución en la cuantificación de las pensiones: la improcedencia de una compensación indirecta .....	139
2.4.1.1 Incidencia en la pensión alimenticia.....	140
2.4.1.2 Incidencia en la pensión compensatoria .....	142
2.4.1.3 Su tratamiento en el Derecho foral y extranjero.....	143
2.4.2 Sobre la posibilidad de una compensación directa .....	145
2.5 Valoración del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales .....	148
3. El derecho de uso del art. 96 CC: ¿real o personal?.....	151
3.1 Breve referencia a las figuras intermedias entre los derechos reales y personales: el <i>ius ad rem</i> .....	152
3.2 La excepción al principio de libertad presunta de la propiedad.....	156
3.3 El carácter real del derecho de uso de la vivienda familiar.....	159

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCERO**

I. La vivienda familiar arrendada .....	165
1. El tratamiento de la cuestión a la vista de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.....	166
2. El tratamiento de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 .....	167
2.1 El nuevo art. 15 LAU .....	167
2.2 Breve alusión al art. 12 LAU .....	169
2.3 Sobre la titularidad privativa del derecho de arrendamiento.....	171
2.3.1 La no cotitularidad <i>ope legis</i> del arriendo.....	171
2.3.2 La no ganancialidad del arriendo .....	172

2.4 Sobre la subrogación o no en el contrato de arrendamiento .....	175
2.4.1 Subrogación <i>ex lege</i> .....	175
2.4.2 Mera cesión del uso.....	178
2.4.3 La modificación del art. 15 LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio. 183	
2.4.3.1 La previsión expresa de la subrogación <i>ex lege</i> .....	183
2.4.3.2 Tratamiento de la cuestión en el Derecho extranjero. ....	186
2.4.3.3 Justificación de la medida.....	187
2.4.3.4 Sobre la aplicación a las medidas provisionales.....	188
II. La cesión gratuita de la vivienda familiar .....	190
1. Introducción al problema: ¿precario o comodato? .....	190
2. Existencia de un contrato de comodato .....	195
2.1 Conversión del comodato en precario tras la disolución del matrimonio .....	197
3. Situación de precario <i>ab initio</i> .....	199
3.1 Defensa de la tesis propuesta .....	199
3.2 La no alteración de la situación de precario por la atribución judicial del uso .....	203
3.3 Crítica a la postura del Tribunal Supremo .....	206
3.4 El tratamiento de la cuestión en Italia .....	206
4. Vivienda propiedad de tercero y de uno de los cónyuges .....	209
5. Principio de tracto sucesivo.....	211

**CAPÍTULO TERCERO**  
**INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y**  
**EFICACIA FRENTE A TERCEROS**

I. El necesario reconocimiento de la eficacia propia de los derechos reales.....	215
1. Necesidad de su eficacia <i>erga omnes</i> .....	215
2. Justificación del carácter real del derecho.....	218



2.1	La eficacia <i>erga omnes</i> como propia del derecho real .....	218
2.2	La eficacia <i>erga debitorem</i> como propia del derecho personal .....	220
2.2.1	La especial oponibilidad absoluta del derecho personal .....	222
2.3	Distinción entre el derecho real y el que, no siéndolo, es oponible al tercer adquirente.....	224
2.3.1	La inscribibilidad expresa en Cataluña e Italia .....	227
2.4	El acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad .....	229
2.4.1	Inscripción de medidas provisionales .....	230
2.4.2	Inscripción de medidas definitivas.....	232
2.4.2.1	Las distintas posturas tendentes a justificar el acceso del uso al Registro, aun no considerándolo un derecho real .....	232
2.4.2.2	La consideración del párrafo cuarto del art. 96 CC como una prohibición legal de disponer .....	235
2.4.2.3	El reconocimiento de la naturaleza real como única posibilidad del derecho de uso de acceder al Registro .....	241
2.4.2.4	Especialidad del uso para su acceso al Registro de la Propiedad .....	244
2.4.2.5	La consolidación del derecho de uso con el derecho de propiedad .....	246
II.	La existencia del art. 96.IV CC como obstáculo al reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar .....	248
1.	Interpretación del art. 96.IV CC.....	249
1.1	El paralelismo entre el art. 96.IV CC y el art. 1320 CC.....	249
1.2	Alcance de la “disposición”: su interpretación finalista.....	252
2.	La pretendida incompatibilidad del art. 96.IV CC con la naturaleza real .....	257
III.	El reconocimiento de la eficacia <i>erga omnes</i> por la jurisprudencia .....	260
1.	Disposición por parte del cónyuge titular.....	260
2.	Acción de división de la cosa común .....	264
2.1	Sobre la posibilidad de disolver la comunidad.....	265

2.2 Sobre la subsistencia del derecho de uso atribuido .....	266
2.3 El fundamento jurídico de la subsistencia del derecho de uso: el art. 405 CC .....	269
3. Ejecución forzosa .....	272
3.1 Vivienda propiedad de uno o ambos cónyuges .....	272
3.1.1 Ejecución frente al cónyuge propietario no beneficiario .....	272
3.1.2 Ejecución frente al cónyuge no propietario beneficiario del uso e inembargabilidad del derecho de uso .....	277
3.2 Vivienda propiedad de un tercero .....	278
4. Conclusión.....	280

**SEGUNDA PARTE**  
**EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:**  
**RÉGIMEN JURÍDICO**

**CAPÍTULO CUARTO**  
**CONSTITUCIÓN**  
**Y ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO**

I. Determinación del tipo de derecho real .....	285
1. La teoría del <i>numerus apertus</i> : su intrascendencia en nuestra tesis .....	285
2. El derecho del art. 96 CC como derecho real de uso .....	289
II. Constitución del derecho.....	293
III. Elemento objetivo. La vivienda familiar .....	297
1. El objeto del derecho real de uso.....	297
1.1 La vivienda.....	297
1.1.1 Una cuestión previa: el derecho real limitado sobre vivienda parcialmente propia .....	297

1.1.2	La vivienda como objeto del derecho real de uso .....	299
1.1.3	La extensión del derecho sobre la vivienda .....	302
1.2	Los anexos de la vivienda .....	306
1.3	El ajuar .....	309
2.	Concepto de vivienda familiar .....	310
2.1	Sobre el concepto de “vivienda” .....	312
2.2	Sobre el concepto de “familiar”: la evolución de la familia .....	314
2.3	La vivienda familiar como residencia habitual de la familia .....	318
2.3.1	Determinación de la habitualidad.....	318
2.3.2	La posible existencia de varias viviendas familiares .....	322
2.3.3	El inmueble aún no ocupado .....	323
2.4	Las “segundas viviendas” .....	324
2.4.1	La posible atribución de su uso .....	324
2.4.2	Su tratamiento en la jurisprudencia .....	327
IV.	Elemento subjetivo. La titularidad del derecho de uso atribuido .....	331
1.	Titularidad exclusiva de los hijos .....	331
2.	Titularidad de los hijos y del cónyuge beneficiario .....	332
3.	Titularidad exclusiva del cónyuge beneficiario.....	334
V.	Especial referencia a las parejas de hecho .....	339
1.	Evolución jurisprudencial: de la analogía a la inexistencia de laguna legal en materia de parejas de hecho .....	339
2.	La (in)aplicación por analogía del art. 96 CC .....	344
2.1	La atribución de la vivienda familiar en caso de crisis de pareja de hecho sin descendencia común menor de edad: inaplicación del art. 96.III CC .....	344
2.2	La atribución de la vivienda familiar en caso de crisis en pareja de hecho con descendencia común menor de edad: posible aplicación directa (no por analogía) del art. 96.I CC .....	346

2.3 El tratamiento de la pareja de hecho en la vivienda arrendada .....	349
3. El tratamiento de la cuestión en el Derecho territorial .....	351
3.1 En Cataluña .....	351
3.2 En Aragón .....	352
3.3 En el País Vasco .....	353
3.4 En Valencia, y su régimen anulado por inconstitucionalidad .....	354
3.5 Y en otras Comunidades Autónomas .....	354

## **CAPÍTULO QUINTO CONTENIDO DEL DERECHO**

I. Derechos del beneficiario del uso .....	357
1. Uso.....	358
1.1 Semejanzas entre el uso y la habitación .....	358
1.2 Diferencias entre el uso y la habitación .....	361
1.2.1 Diferencia cuantitativa .....	361
1.2.2 Diferencia cualitativa .....	361
2. Frutos.....	363
II. (In) disponibilidad de la vivienda atribuida en uso .....	367
1. La intransmisibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar .....	367
2. La (in) transmisibilidad de los derechos de uso y habitación.....	368
2.1 Orígenes .....	368
2.2 Sobre el carácter imperativo (o no) del art. 525 CC.....	370
2.3 Sobre el carácter esencial (o no) de la intransmisibilidad.....	372
2.3.1 Corriente favorable al carácter esencial de la intransmisibilidad.....	373
2.3.2 Corriente contraria al carácter esencial de la intransmisibilidad.....	375
3. La aplicabilidad de la tesis al derecho del art. 96 CC .....	380

III. Sobre el arrendamiento de parte de la vivienda familiar .....	381
IV. Obligaciones del beneficiario del uso.....	386
1. Obligación de inventario y fianza .....	386
2. Utilización y aprovechamiento diligente.....	388
3. Cargas, gastos y reparaciones vinculadas a la vivienda familiar atribuida ....	388
3.1 Reparaciones .....	390
3.2 Pago de cargas, contribuciones y otros gastos .....	392
3.2.1 Aplicación del régimen jurídico del derecho real de uso .....	392
3.2.1.1 A cargo del usuario.....	393
3.2.1.2 A cargo del propietario .....	396
3.2.2 Aplicación del régimen jurídico del derecho de uso al art. 96 CC... 397	
3.3 El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar .....	403
3.3.1 Planteamiento del problema.....	403
3.3.2 Su no consideración como carga del matrimonio .....	405
3.3.3 El pago de las cuotas del préstamo hipotecario como deuda de la sociedad de gananciales .....	407
3.3.4 Propuestas <i>de lege ferenda</i> .....	409
3.3.5 Conclusión.....	412
4. Devolución del bien objeto del derecho de uso.....	413

**CAPÍTULO SEXTO**  
**PÉRDIDA DEL DERECHO DE USO:**  
**MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN**

I. Causas de extinción del derecho real de uso .....	415
1. Muerte del cónyuge titular del derecho de uso.....	420
1.1 Muerte del cónyuge excluido del uso.....	422

2. Expiración del plazo para el que se constituyó o cumplimiento de la condición resolutoria consignada en el título constitutivo .....	424
2.1 Existencia de hijos menores de edad.....	429
2.1.1 Sobre la posibilidad de limitar temporalmente la atribución .....	430
2.1.2 Sobre el momento en que se extingue el derecho de uso .....	434
2.2 Inexistencia de hijos o la sola existencia de hijos mayores de edad .....	438
2.3 Temporalidad, principio de especialidad y Registro de la Propiedad .....	442
3. Reunión del derecho real limitado y la propiedad en una misma persona .....	444
4. Renuncia del derecho .....	445
5. Pérdida total de la cosa objeto del derecho .....	449
6. Resolución del derecho del constituyente .....	451
7. Prescripción .....	453
8. Abuso grave de la cosa.....	457
II. La modificación y extinción del derecho de uso por variación sustancial de las circunstancias.....	460
1. Cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge beneficiario.....	464
2. Convivencia marital, en la vivienda familiar, del cónyuge beneficiario del uso de la misma con una tercera persona .....	466
2.1 Desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso .....	467
2.2 Desde el punto de vista del fundamento y finalidad del art. 96 CC.....	468
2.2.1 Vivienda atribuida en virtud del art. 96.I CC.....	469
2.2.2 Vivienda atribuida en virtud del art. 96.III CC .....	472
2.3 Existencia de pacto sobre el particular .....	474
2.4 Incidencia en la pensión de alimentos.....	475
<b>CONCLUSIONI</b> .....	479
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	489
<b>ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES</b> .....	537

# ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Actualidad Civil
Ac.	Acuerdo
ADC	Anuario de Derecho Civil
ALCP	Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental
ALD	Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad
Art. (s)	Artículo (s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
Cap.	Capítulo
Cass.	Cassazione
CC	Código Civil
CCbelg.	Código Civil belga
CCcat.	Código Civil catalán
CCfr.	Código Civil francés
CCit.	Código Civil italiano
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCport.	Código Civil portugués
CDCFN	Código de Derecho Civil Foral de Navarra
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
<i>Cfr.</i>	<i>Cónfer</i> (compárese)
Corte Cost.	Corte Costituzionale

CRPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
D.	Digesto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>et ál.</i>	<i>et álii</i> (y otros)
I.	Instituciones
<i>Íbid.</i>	<i>Ibídem</i> (en el mismo lugar)
<i>Íd.</i>	<i>Ídem</i> (el mismo, lo mismo)
LAU / LAU 1994	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994
LAU 1964	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964
Ldiv.	Ley francesa núm. 898, de 1 de diciembre de 1970, sobre divorcio
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LUUH	Ley catalana de Usufructo, Uso y Habitación
LVaRF	Ley Valenciana de Relaciones Familiares
LVRF	Ley Vasca de Relaciones Familiares
Núm.	Número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal



RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
t.	tomo
Trib.	Tribunal
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TRLRHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>Vid.</i>	<i>Vide</i> (véase)
<i>Vid. infra</i>	<i>Vide infra</i> (véase después)
<i>Vid. supra</i>	<i>Vide supra</i> (véase antes)
Vol.	Volumen



# INTRODUZIONE

“La famiglia è l’elemento naturale e fondamentale della società”<sup>1</sup>, la sua “cellula fondamentale”<sup>2</sup>. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sosteneva che la famiglia è “il nucleo più importante composto da persone unite dai vincoli sociali più forti”. In relazione alla sua importanza, affermava che per la persona rappresenta “lo strumento” “naturale per raggiungere il pieno sviluppo della personalità” e per la società la “cellula naturale e fondamentale”. La famiglia costituisce “la cellula sociale attraverso cui ogni persona sviluppa la propria personalità e si integra nei gruppi e nelle comunità più ampie che compongono il tessuto sociale”. Considera che la necessità di questa istituzione è evidente. Per i coniugi, “il matrimonio è un’esigenza del diritto al libero sviluppo della personalità”; per i figli, naturali o adottivi, “l’ambiente familiare” ... “è una necessità vitale per la loro crescita e per integrarsi nella società (nella famiglia si imparano la lingua, la morale, i comportamenti sociali)”. E conclude, a questo proposito, osservando che “dalla salute, dalla stabilità e dal benessere dell’istituzione familiare dipendono la salute, la stabilità e il benessere della società”<sup>3</sup>.

La famiglia è stata sin dall’antichità il germe dello sviluppo e dell’evoluzione della società. Sarebbe difficile immaginare una società senza questa formazione sociale fondamentale. Per questo è così importante proteggerla. In questo senso, si esprime anche l’art. 39 della Costituzione spagnola (nel prosieguo, CE). La casa familiare è strettamente vincolata alla famiglia. Il legislatore, consapevole non solo dell’importanza della famiglia ma anche del valore che per questa assume la casa coniugale, ha concesso protezione a questo bene immobile.

La casa familiare è un bene centrale nello sviluppo della famiglia. Non si tratta solo del luogo di residenza, in cui i suoi membri soddisfano le loro necessità biologiche. Come aveva già avvertito RAMS ALBESA, la casa familiare “compie una funzione di relazione sociale decisamente importante, dal momento che negli agglomerati urbani offre a chi ne fa uso un riferimento per la definizione del gruppo familiare nella

---

<sup>1</sup> Così la definisce l’art. 16.3 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, proclamata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1946, nella sua risoluzione 217 A (III).

<sup>2</sup> In tal senso, si pronuncia l’art. 16 della Carta Sociale Europea, adottata a Torino il 18 ottobre 1961.

<sup>3</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989, pp. 11-15.

società”<sup>4</sup>. La casa costituisce il nesso da cui si deduce l'appartenenza della famiglia a una determinata classe sociale, ad un determinato livello economico culturale ed educativo. La casa crea un vincolo speciale tra coloro che vi abitano e l'intorno che la circonda; un vincolo sociale che è considerato degno di protezione, in particolare, quando vi siano figli minorenni.

Già da alcuni decenni, a livello europeo, si sta insistendo sulla necessità di proteggere la casa familiare. Nella Conferenza europea sul diritto di famiglia, celebrata a Vienna nel 1977, si osservò che la casa e il corredo dovevano essere oggetto di un regime giuridico speciale, richiedendosi il consenso di entrambi i coniugi per disporre di tali beni. In questo modo, si intendeva semplicemente proteggere uno dei coniugi dagli atti che l'altro potesse porre in essere autonomamente.

D'altro canto, la Risoluzione (78) 37 del Comitato dei Ministri sull'eguaglianza degli sposi nel diritto civile, adottata il 27 settembre 1978, durante la 292<sup>a</sup> riunione dei delegati dei ministri raccomandò ai Governi degli Stati membri di concedere o, almeno, promuovere l'eguaglianza dei coniugi nell'ambito del diritto civile ed in modo specifico in relazione alla casa familiare. Esortava così ad adottare le misure necessarie per garantire la protezione giuridica del coniuge che vive o ha vissuto nella casa familiare ma a cui non spettava nessun diritto.

Più concreta è la Raccomandazione n. R (81) 15 sui diritti dei coniugi in relazione all'occupazione della casa familiare e all'uso degli utensili domestici, adottata dal Comitato dei Ministri il 16 ottobre 1981 nel corso della 338<sup>a</sup> riunione dei delegati dei ministri. Questa, facendo riferimento alla menzionata risoluzione sull'uguaglianza dei coniugi nel diritto civile, riconosce la necessità di fomentare tale valore in relazione all'occupazione della casa familiare, constata che in determinati Stati i diritti del coniuge sulla casa familiare non erano sufficientemente protetti, e raccomanda di garantire il diritto all'occupazione attraverso i principi che la stessa risoluzione indica.

Tra tali principi è opportuno fare riferimento al primo, in virtù del quale gli atti giuridici di uno dei coniugi che possano ledere direttamente il diritto dell'altro all'occupazione della casa, richiederanno il consenso di quest'ultimo; contempla inoltre la possibile autorizzazione giudiziaria qualora il rifiuto fosse ingiustificato o non si

---

<sup>4</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 99.

potesse presentare il consenso, così come la previsione di un sistema per il registro del diritto all'occupazione per garantirne l'efficacia di fronte ai terzi<sup>5</sup>.

Per quanto riguarda la crisi matrimoniale, il 3° principio contempla che, nelle fattispecie previste nella legislazione, il diritto all'occupazione della casa potrà essere concesso esclusivamente a uno dei coniugi in caso di divorzio o di separazione giudiziale<sup>6</sup>. Questo diritto si considera applicabile anche al caso in cui la casa sia in affitto<sup>7</sup>. Analogamente, in relazione al corredo, il 7° principio afferma che, in caso di divorzio o di separazione giudiziale, la totalità o parte degli utensili dei coniugi potrà essere assegnato in modo esclusivo ad uno, qualora sia opportuno e alle condizioni stabilite nella legislazione nazionale<sup>8</sup>.

La speciale importanza concessa alla casa familiare ha indotto a riconoscerle uno specifico statuto giuridico, in virtù del quale il suo uso è regolato da un regime che lo distingue dall'uso normale della cosa.

Lo statuto giuridico della casa coniugale è regolato in diversi precetti del codice civile (nel prosieguo, CC), che fanno riferimento sia a situazioni precedenti al matrimonio o all'inizio della comunione dei beni (art. 1357 CC), come di stabilità matrimoniale (art. 1320 CC), successive alla crisi matrimoniale (artt. 90.1.c, 91, 96, 103.2<sup>a</sup> o 104 CC), o incluso alla successione *mortis causa* (artt. 822, 1406.4° o 1407 CC). Questa protezione si rinviene anche in altri testi normativi, come la legge ipotecaria (artt. 21 o 114.III LH) o il regolamento ipotecario (artt. 91 o 144.5 RH). In tali testi, il diritto del coniuge titolare della casa familiare cede in alcune delle sue manifestazioni.

---

<sup>5</sup> “Principle 1 - Consent of the spouse.

1. Any legal act by one spouse which might directly prejudice the right of the other spouse to occupy the family home must be carried out with the consent of the latter.

2. Where consent is unjustifiably withheld, or impossible to obtain, the authorisation of the court or other competent authority may be requested.

3. National legislation may provide for a system of registration of this right of occupation which ensures that this right is effective against third parties”.

<sup>6</sup> “Principle 3 - Breakdown of marriage: The right to occupy the family home may be assigned, in appropriate cases and according to the conditions laid down by national law, exclusively to one of the spouses in the case of a divorce or judicial separation”.

<sup>7</sup> “Principle 5 - Leases:

1. Principles 1 to 4 shall also apply where the family home is held on leasehold by one of the spouses.

2. When the family home is held on leasehold by one of the spouses and this spouse does not discharge the obligations of a leaseholder, the other spouse shall have the right of continuing the lease by discharging these obligations”.

<sup>8</sup> “Principle 7 - Breakdown of marriage: The whole or part of the said household contents may, in appropriate cases and according to the conditions laid down by national law, be assigned exclusively to one of the spouses in the case of a divorce or judicial separation”.

L'origine di tali precetti è diverso. Per quanto riguarda il codice civile, mentre l'art. 1320 CC —sulla protezione della casa familiare durante la stabilità del matrimonio— è stato introdotto dalla legge 11/1981 del 13 maggio, gli artt. 90, 91 o 96 CC —sull'assegnazione della casa a seguito della crisi matrimoniale— sono stati introdotti dalla legge 30/1981 del 7 luglio.

Fino a questo momento, il regime speciale della casa familiare non era stato preso in considerazione, assumendo fondamentale importanza, pertanto, la titolarità del bene.

L'unico precedente anteriore al 1981 è l'art. 68.2<sup>a</sup> CC, che contemplava l'assegnazione dell'uso della casa familiare, includendola tra le misure provvisorie, non tra quelle definitive. Questa previsione è stata inserita nel codice civile dalla legge del 24 aprile 1958 e non faceva riferimento alla casa familiare bensì a quella comune, e così si mantenne, malgrado le critiche che suscitò il termine “comune”, fino alla riforma del 1981<sup>9</sup>. Il preambolo di questa legge affermava:

*“Considerando i dettami unanimi della dottrina e l'insegnamento della pratica, si considera opportuno revisionare le disposizioni dell'articolo sessant'otto del codice, non potendo essere utilizzate come statuto giuridico per la grave e delicata situazione familiare che è, al tempo stesso, antecedente immediato e corollario sicuro di un vizio di separazione o di nullità”<sup>10</sup>.*

In questo modo —diceva— si intendeva assicurare i diritti e gli interessi legittimi dei coniugi —in particolare quelli della donna— con lo sguardo volto ai figli, i quali *rappresentano il bene più prezioso che si deve preservare quando la famiglia entra in crisi*. L'art. 68.2<sup>a</sup> CC, a partire dal quale si formulò l'art. 103 CC<sup>11</sup>, affermava:

*“Ammesse le domande di nullità o di separazione del matrimonio, il giudice, durante lo svolgimento del processo, adotterà le seguenti misure:*

---

<sup>9</sup> DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica del matrimonio separado”, in *RDN*, n. 31, 1961, pp. 30-31, osserva che, il riferimento di quel precetto alla “casa comune” non stava contemplando una situazione di comunione di uso del locale, ma si stava riferendo alla casa o all'abitazione coniugale, che esiste sebbene entrambi i coniugi non vi abitino in modo permanente.

<sup>10</sup> In spagnolo: “*Teniendo en cuenta los unánimes dictados de la doctrina y las enseñanzas de la práctica, se ha juzgado oportuno revisar las disposiciones del artículo sesenta y ocho del Código, por entender que resultaban insuficientes para servir de estatuto jurídico a la grave y delicada situación familiar que es, al propio tiempo, antecedente inmediato y corollario seguro de una demencia de separación o de nulidad*”. La traduzione dei testi in spagnolo è stata elaborata dall'autore della presente tesi di dottorato.

<sup>11</sup> Art. 103.2<sup>a</sup> CC: “*Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de estos, las medidas siguientes: 2<sup>a</sup> Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno*”.

*2ª Determinare chi dei coniugi debba continuare ad utilizzare la casa comune, considerando, innanzitutto, l'interesse familiare più urgente di protezione, così come gli indumenti, gli oggetti e i mobili che potrà portare con sé il coniuge che debba abbandonarla”.*

Questo lavoro si centra in particolare sul trattamento dello statuto giuridico della casa familiare dopo la crisi matrimoniale. Durante il matrimonio, la legittimazione possessoria sulla casa, di cui sono titolari entrambi i coniugi, costituisce un effetto *ex lege* che deriva dal vincolo coniugale. Dopo la crisi, invece, non essendo possibile una situazione di possesso condiviso, è necessaria una pronuncia che determini a chi dei due coniugi spetta l'uso. Mediante l'attribuzione dell'uso della casa familiare si intendono equiparare le persone che escono dalla vita familiare.

All'assegnazione dell'uso della casa familiare come conseguenza della crisi matrimoniale fanno riferimento gli artt. 90.1.c, 91, 96, 103.2ª o 104 CC. Gli artt. 90 e 91 CC si riferiscono, rispettivamente, alla necessità che i coniugi —nell'accordo di regolazione—, o il giudice —nella sentenza di separazione, nullità o divorzio, in mancanza di accordo o nel caso di non essere approvato—, si pronuncino sull'assegnazione dell'uso della casa familiare e del corredo. Gli artt. 103 e 104 CC, da parte loro, si riferiscono alla possibilità che il giudice adotti questa misura, rispettivamente, con carattere provvisorio una volta ammessa la domanda di separazione, nullità o divorzio se non ci fosse accordo tra le parti al riguardo, o incluso con carattere previo alla stessa, se così lo richiedesse il coniuge che intende presentare ricorso. L'art. 96 CC, di trascendentale importanza, intorno a cui ruota questa tesi dottorale, prevede i criteri di attribuzione dell'uso della casa familiare in tali situazioni di crisi matrimoniale —o della coppia di fatto, come si vedrà—. Da lí, il continuo riferimento in questo testo all'art. 96 CC, sebbene si stia analizzando l'uso della casa familiare. Questo articolo dispone che:

*“In assenza di accordo tra i coniugi approvato dal giudice, l'uso della casa familiare e degli oggetti di uso ordinario spetta ai figli e al coniuge con cui restino.*

*Quando uno dei figli resti con uno o gli altri in quella dell'altro, spetterà al giudice decidere.*

*Nel caso in cui non ci siano figli, si potrà accordare che l'uso di tali beni, durante un periodo di tempo prudentemente stabilito, spetti al coniuge*

*non titolare, sempre che, avuto riguardo alle circostanze, sia consigliabile e il suo interesse richieda una maggiore protezione.*

*Per disporre della casa e dei beni indicati il cui uso spetta al coniuge non titolare sarà necessario il consenso di entrambe le parti o, nel caso, l'autorizzazione giudiziaria”<sup>12</sup>.*

Questo precetto è stato oggetto di numerose critiche acuitesi in particolare negli ultimi tempi, in cui l'elevato prezzo della casa insieme alla crisi economica globale ha fatto sì che l'uso della casa familiare assuma per i coniugi un interesse maggiore di quello che generalmente aveva, essendo, nel maggior numero dei casi, il bene di maggiore valore dei coniugi o della coppia.

Da una parte, dal tenore letterale dell'articolo e dal procedimento parlamentare che ha condotto alla sua approvazione, praticamente privo di discussione giuridica, pare dedursi che lo stesso sia stato concepito come una soluzione eminentemente pratica<sup>13</sup>. Nel precetto non rientrano tutte le fattispecie che possono avere luogo; sembra piuttosto che il legislatore abbia configurato il precetto a partire dalla situazione in cui la casa è proprietà di uno dei coniugi, lasciando così irrisolto l'art. 96 CC il caso in cui la casa appartenga ad uno o ad entrambi i coniugi in virtù di un diritto reale limitato, un diritto personale o incluso qualora la stessa fosse stata occupata senza alcun titolo, per mera tolleranza del suo proprietario. Non sembra neppure che il legislatore sia stato consapevole dell'importanza che assume dal punto di vista giuridico per i terzi l'assegnazione dell'uso della casa a una persona diversa dal titolare della stessa, trattandosi di una questione di ordine pubblico.

Dall'altra parte, vari giuristi hanno segnalato che l'art. 96 CC sia, in certa misura, obsoleto, non perché non sia necessario, ma perché, sebbene si interpreti in conformità con la realtà sociale del momento in cui si applica (art. 3.1 CC), i suoi margini risultano particolarmente limitati rispetto ai nuovi scenari (v. gr. coppie di fatto, affidamento condiviso, la figura della persona affetta da disabilità ...). Si consideri che il precetto

---

<sup>12</sup> In spagnolo: “*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.*

*No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente 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”.*

<sup>13</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, op. cit., p. 100.



non è stato modificato da quando è stato introdotto nel codice civile del 1981. Al contrario, è evidente la trasformazione della realtà sociale, che ha coinvolto anche la famiglia ed il diritto di famiglia. Dalla legge 7 luglio 1981, le altre leggi che sono state adottate successivamente hanno inciso negativamente, in un modo o nell'altro, sul diritto di famiglia in generale e, pertanto, indirettamente sull'attribuzione dell'uso della casa familiare. Costituiscono un esempio in questo senso la legge 15/2005, dell'8 luglio, concernente la modifica del codice civile e della legge sul processo civile in materia di separazione e divorzio, che estende la libertà dei coniugi alla facoltà di richiedere lo scioglimento del vincolo matrimoniale; o la legge 15/2015, del 2 luglio, sulla giurisdizione volontaria, di cui è opportuno mettere in rilievo la possibilità dei coniugi, in determinate circostanze, di richiedere la separazione o il divorzio a funzionari che non siano titolari della potestà giurisdizionale, in modo specifico davanti all'avvocato dell'Amministrazione della giustizia e al notaio<sup>14</sup>. In particolare, è interessante osservare la legge dell'8 luglio 2005 che, sebbene regoli l'affidamento condiviso, non ha modificato l'art. 96 CC includendovi l'assegnazione dell'uso in tali fattispecie.

È sicuro che, in virtù dell'art. 1.6 CC, la giurisprudenza completa l'ordinamento giuridico con la dottrina costante del *Tribunal Supremo*; tuttavia in questo caso il ricorso alla giurisprudenza al fine di completare questo precetto pare eccessivo. In molte occasioni, più che completare si ricostruisce l'art. 96 CC.

Sebbene il precetto sia stato interpretato sulla base dei principi generali del diritto, la formulazione letterale dell'art. 96 CC ha permesso differenti —e contraddittorie— applicazioni da parte dei tribunali, che lo hanno continuamente attenuato. A questo si aggiunge la —sempre più abbondante— legislazione autonoma, con testi, in molte occasioni, propri più di un regolamento che di una legge. Per questo più che la modifica del precetto sarebbe necessario garantirne la sicurezza giuridica.

La necessità di una riforma è stata sottolineata anche nelle conclusioni dei diversi incontri tra magistrati, giudici e avvocati di famiglia. Tra le conclusioni del “IV Incontro dei magistrati e giudici di famiglia e delle associazioni di avvocati” e della “VI Giornata nazionale dei magistrati, giudici di famiglia, pubblici ministeri e cancellieri

---

<sup>14</sup> In spagnolo: “*La posibilidad de acordar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, cuando no existan hijos menores de edad no emancipados ni con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, ha de tenerse presente a lo largo de toda la obra, aunque en ocasiones, por no extender la expresión y facilitar la lectura, se haga referencia, simplemente, a la aprobación, o no, del acuerdo por el juez*”.

(*secretarios judiciales*) (celebrate a Valenzia il 26, 27 e 28 d'ottobre del 2009), si propose:

“la riforma dell’art. 96 del c.c. per distribuire l’uso della casa familiare tra le parti nel rispetto dei termini massimi legali di assegnazione e della possibile alternanza nell’uso, avuto riguardo alle circostanze, nei limiti in cui si garantisca il diritto di uso dei figli a vivere nella casa, che rappresenta il loro intorno abituale. Tale normativa dovrebbe comprendere anche la concessione al giudice di ampie facoltà, al fine di salvaguardare il diritto dei figli, qualora la casa sia intestata ad entrambi i genitori, la realizzazione di detto immobile, a richiesta di una delle parti, mediante la vendita a terzi o l’assegnazione a una di queste, in conformità con l’art. 43 del codice di famiglia della Catalogna. La vendita o l’assegnazione dell’immobile sede della casa familiare estinguerà automaticamente il diritto di uso costituito giudizialmente”.

Nelle VII giornate dei giudici di famiglia, disabilità e tutele, celebrate ad ottobre 2011, si riaffermarono tali conclusioni e si aggiunse che, fintantoché non si fosse proceduto alla riforma dell’art. 96 CC, “i giudici avrebbero potuto motivare in modo orientativo le loro decisioni sull’uso della casa familiare, in conformità con la nuova normativa contenuta nella legge catalana 25/2010 del 29 luglio e nella legge aragonese 2/2010 del 26 maggio”. Si tratta senza dubbio di una conferma del fatto che la normativa della Catalogna e di Aragona, in particolare la prima, offrono un trattamento esclusivo della materia e soprattutto si adattano all’attuale realtà sociale e alle nuove forme di convivenza e alla struttura della famiglia. Questa è la tendenza che sembra essere seguita soprattutto nel diritto comune.

Della necessità della riforma è consapevole anche il *Tribunal Supremo* (Corte di Cassazione), che, nelle sentenze n. 622/2013 del 17 ottobre e 181/2014 del 3 aprile, afferma: “*Questa sala tiene conto (...) delle critiche che da più settori si stanno avanzando contro il rigore dell’uso della casa familiare in conformità con l’art. 96 del codice civile*”, situazione che si è aggravata con la crisi economica, a causa della quale “*si sono messi in discussione alcuni postulati che ne hanno permesso l’iniziale elaborazione e vi sono state maggiori difficoltà in particolare nei casi di tutela e custodia condivisa, rendendo necessaria una regolazione nuova e completa*”. Analogamente, nella sentenza del TS 563/2017 del 17 ottobre si osservò la necessità di un cambio legislativo in conformità con la nuova realtà.

La necessità di modificare l’art. 96 CC fu evidente nel progetto di legge sull’esercizio della responsabilità dei genitori e sulle altre misure da adottare a seguito

della rottura della convivenza, del 10 aprile 2014 (nel prosieguo, ALCP), avallata dal parere del Consiglio di Stato del 24 luglio 2014. La redazione proposta dall'art. 96 CC dall'ALCP rispondeva a queste nuove realtà con particolare dettaglio, seguendo la linea dell'interpretazione del *Tribunal Supremo*, simile a quella prevista nel codice civile catalano (*infra*, CCcat.).

Recentemente, il 21 settembre 2018, il Consiglio dei Ministri ha approvato il progetto di legge sulla riforma della legislazione civile e processuale in materia di disabilità (nel prosieguo, ALD), in cui si propone una nuova formulazione dell'art. 96 CC, alludendo in modo espreso ai figli affetti da disabilità.

La maggior parte delle critiche sull'art. 96 CC si riferiscono, in modo concreto, ai criteri di assegnazione. Tuttavia, in questa tesi non si prenderà in considerazione questa questione, bensì si cercherà di determinare la natura giuridica del diritto all'uso della casa familiare. Si tratta di una questione eminentemente giuridica rispetto all'altra — quella dei criteri di assegnazione— più di politica legislativa. Tuttavia, nel paragrafo VI del capitolo primo si farà riferimento anche ai criteri di assegnazione, al fine di mostrare al lettore lo stato della questione e, in tal modo, di comprendere meglio il resto delle questioni trattate nel presente lavoro.

Il problema della natura giuridica si presenta soprattutto quando l'uso è attribuito al coniuge che non possedeva prima la titolarità di nessuna casa. In quel momento si frantuma la titolarità. Si produce lo smembramento delle facoltà o la scissione tra l'appartenenza giuridica del bene e il diritto di usare la casa. Si priva il titolare del diritto della possibilità di occupare la casa —senza che ne perda la titolarità— e si attribuisce questo diritto al coniuge non titolare, che sarà colui che la occuperà<sup>15</sup>.

Malgrado l'attribuzione dell'uso al coniuge non titolare della casa, il legislatore non ha precisato, in nessun momento, in virtù di quale diritto il coniuge beneficiario la userà<sup>16</sup>. La mancata indicazione della natura giuridica è l'aspetto che, come sostiene PUENTE ALFARO, ha portato, in certe occasioni, al fine di giustificare il mantenimento

---

<sup>15</sup> Si deve intendere che, quando in questo studio ci riferiamo al diritto di occupare la casa, non lo facciamo in senso tecnico come un modo di acquisto della proprietà di beni mobili (*cfr.* artt. 610 e ss.). Si consideri che quando il legislatore si riferisce nell'art. 96 CC al fatto che "l'uso della casa familiare (...) spetta", non lo fa, *a priori*, riferendosi ad un diritto reale di uso. Per questo motivo in alcune occasioni utilizzeremo la terminologia "diritto di occupazione", e non "diritto di uso", per evitare confusione. Ciononostante, e quando vorremmo riferirci, in particolare, al "diritto reale di uso", lo faremo in quanto tale, centrandoci sulla sua vera natura.

<sup>16</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Protección legal de la vivienda familiar", in *RCDI*, n. 588, 1988, p. 1609, segnala che, quando il legislatore utilizza la parola "uso", non lo fa per qualificare un diritto, ma cerca di ottenere che il coniuge beneficiario dell'uso lo ottenga in qualsiasi circostanza.

dello *status quo* esistente prima della crisi matrimoniale, a fare affermazioni inaccettabili<sup>17</sup>.

Non ha suscitato un grande dibattito, invece, il caso in cui, per accordo delle parti, si attribuisca un diritto in particolare —di qualsiasi natura— il quale consta nell'accordo<sup>18</sup>. Quando, in conformità al principio di autonomia della volontà (art. 1255 CC), i coniugi arrivano ad un accordo in questo senso, approvato sia dal giudice sia dall'avvocato dell'amministrazione della giustizia o dal notaio (artt. 81, 82, 86 e 87 CC), il coniuge non titolare diviene il titolare e potrà esercitare un diritto attribuito in virtù di un negozio giuridico (v. *gr.* se la casa fosse di proprietà del coniuge che cede l'uso, i coniugi potrebbero ricorrere ad un diritto reale di abitazione o d'uso)<sup>19</sup>.

In questi casi, affinché possa essere iscritto nel registro della proprietà sarà sufficiente la prova giudiziaria che dimostri l'accordo e che questo è stato approvato nella sentenza. Così lo giustifica la direzione generale dei registri e dei notai (nel prosieguo DGRN), trattandosi di un accordo dei coniugi stipulato in ambito giudiziario, il quale costituisce il presupposto necessario della sentenza modificativa dello stato civile. Si tratta, quindi, di un documento autentico sufficiente per accreditare i termini

---

<sup>17</sup> PUENTE ALFARO, F., "La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución", in *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.), Grupo Difusión, Barcelona, 2005, p. 114.

<sup>18</sup> GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., "La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma", in *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p.145, contempla, inoltre, la possibilità che, negli accordi matrimoniali, si conceda, a titolo oneroso o gratuito, un diritto a vivere nella casa familiare che assumerà la forma di un diritto reale tipico (usufrutto o abitazione), di un diritto di obbligazione (locazione o comodato), o, semplicemente, di un comodato. GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., "Uso familiar: ¿un nuevo derecho?", in *Lunes* 4,30, n. 191, 1996, p. 22, considera che le parti che lo desiderino, accordandolo tra loro, o facendone richiesta al giudice, potranno richiedere la costituzione del diritto di uso con piena garanzia per il suo titolare, ma precisa che a tal fine è necessaria la sua costituzione. Quest'ultimo non dice nulla di nuovo, dal momento che tutti i diritti reali richiedono un atto costitutivo (v. l'art. 470 CC per l'usufrutto o l'art. 523 CC per l'uso e l'abitazione). Questa costituzione —considera— si deve realizzare nel momento della liquidazione della comunione dei beni. Tuttavia, sembra, quanto meno forzato, individuare il fondamento di questa possibilità nell'art. 1407 CC, considerando che si riferisce esclusivamente al caso di morte dell'altro coniuge. Inoltre, la liquidazione del regime economico matrimoniale non è obbligatoria (cfr. art. 90.1.e CC).

<sup>19</sup> Contemplano questa possibilità: PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 114; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial", in *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 1, 1994 [BIB 1994/72]; ESPIAU ESPIAU, S., "Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992", in *CCJC*, n. 31, 1993, p. 97, e *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 200 y ss.; ROCA TRÍAS, E., "Comentario al artículo 96", in *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 522; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., "Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición", in *AC*, n. 19, 2005 [LA LEY 4975/2005]; RUIZ RICO, J. A., "Uso de la vivienda familiar (en nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad", in *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, n. 174, 1995, p. 2070.

dell'accordo agli effetti del Registro della Proprietà (artt. 3 LH e 34 RH)<sup>20</sup>. Nel caso in cui la separazione o il divorzio si realizzino davanti al notaio, questi realizzerà un controllo simile a quello dell'avvocato dell'amministrazione della giustizia (art. 90.2.III CC) e, nel caso di omologare l'accordo, si stipulerà mediante atto pubblico — sufficiente per l'iscrizione — (*cf.* art. 89 CC)<sup>21</sup>.

Possono sorgere dei problemi qualora il giudice realizzi l'assegnazione — in mancanza di accordo o perché lo stesso non sia stato approvato — o le parti, limitandosi a dichiarare a chi spetta l'uso senza concretizzare nulla sulla natura del diritto. Inoltre, non sono poche le occasioni in cui, nella sentenza, si accorda semplicemente la “concessione” o l’“assegnazione” della casa familiare. Nel caso da cui trae origine la RDGRN del 20 febbraio 2004, questa mancanza di precisione nella sentenza della natura del diritto di uso attribuito, induce il *Registrador de la Propiedad* a sospendere l'iscrizione, intendendo che si stesse violando il principio di determinazione del registro.

Sebbene il legislatore non dica nulla al riguardo, la questione della natura giuridica è trascendentale. Come aveva già sostenuto LOIS ESTÉVEZ, “ogni volta che un giurista si trova dinnanzi ad un concetto peculiare della scienza che coltiva, si vede obbligato, in virtù di una tradizione secolare, a prendere posizione sullo spinoso problema della natura giuridica”<sup>22</sup>.

GÜITRÓN FUENTEVILLA<sup>23</sup> incide sull'importanza per gli studiosi del diritto di intendere l'espressione “natura giuridica”, da cui “si deducono circostanze e situazioni che ci permettono di individuare esattamente il settore giuridico a cui appartengono le diverse istituzioni oggetto di studio; determinare i loro doveri e i loro diritti; sapere quali requisiti debbano riunire e, soprattutto, la funzione che spetta a questa istituzione, a seconda delle caratteristiche”. Considera la natura giuridica l'aspetto principale di ogni istituzione, la sua origine, l'essenza di ciascuna figura giuridica. La natura giuridica ci permette di classificare un atto giuridico, un contratto, un'istituzione o una

---

<sup>20</sup> V. RRDGRN del 25 febbraio 1988, 9 marzo 1988, 10 marzo 1988, 31 marzo 2008 e 27 settembre 2010.

<sup>21</sup> Invece, non è un documento sufficiente, un atto di conciliazione adottato da un giudice di pace in cui le parti arrivano ad un accordo sull'uso della casa familiare. Questo documento è un mero accordo in cui si prevedono determinati aspetti temporali relativi alla gestione e all'uso della casa, ma non costituisce nessun tipo di diritto (*vid.* RDGRN dell'11 maggio 2013).

<sup>22</sup> LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de «Naturaleza jurídica»”, in *Anuario de filosofía del derecho*, n. 4, 1956, p. 159.

<sup>23</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, J., “La naturaleza jurídica y la autonomía del derecho familiar”, in *Derecho de familia y Registro de la Propiedad: Jornadas organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad de España y el Comité Internacional de Congresos de Derecho de familia. Madrid, 1, 2, 3 y 4 de octubre de 2001*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2002, pp. 345 e ss.

determinata fattispecie, nell'ambito della scienza del diritto. La natura giuridica — considera l'autore— “ci offre elementi scientifici, intellettuali, giudizi di valore”, attraverso cui si può formulare una risposta giuridica, scientifica, permettendoci di evitare affermazioni temerarie o audaci.

Tuttavia, la natura giuridica del diritto di usare la casa familiare a seguito della crisi matrimoniale da parte del coniuge e, nel caso, dei figli, non è stata oggetto di attenzione, o non è stata trattata in modo sufficiente in non poche delle numerose opere scritte sulla materia, le quali hanno generalmente mostrato una maggiore preoccupazione per altri aspetti come i criteri di attribuzione.

Ciò può essere dovuto al fatto che la maggior parte degli autori considera —a nostro avviso erroneamente— di trovarsi davanti ad una questione —la natura giuridica— di scarso rilievo pratico e, pertanto, carente dell'importanza che a *priori* le si possa attribuire<sup>24</sup>. Tali autori partono dal presupposto che, in conformità con gli artt. 1320 CC —applicabile alla fase della stabilità matrimoniale— e 96.IV CC —applicabile dopo la crisi matrimoniale, la protezione del diritto di uso è prevista indipendentemente dalla natura attribuitale.

Come segnala lo stesso ESTÉVEZ, questa mancanza di interesse è dovuta al fatto che il giurista non si è chiesto in virtù di quale necessità di carattere pratico o teorico sarebbe indispensabile studiare una questione “così astratta ed imbarazzante come questa [la natura giuridica]”. Quando il citato autore risponde, alla fine della sua opera, alla domanda che lo stesso si pone —che cosa dovrebbe intendersi per “natura giuridica”—, afferma che si deve considerare:

“la *ratio*; il perché trascendentale che chiarisce, una volta per tutte, l'istituto; *le forme pure di valore da dove proviene e a cui si riduce*. In definitiva, la natura giuridica persegue un ideale eminentemente scientifico, che è l'intelligenza *genetica*; vale a dire, *la comprensione di come si realizza il sostrato soggiacente ad un'istituzione giuridica*.”

---

<sup>24</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 110, considera che la determinazione della natura del diritto può assumere rilievo, sebbene in modo limitato, nei casi di morte del coniuge titolare della casa in relazione agli effetti sulla successione, così come nei casi di sequestro del bene per debiti contratti dal coniuge dopo l'aggiudicazione dell'uso; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 503 e 504; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, in *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n. 34, 2003, p. 31, considerò che la polemica diritto reale-diritto personale “non porta da nessuna parte”, sebbene, più recentemente, nella “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a tercero”, in *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017, p. 15, assume una posizione categorica che fino a quel momento non aveva adottato nelle sue opere.

Ciò richiede di *dimostrare che il fondamento di qualsiasi istituzione si rinviene in una forma primitiva di valore giuridico*<sup>25</sup>.

La concretizzazione della natura giuridica è un fattore determinante al fine di conoscere il regime giuridico e, di conseguenza, la stabilità del diritto, le facoltà e gli obblighi di coloro che sono titolari di qualche tipo di diritto sulla casa; non si tratta di conoscere solo il trattamento dell'art. 96, comma 4, CC sugli effetti di fronte ai terzi<sup>26</sup>. Pertanto, lo studio della natura giuridica potrebbe servire come punto di partenza per dare risposta ad alcuni dei non pochi interrogativi che questa figura prospetta. Il professor DÍEZ-PICAZO aveva già avvertito della “grande importanza pratica per risolvere i vari problemi che lo sviluppo di una situazione di questo tipo possa presentare”<sup>27</sup>.

La scarsa dottrina e la giurisprudenza che si sono pronunciate sulla natura giuridica del diritto dell'art. 96 CC è stata contraddittoria. Le differenti teorie al riguardo concordano che la natura dell'uso della casa concesso a seguito della crisi matrimoniale è di difficile qualificazione giuridica<sup>28</sup>. In particolare, per quanto riguarda la dottrina, se pochi sono gli studi realizzati sulla natura giuridica del diritto di uso della casa familiare, ancor meno sono quelli che la difendono; non sono arrivati ad analizzare, realmente, quali sono gli effetti pratici della natura giuridica sostenuta<sup>29</sup>.

Questa mancanza di unanimità e di concretizzazione nelle diverse tesi sulla natura giuridica, sono causate dalle differenze esistenti tra le varie fattispecie regolate nell'art. 96 CC<sup>30</sup> —che distingue tra custodia esclusiva dei figli, custodia condivisa ed inesistenza dei figli— o, anche, dai diversi tipi di titolarità sulla casa familiare esistenti prima della situazione di crisi familiare.

Per tali ragioni, la presente ricerca intende individuare la natura giuridica del diritto di uso della casa familiare al fine di riconoscergli un regime giuridico che doti questa

---

<sup>25</sup> LOIS ESTÉVEZ, J., *op. cit.*, p. 178.

<sup>26</sup> V. COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 43, il quale considera che il trattamento come diritto personale o diritto reale può produrre distinte conseguenze pratiche; o GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 146, secondo cui la determinazione della natura del diritto di uso ha grande trascendenza in relazione all'iscrizione nel registro; MORENO NAVARRETE, M. A., “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011”, in *CCJC*, n. 89, 2012, p. 470; BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993”, in *CCJC*, n. 33, 1993, p. 818.

<sup>27</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, p. 33, in relazione all'allora vigente art. 68 CC.

<sup>28</sup> Si rinvia, per tutti, a HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, in *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 321.

<sup>29</sup> V. *infra*, cap. I, II.

<sup>30</sup> BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993”, *op. cit.*, p. 812.

figura di sicurezza giuridica, evitando le contraddizioni che si sono prodotte al rispetto e risolvendo molti dei problemi affrontati nei numerosi libri, nelle sentenze e nelle decisioni della DGRN. Si tratta di un lavoro scientifico che non si limita a mettere in discussione i criteri di assegnazione dell'uso, questione questa meramente politica.

A tal fine, la ricerca si divide in due parti, composte da tre capitoli, relativi alla natura giuridica e all'efficacia di fronte ai terzi (prima parte) e al regime giuridico del diritto (seconda parte).

La prima parte inizia sin dal primo capitolo con l'esposizione delle differenti correnti dottrinali sulla natura giuridica sia nella dottrina spagnola sia straniera per affrontare successivamente una delle questioni chiave nella ricerca e che sarà trascendentale al fine di raggiungere il fine perseguito: il fondamento dell'assegnazione del diritto di uso dell'art. 96 CC, a cui si farà riferimento nel corso di questo lavoro. Dopo esposto i criteri di assegnazione —importante per permettere al lettore di comprendere in linea generale le altre questioni analizzate —, si cercherà di precisare la natura del diritto. A tal fine, si analizzerà la necessaria natura dinamica del diritto di uso e si giustificherà il carattere patrimoniale dello stesso per confutare alcuni degli argomenti che, da parte sia della dottrina sia della giurisprudenza, sono stati mantenuti per negare la natura reale di questo diritto.

Il secondo capitolo avrà ad oggetto l'esposizione di quei casi in cui la casa familiare appartiene ad un terzo e che sono particolarmente problematici nella pratica: il caso della casa affittata e quello della casa occupata in comodato. Non costituisce oggetto di questa tesi, sebbene si sia considerato necessario affrontarlo, anche solo sinteticamente, per giustificare la tesi che manteniamo sulla natura giuridica.

Nel terzo ed ultimo capitolo della prima parte analizzeremo l'iscrizione e l'efficacia di fronte ai terzi del diritto di uso della casa familiare al fine di giustificare quali effetti gli si debbano riconoscere —e che effettivamente si riconoscono— al diritto di uso attribuito per adempiere al fine che il legislatore intendeva perseguire con l'art. 96 CC e quale natura gli si debba riconoscere per produrre tali effetti.

Una volta determinata la natura giuridica del diritto di uso della casa familiare, la seconda parte della tesi si occuperà del regime giuridico del menzionato diritto. Si tratta, quindi, di applicare al diritto di uso dell'art. 96 CC il regime giuridico della natura che gli si riconosce in questo lavoro, al fine di giustificarne lo sviluppo.

Nel quarto capitolo, si analizzeranno i seguenti aspetti: nascita —creazione o costituzione— del diritto, ambito oggettivo, il concetto, cioè la definizione di cosa si



intende —o si dovrebbe intendere— per casa familiare e l'elemento soggettivo del diritto. Inoltre, si realizzerà uno speciale riferimento al fenomeno delle coppie di fatto e all'applicazione o meno alle stesse e, ed eventualmente, in che modo, della figura oggetto di questo studio. Infine, il quinto e il sesto capitolo avranno ad oggetto, rispettivamente, il contenuto —diritti ed obblighi del titolare del diritto—, così come la modifica ed estinzione del diritto di uso della casa familiare dal punto di vista della natura giuridica che gli si riconosce.

È opportuno concludere questa introduzione, citando di nuovo ESTÉVEZ, che aveva già segnalato l'importanza della natura giuridica quando, nelle conclusioni del suo lavoro, diceva che, in tal modo, il diritto sperimenterebbe “un vero riscatto dalla sua reclusione politica”, e che “La politica del diritto trova qui l'occasione per divenire scienza autonoma e per liberarsi dall'opprimente arbitrio che la soffoca. (...) Non sarà il capriccio o l'improvvisazione dei legislatori impreparati a decidere la sorte della giustizia”<sup>31</sup>. Consapevoli dell'importanza della natura giuridica di questo diritto, è quindi il momento di realizzarne uno studio approfondito.

---

<sup>31</sup> LOIS ESTÉVEZ, J., *op. cit.*, p. 182.



**PRIMERA PARTE**  
**EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:**  
**NATURALEZA JURÍDICA Y**  
**EFICACIA FRENTE A TERCEROS**



# CAPÍTULO PRIMERO

## NATURALEZA JURÍDICA

### I. Sobre la (in)existencia de derecho: concentración del *ius possidendi*

Si bien las diferentes corrientes doctrinales —a las que vamos a hacer referencia en el próximo epígrafe— divergen sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en virtud del art. 96 CC, existe una corriente que se aparta de estas y considera que con la atribución del art. 96 no se confiere un derecho que no existiera con anterioridad. Niega que nos encontremos ante un derecho nuevo —creado *ex novo*— y mantiene que el art. 96 CC no hace más que concretar el *ius possidendi* de una forma exclusiva y excluyente, contando con los medios de defensa ordinarios de la posesión<sup>32</sup>.

El momento a partir del cual se empieza a hablar de concentración de la posesión coincide con la STC 135/1986 de 31 de octubre. La misma trae causa de un matrimonio

---

<sup>32</sup> Cabe citar, entre los autores que integran esta corriente doctrinal, además de los que serán citados en el texto principal, a: SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 107, para quien no es ningún derecho, sino una mera facultad de usar y disfrutar de dicha vivienda, y nada más; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. CRESPO ALLUÉ, F.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 349, y en “Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 1998, [BIB 1998\1193], para quien la atribución judicial “únicamente, produce una concentración de facultades a favor de uno de los cónyuges”; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, t. 2, 1998 [LA LEY 22811/2001], quien hace suyas las afirmaciones de RODRÍGUEZ GARCÍA, en el sentido de que la referida atribución de la vivienda familiar constituye un acto que tiene por objeto una destinación que primero la ley hace y después la autoridad judicial corrobora; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 2, 1999, pp. 26-27, quien considera que la atribución no hace más que fijar sobre el inmueble el *ius possidendi* que correspondía al cónyuge no titular desde antes de la resolución judicial y que excluye, mientras dure, el que corresponde al titular; CORTADA CORTIJO, N., “Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000”, en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 609-620; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003, p. 76, para quien no se está creando un derecho nuevo, sino que se trata de una mera medida de protección; ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006, pp. 37-86, para quien el derecho de uso del art. 96 CC supone la atribución a un cónyuge de la facultad de usar la vivienda, excluyendo al otro consorte de una posesión hasta entonces compartida; o PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, pp. 113-124.

separado por sentencia en la que se adjudica a la esposa e hijos el uso de la vivienda familiar, que se venía ocupando en virtud de un contrato de arrendamiento del que era titular solo el esposo. Habiendo cesado el esposo en el pago del arrendamiento, la propietaria de la vivienda promueve juicio de desahucio dirigiendo la demanda solo contra el marido, razón por la cual la esposa se dirige mediante escrito al juzgado para que se le tenga por comparecida e interesada en el asunto. El juez desestima la demanda en primera y segunda instancia y decreta el desahucio. Habiendo recurrido en amparo la esposa al Tribunal Constitucional, este, en lo que a nosotros nos interesa ahora, se pronuncia en el siguiente sentido:

*“Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre esa atribución y relación con la cosa, es decir, su derecho a la posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión (posesión indivisa admitida por el art. 445 CC). Será, sí, la del marido, una titularidad formal a los efectos de terceros e incluso procesal caso de contienda, pero sin que esa suponga que en su ejercicio pueda disponerse del derecho que el título le concede con desprecio o menoscabo de otros intereses legítimos y menos de los cotitulares materiales (esposa e hijos)”*.

En definitiva, el Tribunal Constitucional equipara la posición jurídica del cónyuge al que se atribuye el uso de la vivienda familiar a la de su consorte, titular originariamente exclusivo de la misma. Se pasa, así, de una situación de titularidad exclusiva a una situación de cotitularidad en beneficio de ambos cónyuges, siendo manifestación de esto último la necesaria concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda.

De esta forma, durante la ocupación de la vivienda habría un estado de posesión compartida, de manera que la posterior adjudicación del derecho de uso no supondría la creación de ningún derecho a favor del beneficiario, sino una concreción de la posesión, excluyéndose la del otro.

Apunta, comentando esta sentencia, ESPIAU ESPIAU, que esta situación de cotitularidad es posible justificarla a través de dos vías: admitiendo que deriva de una situación originada constante matrimonio o como consecuencia del mismo, o bien entendiendo que dicha situación es consecuencia directa de esta crisis, siendo la atribución del dere-

cho de uso lo que determina la condición de titular del cónyuge beneficiario de la misma que no lo fuera anteriormente. Ahora bien —añade ESPIAU—, esas dos vías señaladas son contradictorias entre sí<sup>33</sup>. Y en esa contradicción parece entrar, en cierta medida, el Tribunal Constitucional.

Por una parte, mantiene que *“no se puede negar a la (recurrente)...su derecho a la posesión arrendaticia adquirida mediante contrato suscrito por su marido..., el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión”*, con lo que la condición de titular parece que hubiese derivado directamente del contrato de arrendamiento. Sin embargo, también mantiene que *“el art. 96 del Código civil ha creado un Litis consorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual”*, de lo cual parece extraerse, precisamente, la conclusión contraria: que es la atribución del uso la que crea esa titularidad en favor del cónyuge beneficiario.

Uno y otro argumento son rechazados por ESPIAU que, en su crítica a los argumentos del Constitucional, apunta que la familia no puede ser considerada como “sujeto colectivo, titular comunitario” de la vivienda familiar, ni la protección del “interés común familiar” autoriza a modificar la titularidad ostentada sobre ella. Ese “consentimiento” conjunto que se requiere no significa que exista un poder de disposición —y una titularidad— compartida, “sino que resulta de la concurrencia de la declaración de voluntad negocial del cónyuge titular y del asentimiento a la misma de su consorte, reflejo, a su vez, de la titularidad del primero y de la legitimación posesoria del segundo”.

Los integrantes de esta corriente se apoyan, fundamentalmente, en dos argumentos:

El primer argumento, que surge del tenor literal del art. 96.IV CC, es la referencia en este último al “cónyuge no titular”, lo cual consideran indicativo de que el cónyuge que

---

<sup>33</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, op. cit., pp. 240 y ss. En pp. 251 y ss. considera el autor que no se puede apreciar en el art. 96 CC una excepción al principio de correlación entre la titularidad del cónyuge y la legitimación posesoria de su consorte, pues considera que lo que fundamenta el *ius possidendi* del cónyuge beneficiario tras la atribución, originado en la sentencia o convenio, es la existencia de un derecho sobre la vivienda: “que el titular lo sea uno de los cónyuges lo exige la vivienda familiar pero no ya la vivienda atribuida”, donde ya no hay relación conyugal. Descarta, asimismo, una posible aplicación de las normas registrales de protección a tercero que verifique la subordinación del *ius possidendi* del cónyuge beneficiario al del adquirente; el descarte tiene dos motivos: no existe circunstancia que posibilite anular o resolver el derecho del otorgante ni se cuestiona la titularidad del adquirente, pues el cónyuge beneficiario no pretende —ni puede— impugnar la titularidad del adquirente, sino solo que se respete su *ius possidendi*. Las normas de protección registral se orientan a la defensa y mantenimiento de una titularidad adquirida, pero no en torno a la de la posesión que fundamenta, de ahí que considere de poca trascendencia el acceso al Registro de la Propiedad de la situación del cónyuge no titular o del carácter familiar.

era titular exclusivo lo sigue siendo y a quien no lo era en ningún caso corresponde derecho alguno sobre la vivienda<sup>34</sup>. Argumento, este último, cuanto menos, débil, pues sencillamente podría defenderse que, aun atribuido el uso al cónyuge no titular, y aunque este pase a ser titular de un derecho, el titular originario no pierde la titularidad que ostentaba. De ahí que cuando el párrafo se refiere al “cónyuge no titular”, simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial.

El segundo de los argumentos es que la vivienda, antes y después de la crisis matrimonial, cumple una misma función: contribuir a una carga de la familia matrimonial.

ROCA TRÍAS parte de que la atribución del art. 96 CC tiene su razón de ser en el carácter familiar de este derecho. Existiendo hijos menores, considera la atribución como una contribución a las cargas familiares —considerada por el sistema civil como una finalidad de protección prioritaria—, y ello pese a que el art. 90.1.c CC la trata como contenido típico del convenio regulador de forma independiente a la referida contribución a las cargas familiares. Si la atribución se realizase en virtud del art. 96.III CC lo contempla como un complemento de la pensión compensatoria —o de cumplimiento del deber de socorro en caso de separación—.

Durante la estabilidad matrimonial, sea cual fuere el régimen económico del matrimonio, y aunque se tratase de una vivienda cuya titularidad exclusiva corresponda a uno solo de los cónyuges, existe una posesión común —copesión— de ambos cónyuges<sup>35</sup>. De ahí que ROCA TRÍAS, a la vista de la identidad en la función de la vivienda familiar entre la situación anterior y posterior al matrimonio, considere que la atribución a un cónyuge del uso de la vivienda familiar:

“no significa en absoluto la creación de un derecho nuevo (real o de crédito) en favor de los hijos o del cónyuge no titular (...); lo que ocurre es más simple: se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva por aquél a quien se ha atribuido el derecho a usar la vivienda”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 97, y *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

<sup>35</sup> MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002, p. 252: “la del cónyuge no titular, es reflejo de su derecho a usar y ocupar la vivienda familiar: la del cónyuge titular es reflejo del derecho por el que ostente la titularidad del bien”.

<sup>36</sup> ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 611 y ss.



Es decir, lo que se produce es una mera concentración de la posesión. Así pues, el cónyuge beneficiario del uso no tiene otro título que el de poseedor; es más, sigue siendo poseedor como lo era antes, durante la situación de normalidad matrimonial, lo único que ha cambiado ha sido la forma de poseer: se pasa de una posesión compartida a una posesión exclusiva<sup>37</sup>.

De la referida identidad entre la función de la vivienda familiar durante el matrimonio y la atribución de la misma tras la ruptura —contribuir a las cargas familiares—, sería fruto la identidad que esta corriente defiende que existe entre la redacción de los arts. 1320 —referido a situaciones de normalidad matrimonial— y 96.IV CC<sup>38</sup> —referido a situaciones de nulidad, separación o divorcio—. El segundo de los preceptos se encarga de hacer perdurar el contenido del primero —sus consecuencias— aun después de la ruptura matrimonial: la necesidad de consentimiento del cónyuge —o excónyuge— no titular para disponer de la vivienda familiar. La protección al cónyuge no titular en el uso de la vivienda familiar habría de ser idéntica en una y otra situación: “su relación con el bien no varía, pues antes lo usaba y disfrutaba como lo va a usar y disfrutar ahora”<sup>39</sup>.

Ahora bien, ¿existe realmente una identidad entre los arts. 1320 y 96.IV CC? La respuesta negativa la extraemos de su propia literalidad. No obstante, y sin perjuicio de volver sobre esta cuestión más adelante para tratarla con mayor profundidad, valga decir aquí que la razón de la distinción entre uno y otro precepto podría encontrarse en la diferente situación en que se encuentra el cónyuge no titular antes y después de la crisis familiar y, por tanto, en el nivel de protección que requiere en uno y otro caso. Durante la normalidad matrimonial —cuando rige el art. 1320 CC—, pese a la disposición por el cónyuge titular de la vivienda familiar en contra de la voluntad del cónyuge no titular, no por eso este último pierde su derecho de convivir con el titular en otro alojamiento, pues sigue vigente la obligación de ambos de vivir juntos (art. 68 CC); lo más probable

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*, pp. 612-613. Sobre este mismo particular vuelve unos años después en “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad”, en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRIK BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1989, pp. 198 y ss., donde reitera que es evidente que nos hallamos ante un derecho nuevo de naturaleza familiar, ligado a las condiciones económicas de los cónyuges o excónyuges y al cuidado de la prole; también en “Comentario al artículo 96”, en *Código Civil comentado*, *op. cit.*, p. 522.

<sup>38</sup> *Vid.*, en sentido contrario, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1597, quien considera la del art. 1320 CC una norma muy similar a la del art. 96 CC, pero con la diferencia de que en esta última ya no existe matrimonio y de que el cónyuge favorecido es ya titular de un derecho real, u otro que sea posible.

<sup>39</sup> MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 220.

es que ya se tenga otro domicilio al que trasladarse. En cambio, acaecida la crisis matrimonial, una vez se ha dispuesto por el titular de la que ha sido vivienda familiar, el no titular no dispone de ningún derecho a alojarse en otra vivienda del cónyuge titular, así como tampoco en la vivienda actual. Si tras la crisis, se estableciera una excepción como la del art 1320.2 CC, podría llevar a un incremento de las pensiones establecidas a favor del cónyuge y/o hijos o a una indemnización, que no lograrían saciar la necesidad que se intenta proteger con la atribución del uso y que —como veremos— no siempre ha de ser de tipo económica.

Por otro lado, si nos situamos en la tesis de la concentración de la posesión, cabe preguntarse: ¿cómo coordinar la situación de coposesión con lo dispuesto en el art. 445 CC?<sup>40</sup>

Como ha mantenido la STS 593/2008 de 26 de junio, el art. 445 CC, en su parte primera, sanciona el principio general de no reconocimiento de dos posesiones iguales sobre el mismo objeto, salvo que se trate de un supuesto de indivisión —coposesión—. El conflicto se presenta, pues, en aquellos supuestos en los que tiene lugar una colisión entre tenedores de una misma cosa o, en ausencia de estos, entre poseedores mediatos de la cosa. Su justificación no es otra que, al ser la posesión un poder de hecho tan absorbente sobre el objeto, no puede ser compartida en el mismo nombre y concepto posesorio por dos personas al mismo tiempo. Hay que entender el precepto en el sentido de que la posesión es excluyente de sí misma: el hecho de la posesión de uno excluye el hecho de la posesión del otro. En estos casos, el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes<sup>41</sup>.

Ante tal interrogante, reconoce ROCA TRÍAS que se trata de una situación no prevista en el art. 445 CC, por cuanto estamos ante una comunidad familiar básica<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Art. 445 CC: “La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes”.

<sup>41</sup> Vid. DE LA CUESTA, J. M., “Comentario al artículo 445”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 1828; NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil III* (coord. RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M.), Bosch, Barcelona, 2001, p. 586; UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a los artículos 438 a 445”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 708; DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 567 y ss.

<sup>42</sup> ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, op. cit., p. 612. Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, op. cit., quien considera que la coposesión

TAMAYO CARMONA<sup>43</sup>, al tratar esta tesis de la continuidad en el uso de una forma excluyente, considera que la situación resultante estaría comprendida en el supuesto del art. 432 CC:

“en forma de posesión mediata (el titular del derecho sobre la vivienda), y posesión inmediata (del titular del derecho de uso), resultando protegidos ambos por el régimen de tutela de la posesión *ad extra*, y entre ellos mediante el respectivo proceso matrimonial, en este caso, de modificación de medidas”.

Las dificultades surgen, como hemos anunciado anteriormente, ante la coposición de la vivienda constante la convivencia de los cónyuges, cuando la misma sea privativa de uno de ellos. Considera que esta coposición, no solo no está prevista —como, hemos visto, defendía ROCA TRÍAS—, sino que está vetada por el 445 CC<sup>44</sup>. Considera, pues, complicado continuar con la posesión si no se constituye un derecho *ex novo* con la atribución. No obstante, no es la única objeción que realiza TAMAYO CARMONA a la tesis apuntada por ROCA TRÍAS:

“si el fundamento de la atribución se encuentra en la posesión, tan legítimos poseedores serán los cónyuges, como los hijos, e incluso las personas que convivan en la casa. En tal caso, la necesidad de consentimiento ante cualquier acto de disposición de la vivienda del art. 96.IV CC debería extenderse tanto al cónyuge como a los hijos, cosa que no sucede. Igualmente, y en atención al art. 1320.II, si el fundamento del uso descansa en la posesión, no acaba de explicarse por qué se protege al adquirente de buena fe,

---

propriadamente dicha es reflejo de la cotitularidad de un derecho en el sentido establecido en el art. 392 CC, y para que exista sería necesario que la posesión de cada cónyuge fuese igual en naturaleza y grado a la del otro, algo que no ocurre en nuestro caso donde cada uno de los cónyuges posee en un concepto distinto. Tampoco estamos ante la coposición contradictoria contra la que se establece el art. 445 CC (varias personas que actúan como poseedores exclusivos de la misma cosa).

Por ello considera que ese cambio de posesión compartida —durante la estabilidad— a posesión exclusiva en la persona del beneficiario —tras la atribución— sólo es admisible si se parte de la existencia durante el matrimonio de una coposición impropia —consistente en varias posesiones de derechos o facultades distintas sobre la misma cosa—, aceptándose que lo único que realmente se compartía era la facultad pura y simple de residir en ese alojamiento y la posesión correspondiente, sin que pueda hablarse de coposición propia como reflejo de la comunidad de un derecho. Concretamente, habla de una coposición impropia especial, en tanto que si bien ambos ostentan la posesión inmediata, cada uno lo hace en concepto de titular de un derecho diferente, uno en concepto de titular de la vivienda y el otro en concepto de cónyuge del titular —es decir, en concepto de titular de un derecho personal frente al titular—.

Es más, considera que, aunque tras la atribución del uso sólo el beneficiario tiene la posesión exclusiva, puede seguir hablándose de coposición impropia entre titular y no titular.

<sup>43</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 52.

sobre los intereses del cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido. Y finalmente, la remisión al régimen posesorio supondrá otorgar una extensión y contenido a la facultad de uso que, en defecto de concreción expresa en la sentencia, será desmesurada (en principio, toda facultad de uso y disfrute)”.

ESPIAU ESPIAU coincide con ROCA TRÍAS en defender que se trata de un derecho estrictamente familiar, estimando que con la referida atribución no se le confiere titularidad alguna sobre la vivienda al que antes no la tenía<sup>45</sup>. Considera que, cuando se trata de atribuir un derecho a una persona, la ley lo dice expresamente (*cf.* art. 1407 CC). De esta manera —apunta—, la salvaguarda del interés protegido se alcanza a través de las limitaciones de las posibilidades de actuación de quien ostenta la titularidad, sin que sea necesario modificar el derecho que recae sobre la vivienda familiar.

El beneficiario no adquiere derecho patrimonial alguno sobre la misma, sino que se le confiere una legitimidad posesoria de carácter excluyente, un “derecho a poseer”. Lo llega a considerar un nuevo título legitimador, ya que la posesión que existía antes, tanto por uno como por otro cónyuge, era compartida. Ahora bien, que esa legitimación posesoria no se corresponda con titularidad alguna no significa que carezca de fundamento:

“legitimación o *ius possidendi* legal, que se liga al originario carácter familiar de la vivienda sobre la que se ostenta, deriva de su anterior condición de cónyuge del titular y precisa de un título que la justifique: el acuerdo de voluntades entre los cónyuges aprobado judicialmente, que se inscribe en el marco más general del convenio regulador (art. 90 CC) o —en defecto de tal acuerdo o de su aprobación judicial— de la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio (arts. 91 y 96 CC)”<sup>46</sup>.

Ese carácter legal de la legitimación posesoria del cónyuge no titular conlleva —según ESPIAU— que su existencia, contenido y extensión se establezcan *per relationem* —a partir y en función de la titularidad de su consorte—. De ahí que la posesión se ejercite en el mismo concepto posesorio correspondiente a dicha titularidad<sup>47</sup>. Es más, la

---

<sup>45</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss.; en “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 97, el autor vuelve a incidir en esta idea de que no se atribuye “la titularidad —o alguna titularidad— sobre la vivienda”.

<sup>46</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>47</sup> Para PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, pp. 116-117, no hay derecho alguno, sino ejercicio de un derecho: el art. 96 CC se refiere al simple uso, que no al derecho, de ahí que lo que se confiera sea “la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular”, por eso —dice— la regulación prescinde, a la hora de atribuir el uso, del título en virtud del cual se posea o se esté legitimado para poseer e incluso si existe o no tal título. Por su parte, LEGERÉN MOLINA, A., “Co-

subsistencia de esa posesión depende de la de la titularidad; por ello existe un mecanismo de defensa de la posesión de origen legal que no es otra que la establecida en el art. 96.IV CC.

Respecto a la posibilidad de oponer la situación posesoria creada frente a terceros que ostenten un derecho patrimonial, se presenta un problema en relación con la legitimación posesoria: surge un conflicto entre el tercero —titular de un derecho de contenido posesorio que recae sobre la vivienda familiar— y el cónyuge al cual se ha conferido su uso —que no ostenta ninguna titularidad sobre la vivienda—. Al respecto, distingue ESPIAU tres posibles escenarios<sup>48</sup>:

El primero, que ese tercero sea el propietario de la vivienda, que hubiese conferido, al cónyuge titular, un derecho sobre la misma. En esta situación, a la oponibilidad del derecho del que era titular uno de los cónyuges, se suma, tras la atribución, la oponibilidad de la legitimación posesoria del otro cónyuge. Extinguido el derecho del cónyuge titular, se extingue, igualmente, la posesión de su consorte —beneficiario del uso de la vivienda—, en virtud de la aplicación del criterio de la primacía de la titularidad sobre la mera posesión.

El segundo escenario, que el tercero sea un adquirente de la titularidad ostentada por el cónyuge excluido del uso de la vivienda. En atención al carácter *per relationem* de la atribución, cabría pensar que cuando la cuestión de la oponibilidad se plantea como consecuencia de la pérdida o extinción de la condición de titular del cónyuge que lo sea y de su correlativa adquisición por un tercero, dicha legitimación posesoria del cónyuge beneficiario no titular se subordina a la titularidad de aquel tercero<sup>49</sup>. Sin embargo, resoluciones como la STC de 31 de octubre de 1986, apuestan por la idea de que el “interés familiar” prevalece ante el interés patrimonial de un tercero, cuestión esta cuestionada por ESPIAU ESPIAU, quien considera que ese criterio del “interés familiar” constituye el criterio que orienta las relaciones entre los miembros de la familia, no pudiendo, por ello, actuar como fundamento de la oponibilidad frente a un tercero. A esta cuestión se destina el art. 96.IV CC.

La tercera posibilidad apuntada sería que el tercero fuera el titular de un derecho de

---

mentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, en *CCJC*, núm. 92, 2013, p. 532, considera que esa atribución convierte al no titular en poseedor exclusivo y excluyente, aun cuando su posesión no sea en concepto de dueño, esté mediatizada por la protección a que responde y su legitimación sea *per relationem*, razón por la cual goza de los medios necesarios para defender su estado posesorio, incluso frente al titular dominical.

<sup>48</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, op. cit., pp. 254 y ss.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pp. 242 y ss.

uso sobre la vivienda constituido por el cónyuge titular con posterioridad a la atribución del uso de la misma al cónyuge beneficiario. En este caso, la legitimación posesoria del cónyuge no titular prevalece sobre la titularidad del tercero siempre que la adquisición de este no conlleve extinción ni modificación de la titularidad del cónyuge no beneficiario: mientras esta se mantenga, subsiste el *ius possidendi* del cónyuge no titular. Incluso aunque lo que se constituya sea un derecho real, considera el autor la preferencia del *ius possidendi* del cónyuge no titular sobre el que le corresponde al tercero adquirente y ello no porque la constitución del derecho en favor de tercero se haya realizado prescindiendo del consentimiento del cónyuge no titular —pues no hay disposición de la vivienda como tal— sino porque subsiste la titularidad del cónyuge no beneficiario, que es la que le sirve de fundamento.

También para CORTADA CORTIJO la atribución del uso “se traduce en la cesación de la situación posesoria compartida existente constante matrimonio: el cónyuge a quien no se atribuye su uso se ve privado de las facultades posesorias que ostentaba y, correlativamente, el beneficiario del mismo se convierte en poseedor único y exclusivo de la vivienda familiar de la que era coposeedor”<sup>50</sup>.

Comentando la STS de 4 de diciembre de 2000, considera que lo que se otorga con la atribución es una legitimación posesoria excluyente sobre la vivienda familiar. En el caso de la sentencia que comenta —vivienda en proindiviso—, ha de diferenciarse: por un lado, la cuota de cada uno —y que cada uno, en principio, goza y dispone libre e individualmente— (*cf.* art. 399 CC); y, por otro lado, el derecho común a gozar o disponer de la cosa en común (*cf.* art. 394 CC). Es esto último lo que, tras la atribución del uso de la vivienda, ve limitado uno de los cónyuges —a su vez, copropietario—, pero no su cuota, cuya titularidad permanece en él íntegra, aunque, naturalmente, su ejercicio pueda quedar limitado. La privación de la posesión se refiere solo a la posesión inmediata, pero sigue conservando el *ius possidendi*: sigue siendo poseedor mediato porque conserva un señorío directo sobre la cosa en tanto que sigue sujeta a la acción de su voluntad (art. 348 CC).

Dicho lo anterior, es evidente que el cónyuge no titular de la vivienda familiar que resulta ser beneficiario del uso de la misma es un poseedor legítimo que puede hacer valer su condición —defendiéndose de perturbaciones y despojos— haciendo uso de los medios legales de defensa de la posesión —utilizados en cualquier otro supuesto ordina-

---

<sup>50</sup> CORTADA CORTIJO, N., *op. cit.*, pp. 617-619.

rio— tanto frente a terceros como frente al mismo titular<sup>51</sup>, además de los que pone a su disposición el art. 96.IV CC. Ahora bien: ¿con qué título? se pregunta DÍEZ-PICAZO, quien mantiene que, si bien existe una titularidad de uso de una cosa ajena, judicialmente constituida, reconoce que la naturaleza de este derecho se presenta confusa<sup>52</sup>.

No se puede defender, simplemente, que el beneficiario es un poseedor legítimo y negar que sea titular de ningún tipo de derecho, pues “desde el momento en que la sentencia le faculta para residir en la vivienda familiar (...) y puede hacer valer tal facultad ante los tribunales, es preciso admitir que ostenta un verdadero derecho”<sup>53</sup>; un derecho distinto del que se tenía durante la normalidad matrimonial, cuando existía la obligación de vivir juntos<sup>54</sup>.

En definitiva, frente a la tesis de esta corriente doctrinal —encabezada por ROCA TRÍAS—, que considera que la *ratio legis* de los arts. 1320 y 96 CC es la misma —la protección del interés superior de la familia—, cabe decir que no es comparable el art. 1320 CC con el art. 96 CC: en aquel había cónyuge, con su derecho, que vivía con el no titular y que, por ello, en su interés, protegía aquel derecho suyo a la vivienda. Pero en el art. 96 CC, ¿por qué va a defender aquel cónyuge su derecho si ya no vive con el cónyuge no titular usuario de la vivienda? Admitir, que, tras la ruptura matrimonial, haya solo uso como mero hecho posesorio, sin derecho, no sería proteger íntegramente a la familia. Para ello, hay que reconocer, no solo el *ius possessionis*, sino sustentarlo en un previo *ius possidendi* del propio cónyuge beneficiario.

En primer lugar, de no ser así, la posible protección contra terceros solo cabría en caso de existir conflicto posesorio, pero, ¿y si el derecho del tercero no implica posesión de la vivienda (*v. gr.* una hipoteca)?

En segundo lugar, si es solo posesión ¿cómo se explica que pueda tener acceso al Registro de la Propiedad? Lejos queda cuando la posesión era inscribible; hoy, no lo es (*cfr.* art. 5 LH).

---

<sup>51</sup> SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 23 y ss.

<sup>52</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 32-33, acaba reconociendo la existencia de una situación jurídica original.

<sup>53</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*

<sup>54</sup> RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2063, al defender que se trata de un derecho especial distinto del que tenía el cónyuge vigente el matrimonio, considera inexacta, en un sentido estrictamente jurídico, la expresión del art. 103 CC “*continuar el uso de la vivienda familiar*”. Asimismo, para BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, en *RCDI*, núm. 734, 2012, p. 3464, el derecho de ocupación concedido al cónyuge no titular no existe durante la normalidad matrimonial.

## II. Corrientes doctrinales

Lo que ningún sector de la doctrina parece, pues, poner en tela de juicio es que el cónyuge no titular de la vivienda al que se atribuye el uso de la vivienda familiar es un poseedor legítimo de la misma, con carácter exclusivo y dotado de los medios de defensa típicos de la posesión.

Gozando, pues, el cónyuge no titular del *ius possessionis* sobre la vivienda familiar, lo que nosotros hemos defendido en el epígrafe anterior *in fine*, es que esa titularidad no se agota en ese *ius possessionis*, sino que el mismo no es más que el reflejo o apariencia externa de algo más que es lo que legitima esa posesión<sup>55</sup>.

Más allá de la posición tratada en el anterior epígrafe, defensora de una mera concentración de la posesión, entre los autores que sí defienden la existencia de un derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC, y que se preocupan por precisar la naturaleza jurídica del mismo, podemos diferenciar varias corrientes: aquella que estima que con la atribución se origina un derecho *sui generis* y la de aquellos que recurren a las categorías típicas de derecho, diferenciándose, a su vez, entre quienes abogan por el derecho personal y quienes lo hacen por el real. De un tiempo a esta parte, además, se alude, también, a que nos encontramos ante un derecho familiar, sin más. No obstante, no dejan de existir autores que, simplemente, se centran en rebatir que el uso atribuido sea un derecho de naturaleza real, sin aportar cuál podría ser la solución<sup>56</sup>.

Una variedad de posturas, a la hora de definir la naturaleza jurídica del derecho de uso, que tiene su reflejo en diversas resoluciones en las que no se llega a concretar la naturaleza jurídica, vislumbrándose la indecisión del órgano respecto a la calificación del derecho de uso como personal o como real. Apuntamos, en este sentido, entre otras: la STS 715/1994 de 14 de julio que, refiriéndose a este derecho de uso del art. 96 CC, afirma “*cuya naturaleza en la pugna de personal o real (...)*”; la RDGRN 31 de marzo de 1995, en la que al final de la misma se dice que “*tampoco es seguro que tal derecho*

---

<sup>55</sup> Vid. ISAC AGUILAR, A., “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal”, en *RCDI*, núm. 577, 1986, p. 1730 y LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, Civitas, Madrid, 1982, p. 358, para quien el cónyuge no titular beneficiario del uso tiene la cualidad de poseedor especial con título legítimo, pese a que lo considera titular, además, de un derecho real de habitación.

<sup>56</sup> Entre estos últimos autores que rebaten la naturaleza real: PÉREZ VEGA, A., “Atribución del derecho de uso del domicilio conyugal al cónyuge no titular: comentario STS 4 de abril de 1997”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 2, 1998, p. 689; ALONSO SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia: especial consideración del desahucio por precario”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010, pp. 94-118.



de uso se haya configurado como un verdadero derecho real, y no como un derecho personal establecido como contrapartida de la obligación del padre de tener a los hijos menores en su compañía”; o la RDGRN de 19 de septiembre de 2007 que, antes de manifestar la necesidad de protección registral, señala al derecho de uso como “*de naturaleza, personal o real, discutida*”.

Esta indecisión ha tenido su reflejo en las vacilaciones que ha experimentado la jurisprudencia, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Supremo, entre otras, en la STS 859/2009 de 14 de enero de 2010: “*La jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo*” y la DGRN, entre cuyas resoluciones cabe citar la reciente de 5 de septiembre de 2016:

*“La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge o progenitor resulta discutida en la doctrina. Las diferentes posturas lo han calificado como un mero derecho personal, un auténtico derecho real oponible erga omnes o como un derecho sui generis con marcado carácter familiar o asistencial”.*

## 1. Derecho *sui generis*

A la hora de tratar la atribución del uso de la vivienda familiar y, concretamente, a la hora de abordar su naturaleza jurídica, una de las corrientes existentes alude a la existencia de un derecho *sui generis*<sup>57</sup>, un “derecho peculiar” o, sencillamente, se limita a negar —justificándolo o no— que estemos ante una de las categorías civiles típicas. Los

---

<sup>57</sup> Vid. MARTÍN MUÑOZ, A., “El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 44, 2009, p. 75. Concluye que a través de esta naturaleza jurídica *sui generis* tanto la doctrina como la jurisprudencia intentan conciliar necesidades sociales y familiares nuevas con derechos y obligaciones clásicos, la discrecionalidad legalmente reconocida a los órganos judiciales para la protección de los intereses familiares más vulnerables y la seguridad del tráfico jurídico garantizada con los rígidos principios del Derecho hipotecario. Argumento, cuanto menos, discutible, atendiendo a que no se trata de una necesidad familiar nueva ni, mucho menos, que a través de un derecho de naturaleza *sui generis*, sin mayor concreción, se pueda garantizar la seguridad del tráfico.

Asimismo, cabe citar, en esta corriente, además de a los que nos referiremos en el texto principal, a: HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 321, para quien “la existencia de una situación jurídica nueva —el mantenimiento del derecho a la vivienda— puede explicarse sin recurrir a una categoría civil típica ya existente”; COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 44-45, quien, partiendo de la base de que la atribución del derecho de uso no da más derechos que el de uso al beneficiario, considera que estamos en presencia de una situación jurídica *sui generis*; o COBACHO GÓMEZ, J. A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”, en *Anales de derecho*, núm. 8, 1985, pp. 141-154.

argumentos son de lo más variados, pero no llegan a tener un peso suficiente como para evitar que sean contradichos.

Si acudimos a la jurisprudencia, entre las resoluciones que, en *obiter dicta*, han negado el carácter real del derecho de uso, cabe citar: la STS 278/1997 de 4 de abril que, tras negar que se trate de un derecho real de usufructo, considera que estamos ante un “*derecho de ocupación, que es oponible a terceros (S 11 diciembre 1992) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real*”; la STS 52/1998 de 23 de enero, en la que se considera que “*en ningún caso, cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna escasa sentencia de esta Sala ha apreciado a la atribución alguna forma de derecho real*”; o la STS 1187/2003 de 10 de diciembre que, aun no refiriéndose directamente al derecho de uso de la vivienda familiar, sino que trata sobre una rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales por causa de lesión en más de la cuarta parte, al referirse a la vivienda familiar afirma:

*“el hecho de que se hubiera adjudicado la ocupación de la misma al marido para servirle de vivienda con los hijos del matrimonio, conforme autoriza el artículo 90-B) del Código Civil, no significa instauración de derecho real de usufructo (...), sino de un derecho de ocupación oponible a terceros”*<sup>58</sup>.

Por su parte, entre la doctrina que se ha decantado, expresamente, por un derecho *sui generis* cabe destacar a DÍEZ-PICAZO. El autor, para quien la naturaleza del derecho de uso se presenta confusa, parte del carácter gratuito de la concesión del uso de la vivienda. De ahí que estime que, si tuviésemos que reconducir esta figura a alguna de las instituciones civiles típicas, habría que buscarle analogía con el derecho real de habitación o con la relación obligatoria de comodato. Sin embargo, ninguna de ambas soluciones la cree satisfactoria, razón por la que defiende que “*nos hallamos en presencia de una situación jurídica original*”<sup>59</sup>.

TAMAYO CARMONA<sup>60</sup>, apuntó que la tesis más adecuada —o menos controvertida— es la de la creación de un derecho atípico, que reúna todas las características que la ley atribuye al derecho de uso de la vivienda familiar, “*prescindiendo en cierta medida de la*

---

<sup>58</sup> Entre la jurisprudencia que, simplemente, niega la naturaleza real sin que concrete la misma, podemos citar, además de la referida en el texto principal, las SSTS 366/1994 de 29 de abril o 1199/1994 de 31 de diciembre.

<sup>59</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 29-36; COBACHO GÓMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 150, en aquellos supuestos en que la vivienda es propiedad del cónyuge que no tiene su uso, suscribe, y hace suyo, lo dicho por DÍEZ-PICAZO.

<sup>60</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 112-113.

rigidez dogmática que en ocasiones se predica de las categorías jurídicas, y que lleva a explicar parcialmente su funcionamiento”. Se refiere, así, a un derecho *ex lege* de constitución judicial —que parte de la existencia de un título en virtud del cual los cónyuges venían ocupando la vivienda—, de naturaleza *sui generis* de perfiles heterogéneos y que presenta tanto características propias de los derechos reales como de los derechos obligacionales, “sin que pueda reconducirse en todo a ninguna de ellas”. Como caracteres propios de los derechos obligacionales menciona el carácter asistencial, su temporalidad o provisionalidad —supeditado a las circunstancias personales de su titular— y la falta de previsión expresa de la posibilidad de ser inscrito en el Registro de la Propiedad de forma autónoma. Como caracteres propiamente reales, menciona su oponibilidad frente a terceros —reconocida por los tribunales—, sin necesidad de que conste en el Registro de la Propiedad.

En unos términos muy parecidos se ha pronunciado CERVILLA GARZÓN, quien llegó a calificar la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar como híbrido *sui generis*, admitiendo que no es posible encajar este derecho dentro de la categoría de derecho real o de derecho personal, en tanto que participa de caracteres de una y otra categoría, acercándose quizás más al derecho real —debido a su oponibilidad *erga omnes* y a su inscribibilidad en el Registro—<sup>61</sup>. No obstante lo anterior, recientemente, se ha producido un giro en su posicionamiento que la lleva a defender que nos encontramos ante un derecho personal, lo cual justifica en la ausencia de referencia alguna del legislador al carácter real del derecho, así como en la inutilidad del párrafo cuarto del art. 96 CC de considerarse el derecho como real<sup>62</sup>.

Pese a todo lo anterior, lo cierto es que, como reconoce el propio ELORRIAGA DE BONIS tras defender que se trata de un derecho atípico, tal configuración “no aclara en mucho la reglamentación aplicable al caso”<sup>63</sup>.

## 2. Derecho típico

### 2.1 Derecho personal

En efecto, no son pocos los autores que han defendido que nos encontramos ante un

---

<sup>61</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>62</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

<sup>63</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F., *op. cit.*, p. 516.

derecho personal<sup>64</sup>. A ello, en muchas ocasiones, se ha llegado con los mismos argumentos utilizados por parte de la doctrina ya tratada, encaminados a justificar la imposibilidad de reconocerlo como derecho real.

LUCINI CASALES defiende, aun sin excesiva convicción, la naturaleza personal del derecho que se atribuye al cónyuge que no es titular privativo de la vivienda<sup>65</sup>. Se apoya, para ello, en el sustrato personalísimo de la relación matrimonial que considera que se extrae de los párrafos segundo y tercero del art. 96 CC, así como en que sería más incompatible con la estructura —más estable— de un derecho real.

Para MURCIA QUINTANA el derecho del cónyuge no titular —que considera incardinado dentro de la contribución a las cargas de la familia— es de carácter “fundamentalmente personal e intransferible”<sup>66</sup>. La situación familiar resultante la considera protegible, tanto por los medios de defensa posesorios, como por los que el ordenamiento, en sede de crisis matrimonial, ha puesto al alcance del cónyuge no titular, para la protección de su derecho.

Ahora bien, tanto uno como otro, pese a defender la naturaleza personal, no dejan de reconocer que el referido derecho tiene rasgos de derecho real. Así, LUCINI reconoce que se trata de un derecho que funciona como una limitación del dominio y que puede obtener la eficacia *erga omnes* —característica de los derechos reales— a través de su publicidad registral. Asimismo, MURCIA defiende la inoponibilidad al cónyuge no titular del acto dispositivo llevado a efecto sin su asentimiento, reconociendo, con ello, que no es un puro derecho personal, sino “un derecho que, sin perder este carácter principal,

---

<sup>64</sup> Cabe citar, en esta corriente, además de a los que nos referiremos en el texto principal, a: GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 81 y ss., quien considera que el derecho de ocupación que se crea *ex lege* podría calificarse como un atípico derecho de habitación de carácter personal o de crédito, cuya mínima protección legal podría reforzarse si se hiciera constar, de alguna manera, en el Registro de la Propiedad; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley, 1998, pp. 47 y ss., quien lo considera como un derecho personal —derivado de la relación personal— consistente en excluir a uno de los cónyuges, sin que al beneficiario se le dé nada que no tuviera (arts. 430, 432, 446 y 449 CC); ROJO ALONSO DE CASO, J. C., “La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: procedimiento de liquidación y criterios de división”, en *AC*, núm. 3, 1996, pp. 759-774; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., “Atribución de uso de la vivienda familiar y «*actio communi dividundo*»”, en *AC*, núm. 5, 1994, p. 81; o CERVILLA GARZÓN, M. D., “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

<sup>65</sup> *Vid.* LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado: especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, en *RCDI*, núm. 596, 1990, pp. 100-101, quien demuestra esa falta de convicción en la siguiente afirmación: “constituye un vano intento el esfuerzo de asimilar o identificar este derecho con cualquiera de los moldes típicos tradicionales utilizados por los autores; ello no es obstáculo para aceptar su tipicidad, por el mero hecho de haber obtenido su consagración normativa”.

<sup>66</sup> MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 251.

sí tiene algún rasgo de los derechos reales”. La relevancia y publicidad de este derecho en el tráfico jurídico —defiende— se obtiene a través de la posesión que tiene el cónyuge no titular de la vivienda familiar.

Por su parte, GARCÍA-VALDECASAS, más allá de la posibilidad —que descarta— de considerar la existencia de una limitación dominical<sup>67</sup>, considera que el uso del art. 96 CC no es real ni tiene acceso al Registro de la Propiedad, “en cuanto es un simple acuerdo entre cónyuges o una decisión judicial que suple la falta de acuerdo”. No obstante, ello —añade— no obsta a que existan motivos suficientes, desde un punto de vista legal, para que el cónyuge titular respete el derecho de uso —sólo como derecho personal— atribuido al otro cónyuge. Uno de estos motivos es que, en caso de incumplimiento (*v. gr.* vendiendo la vivienda a un tercero sin autorización del cónyuge titular del uso), quedaría sujeto a la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 1101 CC. Esta indemnización, además, la considera como fácilmente determinable y exigible a través de cumplimientos forzosos en forma específica: arrendamiento de vivienda de similares características a cargo del incumplidor, equivalente en dinero, etc.

Es MARTÍN MELÉNDEZ quien profundiza un poco más a la hora de ofrecer su visión sobre la naturaleza del uso de la vivienda familiar, para lo que —señala— hay que partir de su origen y fundamento<sup>68</sup>. Considera que el fundamento de la medida no es otro que “el mantenimiento de un efecto del matrimonio más allá de éste”, razón por la que esa situación anterior influirá en la naturaleza de la relación que la sentencia crea a favor del no titular tras la separación, nulidad o divorcio. Y durante la fase anterior —de normalidad matrimonial—, ¿cuál es la naturaleza del derecho del no titular a continuar residiendo en la vivienda familiar mientras lo siga siendo? Considera MARTÍN MELÉNDEZ que, sin ningún género de dudas, estamos ante un derecho personal de carácter personalísimo —por derivar de una relación con ese mismo carácter—<sup>69</sup>. El no titular no es

---

<sup>67</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss., considera que “si el uso fuese atribuido directamente por la ley, teniendo la configuración de limitación dominical (a modo de prohibición de disponer para el titular), podría realmente haber oposición *erga omnes*”. Configuración, sin embargo, que rechaza con el argumento de que su efectividad estaría limitada a los casos en que el inmueble fuera propiedad de alguno de los cónyuges, discriminándose, así, de forma injustificada, a las familias en las que los cónyuges no sean propietarios (arrendamiento, comodato...). Añade, además, que esa publicidad legal de la limitación sería relativa para terceros, ya que la base de la misma —la nulidad, separación o divorcio unido a la atribución del uso— habría de ser investigada por ellos.

<sup>68</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*

<sup>69</sup> En cambio, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, en *AC*, núm. 19, 1986, pp. 1333 y ss., considera que, en situación de normalidad matrimonial, no se puede hablar de un derecho de ocupación con propia autonomía, sino que se integra dentro del más amplio concepto del derecho-deber de la convivencia conyugal; considera que el derecho de ocupación se constituye únicamente por resolución judicial.

simple tenedor o precarista, pero tampoco es titular de un derecho real.

Para calificar de personal el derecho durante la estabilidad matrimonial, parte de la obligación de vivir juntos que se deriva del matrimonio (art. 68 CC) —convivencia conjunta que se presume en el art. 70 CC—. De ahí que si la vivienda es titularidad de uno de los cónyuges, este tiene la obligación de permitir al otro cónyuge residir en la misma junto a él. Con esto lo que quiere decir es que el ordenamiento le atribuye al no titular el derecho a exigir una determinada prestación de su cónyuge —que le permita vivir en el domicilio familiar junto a él—, pero ello no supone ningún tipo de derecho real, sino un derecho de crédito o de naturaleza personal. No tendría sentido —dice— atribuirle al no titular un derecho real cuando su derecho deriva de la obligación del titular.

Eso sí —considera la autora—, que el derecho siga teniendo la misma naturaleza que tenía durante la fase de normalidad matrimonial —naturaleza personal—, no lleva consigo que el derecho que se atribuya al no titular sea el mismo que tenía anteriormente. Es, pese a lo dicho, un derecho nuevo. La situación de los cónyuges es diferente y ello se va a manifestar en el propio derecho, tanto en su fundamento, como en su contenido que, si bien se conserva en lo esencial —continuación del uso del no titular en la vivienda—, puede sufrir posibles diferencias relativas a su carácter habitual, a su objeto o a los fines a los que se destina, lo cual será objeto de estudio más adelante.

## 2.2 Derecho real

Las primeras sentencias del Tribunal Supremo que se pronunciaron sobre aspectos atinentes al derecho de uso de la vivienda familiar, lo hicieron en el sentido de considerar el referido derecho como de naturaleza real. En la STS 1149/1992 de 11 de diciembre, aunque no se califica expresamente la naturaleza del derecho, los efectos o consecuencias que, según el Tribunal, derivan del derecho, parecen acercarlo más a un derecho real que a un derecho de cualquier otra índole<sup>70</sup>. Incluso a la hora de configurar el

---

<sup>70</sup> STS 1149/1992 de 11 de diciembre: “no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral (...)”.

uso llega a considerar que se trata de “*una carga que pesa sobre el inmueble*”: derecho real, pues, subrayando su vertiente pasiva o limitativa del dominio<sup>71</sup>.

Ya la STS de 20 de mayo de 1993 lo catalogó como un “*derecho de uso y habitación, derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración*”. Esta apuesta por el derecho real se ha repetido posteriormente en algunas otras resoluciones, como en la STS 905/1994 de 18 de octubre:

*“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 artículo 96, párrafo último del Código Civil”.*

La STS 1234/2004 de 14 de diciembre, por su parte, considera que “*la jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un «ius ad rem», con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles*”.

Por su parte, respecto a la DGRN, téngase en cuenta que solo los derechos reales —o los personales cuya inscribibilidad expresamente permita la ley— pueden acceder al Registro de la Propiedad, por lo que es cometido del Registrador calificar la trascendencia real de los negocios que, documentados públicamente, se pretenden inscribir en el Registro de la Propiedad. De ahí que, aunque tímidamente, sí que en algunos de sus pronunciamientos ha parecido posicionarse, de forma indirecta, sobre este particular. Así ocurre, entre otras, en la RDGRN de 29 de julio de 1999<sup>72</sup>:

*“en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90-B del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especi-*

---

<sup>71</sup> Vid. MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 231, quien señala que, aunque pudiera parecer que la sentencia lo considera como un derecho real, no es clara la sentencia a la hora de determinar si el derecho es oponible *per se* o si solo es oponible cuando se encuentre inscrito —dado que en la sentencia se hace alusión a la DA 9ª de la Ley 30/1981—. Disposición Adicional Novena de la Ley 30/1981, en virtud de la cual “A petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio”, y que fue derogada por el número 2.10 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>72</sup> La referida resolución trae causa de un recurso en el que se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar que, con ocasión de un convenio regulador aprobado judicialmente en la sentencia de separación conyugal, realiza uno de los cónyuges a favor de sus hijos (uno nacido y el otro concebido y no nacido).

*ficaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce”.*

Como se observa, aun de pasada —pues no es la *ratio decidendi* sobre la que versa la resolución— dice que la forma habitual de atribución del uso de la vivienda familiar es a través de un derecho real de goce.

Existe, por otra parte, una amplia corriente doctrinal que defiende que con la atribución del uso de la vivienda familiar se crea un verdadero derecho real<sup>73</sup>. Dicha corriente tuvo un especial peso y consideración años atrás, antes de que el Alto Tribunal aclarase —o, más bien, se decantase— por considerar que estábamos ante un derecho familiar, sin más. Aun considerándolo como real, cabría preguntarse, ¿qué tipo de derecho real? Como veremos, descartado que estemos ante un derecho real de usufructo<sup>74</sup>, básicamen-

---

<sup>73</sup> Vid. PRETEL SERRANO, J. J., “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 54; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 1992, p. 129; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Anales VII (2004-2005): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.), Grupo Difusión, Barcelona, 2005, p. 32; LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 358; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 102; ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, pp. 1721-1734; LUQUE JIMÉNEZ, M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2012, pp. 119 y ss.; JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992 [LA LEY 5273/2001]; ROBLEDO VILLAR, A., “La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1994”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1995 [LA LEY 12256/2001]; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar: problemas civiles y registrales, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso internacional de Derecho de familia*” (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C., DONADO VARA, A., MORETÓN SANZ, M., y YÁÑEZ VIVERO, F.), IDADFE, Madrid, 2005, p. 104; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, pp. 1583-1626; RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2068; LÓPEZ LIZ, J., *Bienes inmuebles y sociedad conyugal: adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 268 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pp. 23 y ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, 2004, pp. 343-360; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3502; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss. y “La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, pp. 175-210; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 408.

<sup>74</sup> Sin perjuicio de que sobre ello volvamos más adelante, *vid.*, entre otros, HERRERO GONZÁLEZ, R., “El Impuesto de Bienes Inmuebles: su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de



te se ha apostado por el derecho real de uso y por el derecho real de habitación.

Entre los primeros, es decir, entre quienes defienden que lo que se genera es un derecho real de uso, cabe destacar a GÓMEZ GÁLLIGO, quien considera que “este artículo 96 CC recoge una atribución de un propio derecho real inscribible, análogo al derecho real de uso regulado en el CC pero de origen legal o forzoso”<sup>75</sup>.

Más numerosos son los que han propugnado que el uso atribuido sobre la vivienda familiar es un derecho real de habitación<sup>76</sup>. Es el caso de LUNA SERRANO, quien, pese a reconocer que este derecho es de difícil calificación jurídica, admite que podría considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio; o de LUQUE JIMÉNEZ, quien considera que “no es justificable ni riguroso jurídicamente crear una denominación distinta (...), pues se trata de un derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa otorgándole una eficacia general en relación con los terceros” y añade que se debería considerar como una variante del derecho de habitación o como un derecho real autónomo de constitución judicial<sup>77</sup>.

No obstante, no faltan quienes, acudiendo al principio *numerus apertus* en la constitución de los derechos reales, apuestan por un derecho real *sui generis* o atípico, donde el contenido del derecho real vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial. Se refiere a esto último ROBLEDOS VILLAR quien, tras defender que nos encontramos ante un derecho real atípico, en tanto que “no se ajusta exactamente a los parámetros exigidos en esta calificación jurídica, que requiere una afectación de los derechos dominicales”, mantiene que la redacción y el contenido de la sentencia será determinante a la hora de establecer la protección pretendida<sup>78</sup>.

---

vivienda a uno de los cónyuges”, en *Diario La Ley*, núm. 7374, 2010 [LA LEY 1601/2010], quien aclara que ninguna de las características del derecho de usufructo se da en el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges: el uso no se constituye por ley ni por voluntad de las partes —sino por decisión judicial—, el inventario no lo hace el cónyuge que se queda —sino el que sale—, el cónyuge usuario no presta fianza alguna y, por último, el cónyuge usuario no puede enajenar ni arrendar la vivienda asignada.

<sup>75</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 129. En cambio, para VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 32, se trata de un derecho real pero no asimilable al derecho de uso en general pues, por ejemplo, no es posible que el usuario se convierta en arrendador.

<sup>76</sup> *Vid.* LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 358; LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil IV...*, *op. cit.*, p. 102; ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, pp. 1721-1734; o PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54, para quien, siendo la vivienda propiedad del cónyuge no titular —o perteneciendo en proindiviso a los cónyuges—, no parece que exista inconveniente para hablar de derecho real —de habitación—.

<sup>77</sup> LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>78</sup> *Vid.* ROBLEDOS VILLAR, A., *op. cit.*. En el mismo sentido, JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., *op. cit.* Entre quienes defienden la existencia de un derecho real *sui generis*, podríamos, quizás, encuadrar a MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., “La atribución del uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 104, pues, si bien alude a la necesidad de configurar el derecho de uso de la vivienda como un verdadero derecho real in-

Dentro de la doctrina que aboga por la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar, parte de los autores consideran que es necesario hacer una distinción entre aquellos supuestos en que la titularidad del cónyuge no beneficiario del uso sobre la vivienda es real, de aquellos otros en los que no es así, de forma tal que sólo cabría la constitución de derecho real en el primero de los supuestos<sup>79</sup>.

Entre este grupo de autores destaca O'CALLAGHAN<sup>80</sup>, quien, tan solo unos años después de la entrada en vigor del actual art. 96 CC, fue uno de los propulsores de esta tesis. Considera que la naturaleza del derecho de ocupación de la vivienda familiar dependerá en cada caso de cuál sea la titularidad —si es que la hay— que alguno de los cónyuges —o ambos— ostente sobre la vivienda.

En el caso de que la titularidad que se ostente sobre la vivienda, desde antes de la crisis matrimonial, fuese real (propiedad, condominio, usufructo, uso o habitación), la naturaleza del derecho de ocupación será real. Concretamente, estima que nos encontraríamos ante un derecho real limitado, aunque autónomo, pues considera que, a pesar de guardar analogía con el derecho de habitación, no es tal, pues este último se limita a las piezas esenciales para vivienda.

Solo de forma parcial comparte RAMS ALBESA la propuesta anterior<sup>81</sup>. Entiende que la defensa de O'CALLAGHAN es apropiada para el supuesto contemplado en el art. 96.I CC, separándose de él únicamente en el sentido de considerar que el derecho real que se atribuye al cónyuge beneficiario es un derecho real de uso —no *sui generis*, como propugna O'CALLAGHAN—. En cambio, con relación al tercer párrafo del art. 96 CC, la concepción de RAMS ALBESA se separa totalmente de la de O'CALLAGHAN, al defender que en estos supuestos la naturaleza de la atribución es obligacional “con causa *per relationem* estrictamente personal e intransferible, que da derecho a la ocupación temporal de la vivienda conservando su actual destinación”, consecuencia de lo cual propugna que su régimen ha de englobarse en el conjunto de la regulación de la pensión compensatoria.

Más reciente en el tiempo se ha pronunciado PERTÍÑEZ VÍLCHEZ<sup>82</sup>, para quien única-

---

mobiliario, en cuanto que “modifica alguna de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales”, no opta por encuadrarlo en ninguno de los derechos tipificados.

<sup>79</sup> Cabe destacar, además de a los que hacemos referencia en el texto principal a: RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2068; LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 268 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pp. 23 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3502.

<sup>80</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss. y *La vivienda familiar durante...*, *op. cit.*, pp. 175-210.

<sup>81</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

<sup>82</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, pp. 343-360.

mente cuando el matrimonio, o el cónyuge no beneficiario, fuese propietario de la vivienda, se puede afirmar que el derecho del cónyuge beneficiario es un derecho constituido *ex novo*, limitativo del dominio del cónyuge titular, oponible a terceros adquirentes e inscribible en el Registro de la Propiedad; en definitiva, un derecho real, aunque expresamente no lo diga.

Algo distinta es la apreciación al respecto de CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE<sup>83</sup>. Considera que, con la genérica referencia al uso que se hace en el art. 96 CC, lo que se ha tratado de conseguir es que el cónyuge beneficiario tenga la facultad de uso en todo caso, atendiendo al derecho que ostente sobre la vivienda el cónyuge titular de ella —y que se verá privado de la facultad de uso—.

Su encuadre, por nuestra parte, en esta corriente, se debe, básicamente, a que entre las posibilidades que contempla se encuentra la de que el uso se atribuya a través de un derecho real. Sin embargo, se distancia de esa naturaleza dinámica a la que venimos refiriéndonos. No considera que si el titular tiene un derecho real sobre la vivienda, la atribución del uso se canalice a través de un derecho de igual tipo —real—. No es partidario de que la capacidad que se pretende conceder al cónyuge beneficiario del uso se pueda sintetizar, *a priori*, en un derecho determinado. Estima que “habrá de dejarse a las partes, o al juez, la facultad de configurar en cada caso concreto el derecho que faculte para ese uso”, debiendo atenderse, en cualquier caso, a los caracteres propios de ese uso, tales como la inalienabilidad, la inembargabilidad del derecho, o su carácter personalísimo.

Lo que sí rechaza de pleno SÁNCHEZ-CAÑETE es la posibilidad de que esa concesión del uso pueda hacerse a través de un arrendamiento o de un derecho real de uso. En el primer caso porque “la falta de toda posible renta desvirtuaría en su totalidad aquel contrato”. En el segundo porque, al referirse solo a inmuebles fructíferos, se aplica únicamente a fincas rústicas y, en algunos supuestos, a edificios y empresas industriales.

### **3. El derecho de uso como derecho familiar**

De un tiempo a esta parte, prácticamente desde principios del siglo XXI —y de forma más acentuada en los últimos años—, se ha producido un giro radical en lo que a la calificación de la naturaleza jurídica del derecho de uso atribuido se refiere. Las últimas

---

<sup>83</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, pp. 1609 y ss.

resoluciones de la DGRN, así como las sentencias del Tribunal Supremo de unificación de doctrina, vienen a coincidir en que no se trata de un derecho real ni personal, ni siquiera patrimonial, sino de un derecho con naturaleza especial; lo califican, así, como “derecho familiar”<sup>84</sup>.

Cabe citar, llegados a este punto, la RDGRN de 20 de febrero de 2004<sup>85</sup>, en la cual se afirma que, aunque el fallo de la sentencia pudiera ser confuso<sup>86</sup>, interpretando el mismo de acuerdo con los fundamentos de la resolución en la que se inserta, puede concluirse que lo que se está atribuyendo es el uso de la vivienda familiar en cuestión. Y en este sentido, considera la DGRN que:

*“el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. artículo 96, último párrafo, del Código Civil)”*.

Naturaleza, esta última, *tertium genus* en palabras de MARTÍN MUÑOZ<sup>87</sup>. Esta misma es la línea que sigue la RDGRN de 14 de mayo de 2009<sup>88</sup>, la cual, al argumento ya señalado —no es un derecho patrimonial, sino familiar—, añade que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales es *“correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. art. 154 C.c.), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial”*.

También un problema en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica es el que

---

<sup>84</sup> Autores como ROCA TRÍAS o ESPIAU ESPIAU, según hemos visto en apartados anteriores, pese a ser defensores de que la atribución lo que conllevaba es una mera concentración de la posesión, aluden al carácter familiar de este derecho a usar la vivienda. En este sentido, ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op cit.*, p. 609, considera “contradictoria la circunstancia de que quien ya estaba ocupando una vivienda en virtud de una relación posesoria de naturaleza eminentemente familiar, pase a ocuparla como titular de un derecho real de goce, cuando el sustrato eminentemente familiar continúa existiendo y es por ello que puede ocupar esta vivienda”.

<sup>85</sup> El Registrador de la Propiedad había considerado infringido el principio de determinación registral (arts. 9 LH y 51 RH) por no precisarse, en la sentencia judicial, la naturaleza del derecho atribuido.

<sup>86</sup> En el fallo de la sentencia lo que se recoge es: *“se concede la vivienda familiar a D<sup>a</sup>. Emilia Zamorano Bonilla”*.

<sup>87</sup> MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 67, quien hace un comentario de la citada resolución.

<sup>88</sup> A favor de resolver este debate doctrinal a través de los argumentos recogidos en esta RDGRN se muestra CARRERAS MARAÑA, J. M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar: especial referencia a las viviendas en arrendamiento: régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda”, en *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 50, 2009, p. 83.

había motivado la RDGRN de 5 de junio de 2008, aunque aquí sí se contempla un problema añadido: el mismo convenio regulador que atribuye a la esposa e hijos el uso del domicilio conyugal, atribuye a la esposa, en las adjudicaciones, el 50% indiviso de la vivienda familiar, así como un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar. Dice la DGRN:

*“se produce un confusionismo que no se compadece con el principio de especialidad, y, sobre todo, con la claridad en la extensión del derecho que se inscribe (cfr. reglas 5ª y 6ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario) que exige la legislación hipotecaria, dada la distinta naturaleza del derecho real de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual”.*

En definitiva, aquí sí se considera necesario que los cónyuges determinen la naturaleza del derecho que se constituye y, en lo que a nosotros interesa en este punto, es evidente que sigue considerando el derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC como un derecho familiar, y para ello utiliza —no vamos a reproducirla de nuevo— la misma justificación que en la resolución de 2004 referida anteriormente.

Esta concepción del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza familiar es la que ha venido imperando prácticamente desde entonces en las resoluciones de la DGRN, llegando hasta nuestros días; nótese que idéntico fundamento se utiliza, por ejemplo, en la reciente RDGRN de 30 de mayo de 2018<sup>89</sup>.

De ello se ha hecho eco también la jurisprudencia más reciente. La STS 859/2009 de 14 de enero de 2010 defiende que:

*“De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar”.*

Esta doctrina casacional es confirmada, días después, por la STS 861/2009 de 18 de enero de 2010 que, tras recordar que la Dirección General de los Registros había considerado que *“el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios”*, niega la naturaleza de derecho real. Y este es el criterio que se ha

---

<sup>89</sup> Esta consideración del derecho de uso de la vivienda familiar como de naturaleza familiar es seguido, entre otras, por las RRDGRN de 20 de febrero de 2004, 5 de junio de 2008, 27 de agosto de 2008, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009, 19 de julio de 2011, 19 de mayo de 2012, 9 de julio de 2013, 2 de junio de 2014, 24 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016, 4 de septiembre de 2017, 27 de diciembre de 2017, 11 de enero de 2018 y 8 de marzo de 2018.

seguido, hasta nuestros días, en las diferentes sentencias en las que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular<sup>90</sup>.

Si bien las SSTS de 14 y 18 de enero de 2010 se refieren a supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges sin contraprestación, la de 8 de octubre de 2010 aclara que esa naturaleza del derecho de uso a la vivienda familiar que se ha reconocido jurisprudencialmente, es aplicable a todos aquellos casos en que tiene lugar la referida atribución<sup>91</sup>.

Observamos cómo ni la DGRN, ni el propio Tribunal Supremo, han ahondado suficientemente en la argumentación de por qué estamos —si es que verdaderamente lo estamos— ante un derecho de naturaleza familiar y no real —que es la otra postura dominante—.

Esta misma línea, centrada en la defensa de una naturaleza familiar del derecho de uso es, a su vez, la que parece seguir parte de la doctrina más reciente, y no tan reciente<sup>92</sup> que, a la hora de abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso, también se limitan a calificarlo como un “derecho familiar”, sin más.

NASARRE AZNAR<sup>93</sup>, a la hora de abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar, se apoya, para su argumentación, en la consideración del uso atribuido como parte de los alimentos (art. 154 CC). Así, defiende que de la atribución del uso son beneficiarios los hijos, y no la esposa. En el supuesto en que el uso se atribuya en virtud de lo dispuesto en el art. 96.III CC —ausencia de hijos—, el fundamento será —según el autor— el componente alimenticio que tiene la pensión compensatoria. Con-

---

<sup>90</sup> Vid., entre otras: SSTS 584/2010 de 8 de octubre, 772/2010 de 22 de noviembre, 78/2012 de 27 de febrero o 65/2018 de 6 de febrero.

<sup>91</sup> STS 584/2010 de 8 de octubre: “Ciertamente, la doctrina resumida ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede”.

<sup>92</sup> Cabe citar, entre los integrantes de esta corriente, además de los que se citarán en el texto principal, a: GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 146 y ss., para quien ese derecho familiar se traduce en una posesión de la vivienda familiar por el adjudicatario del uso del hogar familiar y en una limitación: la indisponibilidad de los derechos de un cónyuge por voluntad unilateral; POVEDA DÍAZ, J., “Derecho al uso de la vivienda familiar”, en *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil* (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.), Grupo Difusión, Barcelona, 2005, p. 127, quien entiende que “es un derecho de familia en el que, con la finalidad de proteger el hogar familiar, se requiere el consentimiento del cónyuge no titular del derecho sobre el que recae para enajenar este último derecho”; MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 63-75; MARTÍN AZCANO, E., “La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 1, 2014 [LA LEY 105/2014]; BELTRÁ CABELLO, C., “Pareja de hecho. Modificación de medidas de hijos menores. Cambio en la atribución del uso de la vivienda familiar: comentario a la STS de 16 de enero de 2015”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 173, 2015, pp. 103-108.

<sup>93</sup> NASARRE AZNAR, S., “Comentario a la STS de 8 de octubre de 2010”, en *CCJC*, núm. 87, 2011, p. 1540.

cretamente, en este último supuesto, se trataría de una medida de subsistencia que puede establecer el juez amparándose en la ley, pues no se ha de olvidar que no existe obligación de alimentos entre excónyuges, en tanto que no son ya parientes.

Como parte integrante de esta corriente doctrinal cabe destacar también a GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, para quien se puede afirmar que estamos ante un derecho subjetivo, en el que las ideas de “necesidad de protección” y utilización de una vivienda concreta —la familiar—, pueden inclinar la balanza hacia el carácter personal o real respectivamente del derecho de uso. Ante la dificultad de encuadrarlo en una u otra naturaleza, defiende que “nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar, *familiar*, en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y por tanto delimita su contenido y características”<sup>94</sup>. No obstante, reconoce que la oponibilidad *erga omnes* de este derecho —cuando el que dispone de la vivienda es el cónyuge no beneficiario del uso—, y su inscribibilidad —por la necesidad de que sea conocido por todos—, lo inclinan a situarlo más cerca del derecho real que de otro de distinta naturaleza.

En virtud de lo antedicho, parece que el argumento principal para defender la naturaleza familiar del derecho de uso que analizamos es el de configurar la atribución de la vivienda familiar como una forma de contribución a las cargas familiares y su relación con el deber de alimentos.

### **III. La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar en los ordenamientos jurídicos extranjeros**

Si prestamos atención al tratamiento, en otros ordenamientos, de la vivienda familiar una vez acaecida la crisis matrimonial, nos percatamos de que poca solución nos aporta en lo que a naturaleza jurídica se refiere.

Podemos diferenciar, básicamente, dos formas de afrontar esta situación por parte de los ordenamientos: el caso de Italia y el caso de Portugal y Francia.

---

<sup>94</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 710, 2008, p. 2522.

## 1. El caso de Italia

En primer lugar, cabe referir el supuesto italiano, en cuyo Código Civil se contempla una figura similar a la nuestra.

En Italia, al tratamiento de la vivienda tras la crisis familiar se refieren dos preceptos: el primero, contenido en la Ley del divorcio, es el art. 6.6 de la Ley núm. 898, de 1 de diciembre de 1970, de *disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (en adelante, Ldiv.). El otro, el art. 337-*sexies*, párrafo primero, del Código Civil (en adelante, CCit.), incorporado por el Decreto Legislativo núm. 154 de 28 de diciembre de 2013, que derogó, a su vez, entre otros, el art. 155-*quater* del mismo Código y que, pese a encuadrarse en un Capítulo denominado como *Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio*, y aplicarse, pues, al divorcio, no derogó el anterior art. 6.6 Ldiv. —ya referido—, que sigue vigente. Ello obliga a realizar una interpretación coordinada de ambos preceptos.

El art. 6.6 Ldiv. se refiere a la preferencia en la habitación de la casa familiar —“*L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza (...)*”—<sup>95</sup>; el art. 337-*sexies* CCit., por su parte, se refiere a la atribución del disfrute de la casa familiar —“*Il godimento della casa familiare è attribuito (...)*”—<sup>96</sup>. A uno y otro precepto haremos referencia en diversos apartados de esta obra.

Valga ahora destacar que, en el país italiano, al igual que en España, sigue siendo objeto de discusión la naturaleza real o personal del derecho de uso<sup>97</sup>, aunque con un tra-

---

<sup>95</sup> Art. 6.6 Ldiv.: “*L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole. L'assegnazione, in quando trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del Codice Civile*”.

<sup>96</sup> Art. 337-*sexies* CCit.: “*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio.*

*Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643”.*

<sup>97</sup> Vid. AULETTA, T. *Il diritto di famiglia*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1997, p. 256: “reale, secondo alcuni (diritto di abitazione sulla casa e di uso degli arredi), personale (di godimento), secondo altri”; BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, UTET, Turín, 2002, p. 208; CUBEDDU, M., *La casa familiare*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 367 y ss.; FREZZA, G., “Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare”, en *Rassegna di diritto civile*, núm. 3, 1998, pp. 521 y ss.; GABRIELLI, G., “I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, en *Riv. dir. civ.*, 2003, parte primera, p. 128; ANDREOLA, “Sulla opponibilità dell'assegnazione al coniuge separado della casa familiare nella separazione coniugale”, en *Riv. Dir. civ.*,



tamiento en la jurisprudencia favorable a la naturaleza personal. Prevalece en la doctrina su definición como “derecho de disfrute atípico”, oponible a tercero, naturaleza que se considera confirmada por la alusión al disfrute —*godimento*—, en el propio art. 337-*sexies* CCit.<sup>98</sup>.

Como refiere CUBEDDU<sup>99</sup>, si bien es cierto que este atípico derecho personal de disfrute cuenta con elementos reales, no lo es menos que la mayoría de sus elementos no lo identifican con claridad en uno u otro sentido —personal o real—. En esta línea, hace el autor varias apreciaciones. La primera, que hacer referencia al tenor literal del art. 540.II CCit. —derecho de habitación reservado al cónyuge sobreviviente sobre la casa familiar— tiene escasa importancia a la luz de los intereses no patrimoniales protegidos en nuestro caso; la segunda, la supuesta inestabilidad del derecho fruto de la atribución, frente a la estabilidad del derecho real de habitación; la tercera, la perpetuidad del derecho real, que contrasta con el carácter temporal del derecho que nace de la atribución.

Asimismo, en apoyo a la tesis que aboga por la naturaleza personal, se argumenta el principio de tipicidad de las modalidades de constitución del derecho real, no estando prevista, para el derecho de uso y habitación, la constitución judicial (*cfr.* art. 978 en relación con el art. 1026 CCit.)<sup>100</sup>. La Cass. de 19 de septiembre de 2005, núm. 18476, dispuso que el derecho reconocido al cónyuge no titular de un derecho de propiedad o de disfrute de la vivienda familiar, en sede de separación o divorcio, tiene naturaleza de derecho personal y no de derecho real, en tanto que los modos de constitución del derecho real son taxativos, debiendo estar expresamente previsto en la ley, y no aparece como tal la resolución judicial de que se trata.

También se alega la finalidad del derecho en cuestión de constituir una modalidad de cumplimiento de la *obbligazione di mantenimento*. Argumentos, pues, algunos de ellos, coincidentes con los utilizados por la doctrina española.

---

1994, parte segunda, pp. 347 y ss., que hace alusión a la existencia hasta de tres posturas distintas, cuales son: la consideración del derecho como real, como derecho de crédito asimilable al comodato o como derecho personal de disfrute; PALAZZO, M., “Casa familiare, divorzio e convenzioni stipulate tra coniugi separandi”, en *Quadrimestre: rivista di diritto privato*, núm. 3, 1993, pp. 815 y ss.

<sup>98</sup> FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 219. *Vid.*, en contra, AULETTA, T., *op. cit.*, p. 256.

<sup>99</sup> CUBEDDU, M., *op. cit.*, pp. 367-368.

<sup>100</sup> Art. 978 CCit.: “*L'usufrutto è stabilito dalla legge o dalla volontà dell'uomo. Può anche acquistarsi per usucapione*”.

Art. 1026 CCit.: “*Le disposizioni relative all'usufrutto si applicano, in quanto compatibili all'uso e all'abitazione*”.

Por otra parte, el recurso del art. 6.6 Ldiv. al art. 1599 CCit. —referido, como veremos, al arrendamiento—, se considera un argumento favorable a la naturaleza personal del derecho atribuido al beneficiario de la vivienda<sup>101</sup>.

Precisamente por ello, SIRENA<sup>102</sup>, a la vista del tenor del nuevo art. 337-*sexies* CCit., que no hace referencia al art. 1599 CCit., considera que puede calificarse el derecho del que nos ocupamos como real. FREZZA, al respecto, precisa que, si bien la referencia del citado art. 6.6 Ldiv. al art. 1599 CCit. implica la calificación como derecho personal de disfrute, el inciso que se refiere a la oponibilidad del derecho “en cuanto se transcriba”, lo acerca al derecho real<sup>103</sup>.

También lo califica como real BIANCA, quien considera que se tratará de derecho real, concretamente de habitación, cuando la casa sea propiedad del cónyuge no atributario, y de derecho personal en la hipótesis de que se trate de una casa en alquiler. Con aquel carácter real considera que se garantiza al beneficiario una protección más adecuada<sup>104</sup>, idea, esta última, sobre la que pivotará también nuestra defensa.

Pese a lo referido, desde las reformas de 1987 y 2006 y los pronunciamientos de la *Corte Costituzionale* y de las *Sezioni Unite della Corte di Cassazione* —en definitiva, desde que se consiente la inscripción de la atribución de la casa realizada—, la cuestión de la naturaleza del derecho ha perdido interés y la atención se ha centrado en lo que se refiere a las condiciones en base a las cuales la atribución es oponible a terceros<sup>105</sup>.

## 2. El caso de Francia y Portugal

El tratamiento de la cuestión en Francia y Portugal, en cambio, difiere del contemplado en nuestro ordenamiento, hasta el punto de que no genera dudas la naturaleza del derecho que faculta el uso de la vivienda familiar tras la crisis.

---

<sup>101</sup> Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, en *RCDI*, núm. 752, 2015, p. 3415.

<sup>102</sup> SIRENA, P., “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, en *Riv. dir. civ.*, núm. 5, 2011, pp. 568 y ss.

<sup>103</sup> FREZZA, G., “Appunti e spunti sull’articolo 337 *sexies* c.c.”, en *Archivio giuridico Filippo Serafini*, núm. 2, 2014, pp. 163-182 [consultado el 4 de julio de 2018], disponible en: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/556/Frezza.pdf>

<sup>104</sup> BIANCA, C. M. *Diritto civile II: la famiglia; le successioni*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 161: “Se la casa è dell’altro coniuge o di entrambi i coniugi in proprietà o usufrutto, il coniuge assegnatario consegue un tipico diritto reale di abitazione (1022 cc.)”.

<sup>105</sup> Vid. FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 219 y CUBEDDU, M., *op. cit.*, p. 367.

El tratamiento, por el Código Civil francés (en adelante, CCfr.), de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial, se realiza, en sede de medias provisionales, a través del art. 255.4º, en virtud del cual el juez podrá conceder a uno de los cónyuges el disfrute de la vivienda y el mobiliario del hogar o dividir entre ambos dicho disfrute<sup>106</sup>. Se produce, pues, como mantienen TERRÉ y FENOUILLET, un *mécanisme de contrainte judiciaire* en la formación de esa relación contractual<sup>107</sup>.

Ya en sede de consecuencias del divorcio para los cónyuges (Título VI, Capítulo III, Sección 1ª), se han de diferenciar dos situaciones:

La primera, que la vivienda familiar pertenezca en propiedad o a título personal a uno solo de los cónyuges. En estos casos, el art. 285-1 CCfr.<sup>108</sup> establece que el juez puede atribuirlo en alquiler al otro cónyuge; impone, pues, un arrendamiento forzoso.

La segunda, que la vivienda pertenezca, bien a la comunidad existente entre los cónyuges, bien en proindiviso a ambos. Tanto el art. 1476 CCfr.<sup>109</sup> —referido al régimen económico de comunidad— como el art. 1542 CCfr.<sup>110</sup> —referido al régimen económico de separación de bienes—, en caso de divorcio y separación judicial, se remiten, a efectos de la partición de la comunidad y de los bienes indivisos, respectivamente, a las normas sobre sucesiones. Entre estas, el art. 831-2 CCfr.<sup>111</sup>, párrafo primero, faculta al

---

<sup>106</sup> Art. 255.4º CCfr.: “Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation”.

<sup>107</sup> Vid. TERRÉ F. y FENOUILLET, D., *Droit civil: la famille*, Dalloz, París, 2011, p. 237.

<sup>108</sup> Art. 285-1 CCfr.: “Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient”.

<sup>109</sup> Art. 1476 CCfr.: “Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre «Des successions» pour les partages entre cohéritiers.

Toutefois, pour les communautés dissoutes par divorce, séparation de corps ou séparation de biens, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit, et il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant”.

<sup>110</sup> Art. 1542 CCfr.: “Après la dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, le partage des biens indivis entre époux séparés de biens, pour tout ce qui concerne ses formes, le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle, la licitation des biens, les effets du partage, la garantie et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre «Des successions» pour les partages entre cohéritiers.

Les mêmes règles s'appliquent après divorce ou séparation de corps. Toutefois, l'attribution préférentielle n'est jamais de droit. Il peut toujours être décidé que la totalité de la soulte éventuellement due sera payable comptant”.

<sup>111</sup> Art. 831-2 CCfr, párrafo primero: “Le conjoint survivant ou tout héritier copropriétaire peut également demander l'attribution préférentielle:

cónyuge a solicitar la adjudicación preferente de la propiedad que se utilice de forma efectiva como vivienda. En virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo de los arts. 1475 y 1542 CCfr., esta adjudicación preferente nunca se producirá de pleno derecho —siendo, pues, una atribución facultativa para el juez—, pudiendo siempre decidirse que el eventual pago compensatorio adeudado se abone en su totalidad al contado<sup>112</sup>.

Por otra parte, en Portugal —inspirado por el Derecho francés—, en el marco del divorcio de mutuo acuerdo, pueden los cónyuges convenir sobre el destino de la casa de la familia; acuerdo que será homologado por el *conservador* del Registro Civil o el juez si es idóneo para tutelar los intereses de cada cónyuge y de los hijos (arts. 1775 y 1776 del Código Civil portugués [en adelante, CCport.]).

En su defecto, será el juez quien pueda pronunciarse respecto a la vivienda familiar. En virtud de lo dispuesto en el art. 1793 CCport.<sup>113</sup>, el Tribunal puede dar en arrendamiento a cualquiera de los cónyuges, a su petición, la casa morada de la familia, sea esta común o propia del otro cónyuge<sup>114</sup>, considerando, a tales efectos, las necesidades de cada uno de los cónyuges, así como los intereses de los hijos del matrimonio.

Hay quien, teniendo en consideración lo que acabamos de exponer, considera que en nuestro ordenamiento, en cambio, el recurso a la constitución de un arrendamiento como forma de salvar la cuestión de la atribución de la vivienda familiar, tal y como ocu-

---

*1. De la propriété ou du droit au bail du local qui lui sert effectivement d'habitation, s'il y avait sa résidence à l'époque du décès, et du mobilier le garnissant, ainsi que du véhicule du défunt dès lors que ce véhicule lui est nécessaire pour les besoins de la vie courante*".

<sup>112</sup> MAZARON, H. y RUBELLIN, P., *Droit de la famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI, J.), Dalloz, París, 2001, p. 300.

<sup>113</sup> Art. 1793 CCport.: "1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.

2. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justificarem.

3. O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges, quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária".

<sup>114</sup> A los supuestos en los que la propiedad de la vivienda pertenece a ambos cónyuges o a uno de ellos, ha de equipararse aquellos otros supuestos en los que uno de los cónyuges, o ambos, son titulares de un derecho en el ejercicio del cual la casa es utilizada como vivienda familiar, y cuyo régimen permita la constitución de un arrendamiento, como es el caso del derecho de usufructo. *Vid.* en tal sentido, PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, vol. I, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coímbra, 2016, p. 755 y SALTER CID, N., *A proteção da casa de morada de família no direito português*, Almedina, Coímbra, 1996, p. 322, quien, entre esos derechos que posibilitan el arrendamiento, menciona el usufructo o la superficie, y descarta, en cambio, la hipótesis de que la casa fuese objeto de un derecho de habitación, o bien existiese un comodato. No obstante, no deshecha la idea de que, siendo ambos cónyuges titulares del derecho de habitación, o comodatarios, pueda el Tribunal integrar la laguna atribuyendo, a uno solo, el derecho que era de ambos, siempre que no se oponga al título constitutivo en cuestión. Objeta, a esto último, PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G., *op. cit.*, p. 755, que el préstamo de la casa, aun hecho a ambos, puede haber sido, aunque el contrato no sea explícito a este respecto, en atención a la persona del cónyuge no solicitante.

re en Portugal o en Francia, sería difícilmente asumible si tenemos en cuenta que, en nuestro caso, el derecho de uso de la vivienda familiar es esencialmente gratuito, por lo que la falta de toda posible renta desvirtuaría en su totalidad el contrato de arrendamiento<sup>115</sup>. Sin embargo, nótese cómo, actualmente, la reiterada atribución, aun sin contribución alguna, acaba teniendo reflejo en las pensiones establecidas; también, en estos otros países que optan por el arrendamiento forzoso, la renta que se establece acaba incidiendo, inevitablemente, en la cuantificación de las pensiones fijadas en el procedimiento matrimonial.

## IV. Fundamento de la atribución del derecho de uso

### 1. La protección constitucional

Ya hemos visto cómo el estado de la cuestión en el Derecho extranjero no nos ayuda especialmente a esclarecer la naturaleza jurídica de nuestro derecho de uso de la vivienda familiar. Ya advertimos, asimismo, previamente —apartado II.3, *in fine*, de este capítulo—, que el argumento principal —utilizado por doctrina y jurisprudencia—, para defender la naturaleza familiar del derecho que nos ocupa, es el de configurar la atribución del uso de la vivienda familiar como una forma de contribución a las cargas familiares, así como su relación con el deber de alimentos. Ahora bien, ¿es ello así?

A fin de discernir cuál es esa naturaleza jurídica tan discutida, hemos de ocuparnos, en este punto, del estudio del fundamento en que se asientan los preceptos que regulan la atribución del uso de la vivienda familiar. Esto tendrá especial relevancia en el camino que nos conduzca a determinar qué tipo de derecho ha configurado el legislador o qué tipo de derecho es necesario para poder dar cumplimiento al fin de la norma. Así lo aconseja su interpretación teleológica, según exige el art. 3.1 CC *in fine*.

Es cierto que, a la hora de tratar este tema sobre el fundamento de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar, hubiera podido ser de gran utilidad, en caso de haber existido, acudir a la Exposición de Motivos de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que fue, precisamente, la que incorporó el art. 96 CC, porque, como dice nuestra jurisprudencia, en las Exposiciones de Motivos se halla contenida, con valor interpretativo auténtico, la *ratio legis* (la finalidad y objeto de la norma a que se refiere

---

<sup>115</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1612.

el art. 3.1 CC *in fine*)<sup>116</sup>. Exposición de motivos que, finalmente, se suprimió por razones de —prudente— política legislativa.

No obstante, a donde sí podemos recurrir, aunque sea como antecedente legislativo *ex art. 3.1 CC*, es a la Exposición de Motivos de su Proyecto de Ley —que no aparece en la ley posterior—, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de marzo de 1980. Ahí, aun *in abstracto*, sin referirse *in recto* y en particular al art. 96 CC, se dice:

*“El expreso reconocimiento constitucional de la igualdad, como presupuesto de la seguridad y de la justicia, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos son otras tantas manifestaciones constitucionales que la reforma ha tomado como eje y presupuesto de la misma”.*

Influencia de la Constitución en el referido proyecto que, por otra parte, ratificó el propio Ministro de Justicia — Sr. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ— en la presentación del Proyecto que realizó en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados núm. 150, celebrada el martes, 17 de marzo de 1981, antes de proceder al debate de las enmiendas mantenidas tras el Dictamen de la Comisión. Manifestó:

*“se trata, en conjunto, de un nuevo planteamiento de todo el Derecho de familia español, adaptado a las necesidades de una sociedad que ha cambiado fundamentalmente. Este cambio ha sido recogido por la propia Constitución española con un conjunto de principios que delinea un ambicioso programa reformador de nuestro Derecho, que el Gobierno asume en los límites de su competencia y en los límites de sus posibilidades”.*

Por tanto, para explicar el porqué de la protección de la vivienda familiar hemos de remontarnos, en primer lugar, a la propia Constitución Española. Pese a que su texto no se refiere, en ningún momento, de forma expresa, a la vivienda familiar como tal, son varios los preceptos que inciden en su protección.

Cabe hacer alusión, en primer lugar, al primer párrafo del art. 47 CE, que establece el derecho de *“todos los españoles”* a disfrutar de una vivienda digna y adecuada<sup>117</sup>. Se inserta dentro del Capítulo Tercero del Título I, relativo a los principios rectores de la

---

<sup>116</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Ubijus – Reus, México – Madrid, 2015.

<sup>117</sup> También el art. 50 CE hace referencia a la vivienda, en este caso referida a un colectivo especialmente vulnerable como es el de los ciudadanos durante la tercera edad.

política social y económica. Pese a lo que pudiera dar a entender su tenor literal, GARCÍA CANTERO, al interpretarlo, sitúa como sujeto de tal derecho a los colectivos o núcleos familiares más que a sujetos individuales<sup>118</sup>.

HERRANZ CASTILLO<sup>119</sup>, por su parte, apunta varias cuestiones en relación con el referido derecho a la vivienda familiar que nos pueden ser de interés. En primer lugar, señala que la protección del art. 47 CE se proyecta sobre el uso y disfrute de una vivienda, sea cual fuese el título jurídico que fundamente tal uso, razón por la que no ha de confundirse con el derecho de propiedad del art. 33 CE. En segundo lugar, que ese uso y disfrute de la vivienda no tiene por qué ser individualizado, se trata de un derecho *colectivo* que puede satisfacerse mediante el uso y disfrute compartido del inmueble, abarcando así el supuesto que a nosotros nos atañe, el de la vivienda que ha venido siendo ocupada por el colectivo familiar. En tercer lugar, que se trata de uno de los servicios que pueden ofrecerse en el marco del *mínimo vital*. Y en cuarto lugar, señala que el derecho a la vivienda se desdobra en dos expectativas: el derecho a acceder a una vivienda (o a cambiar de ella) y el derecho a permanecer en la vivienda que se disfrutaba.

Esto último nos resulta de especial interés. Al respecto, entiende HERRANZ que la tutela del art. 47 CE se proyecta con más intensidad en la segunda de las expectativas señaladas, es decir, en el supuesto de conservación. Es más, frente a lo que se suele interpretar, afirma el autor:

“la proclamación de un derecho a la vivienda no hace referencia inmediata a un derecho al *acceso* a la vivienda, sino que se abre en un haz de posiciones y pretensiones jurídicas diferentes, que afectan especialmente al derecho de la conservación y a la permanencia en la vivienda”.

Derecho, pues, de conservación y permanencia en la vivienda, que trata de garantizar este art. 47 CE y que es perfectamente extrapolable a lo dispuesto en el Código Civil a fin de garantizar el derecho a la vivienda a través del mantenimiento y permanencia en

---

<sup>118</sup> Para GARCÍA CANTERO, G., “Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 711, la unidad familiar sigue ocupando el primer puesto en orden a las necesidades de alojamiento, por lo que hace una relectura del art. 47 CE del tenor “La familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”.

<sup>119</sup> HERRANZ CASTILLO, R., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003 [LA LEY 1339/2003].

la que ha venido siendo familiar. Se trata, en fin, de mantener una situación anterior consolidada.

El autor, en una breve alusión a nuestro objeto de estudio, justifica precisamente en esta interpretación el hecho de que, con motivo de la ruptura matrimonial, el Tribunal Supremo, ante el conflicto que se suscita entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda familiar, otorgue un peso especial al segundo de ellos.

Nótese que, el Alto Tribunal, en la STS 220/2009 de 3 de abril, llega a decir que “*el Tribunal Constitucional ha venido utilizando argumentos que tienden a proteger la vivienda familiar, por aplicación de los artículos 39 y 47 CE*”.

El referido artículo hay que interpretarlo, asimismo, en relación con otros preceptos constitucionales que también guardan relación tanto con la vivienda como con la propia familia.

Cabe, pues, hacer referencia al primer párrafo del art. 19 CE, que dispone el derecho a elegir libremente residencia y, muy especialmente, al art. 39 CE que, integrado en el mismo Capítulo que el art. 47 CE, se refiere a la protección social, económica y jurídica de la familia por los poderes públicos<sup>120</sup>.

Esta norma sobre protección de la familia<sup>121</sup>, en su interna distribución, cubre diversos aspectos de la protección familiar, tales como la familia en general, los hijos y sus madres, los deberes asistenciales derivados de la paternidad y la protección de la infancia conforme a los acuerdos internacionales<sup>122</sup>.

En similares términos a los del art. 39 CE, no son pocos los instrumentos internacionales que ponen especial énfasis en la protección que ha de prestarse a la familia y que, en cierta medida, influyeron en nuestra Constitución. Podemos aludir, en este sentido, al art. 16 de la Carta Social Europea que versa sobre el fomento de la protección social, jurídica y económica de la familia<sup>123</sup>. Esta Carta vincula y obliga a los Estados parte de

---

<sup>120</sup> GÜITRÓN FUENTEVILLA, J., *op. cit.*, p. 356, considera que “el interés individual de cada uno de los miembros de la familia deberá ceder a veces ante el interés general de la misma, no solamente de tal o cual familia particular de la que sea miembro, sino de la familia como elemento básico de la sociedad”.

<sup>121</sup> Sobre el concepto de familia, *vid.* ESPÍN CÁNOVAS, D., “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.)*, t. IV, EDERSA, Madrid, 2006, p. 47, quien mantiene que la deducción lógica de principios constitucionales es que la familia a que se refiere no está reducida a la procreada dentro del matrimonio. Volveremos sobre este concepto al tratar las parejas de hecho (cap. cuarto, V).

<sup>122</sup> *Vid.* CACHÓN VILLAR, P., “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 1003.

<sup>123</sup> La Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, firmada por España el 27 de abril de 1978 y ratificada el 6 de mayo de 1980, dispone, a través de su art. 16: “*Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad,*



la misma, a los que impone deberes de actuar en el ámbito de su soberanía territorial. No obstante, deja una amplia discrecionalidad en el modo de cumplimiento. En España, además, de conformidad con el art. 96 CE, se produce su incorporación automática al derecho interno<sup>124</sup>.

Los textos jurídicos referidos son coetáneos a la reforma del Código Civil de 1981, pero la exigencia de interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y por interpretación sistemática *ex art.* 10.2 CE, nos lleva a prestar atención a otras normas europeas que, más recientemente, y con posterioridad a aquella reforma, siguen apostando por la protección de la familia. Cabe señalar, en este sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>125</sup>: “*Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*” (art. 9 de la Carta); “*Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social*” (art. 33.1 de la Carta).

Por otra parte, el art. 32 CE —integrante de la Sección segunda del Capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución— establece el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica<sup>126</sup>. De este precepto se desprende que el mero vínculo matrimonial genera una serie de derechos y de deberes. Dispone, en su párrafo segundo, que “*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los dere-*

---

*las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas*”.

Como reconoce RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1978, p. 64, la titular de tales derechos no es la familia como grupo social, sino que lo son los individuos en cuanto componentes del grupo familiar.

<sup>124</sup>Entre los instrumentos internacionales que también se refieren a esa especial protección que se ha de dispensar a la familia no hemos de olvidar la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1946, en su resolución 217 A (III), cuando dice, en el artículo 16.3: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. Idéntica declaración se contiene en el artículo 23.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que junto con el anterior forman los denominados como Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York — adoptados ambos en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977—, en su art. 10 declara que “*Los Estados partes en el presente pacto reconocen que: Primero. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*”.

<sup>125</sup> Documento que fue proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, el 7 de diciembre de 2000 en Niza.

<sup>126</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Conexiones constitucionales...”, *op. cit.*, pp. 707-714, da un paso más y dice no parecerle lógica la separación entre el *ius connubii* (art. 32 CE) y la protección jurídica de la familia (art. 39 CE), mostrándose partidario de que el art. 39 CE se hubiera situado dentro o a continuación del art. 32 CE y, por tanto, en el Capítulo segundo. Por esta razón, no considera incongruente relacionar sistemáticamente propiedad —art. 33 CE— y familia, pues lo encuadra dentro del mismo Capítulo.

*chos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*". Entre esos derechos y deberes, el art. 68 CC establece que "los cónyuges están obligados a vivir juntos". Ese domicilio conyugal en el que vivirán se fijará de común acuerdo por los cónyuges, resolviendo el juez —en atención al interés familiar— en caso de discrepancia (art. 70 CC).

En virtud de lo expuesto, es evidente que, internacionalmente, se promulgan los valores de la familia como institución básica, pues mediante ella se garantiza la continuidad de la especie humana y, por tanto, como elemento natural y fundamental de la sociedad. Por ello, tanto en nuestra Constitución como en diversos instrumentos internacionales, se establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. También resulta patente la protección que desde la Constitución se realiza de la vivienda. Si a ello añadimos que — como hemos referido— uno de los deberes de los cónyuges es el de vivir juntos, qué duda cabe de que la protección de la familia pasa por proteger la vivienda familiar<sup>127</sup>.

Ahora bien, ¿cómo se materializa esa protección de la vivienda familiar? Según lo establecido en el art. 53.1 CE, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero —como el art. 32 CE— vinculan a los poderes públicos, pudiéndose regular su ejercicio únicamente por ley. Por su parte, el art. 53.3 CE establece que los principios generales reconocidos en el Capítulo tercero del mismo Título — entre los que se encuentran los arts. 39 CE y 47 CE—, deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y solo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; no son calificados por la Constitución propiamente como derechos<sup>128</sup>.

Como ya dijera PECES-BARBA, los derechos del Capítulo Tercero, título I, son normas jurídicas, destinadas a los poderes públicos, que actúan como principios de organi-

---

<sup>127</sup> ALGARRA PRATS, E., "Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002, p. 19, dice que "La protección de la familia, como principio abstracto, debe concretarse en la protección de todo aquello que posibilita su realización como grupo familiar, y no cabe duda de que la vivienda habitual de la familia es de vital importancia para la misma". Para BASSOLS COMA, M., "Comentario al artículo 47", en *Comentarios a la Constitución Española (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.)*, t. IV, EDERSA, Madrid, 2006, p. 308, la vivienda "constituye un marco o dimensión espacial de carácter primario e imprescindible para la vida personal y social del individuo" y, particularmente, para el desarrollo de la vida familiar. *Vid.*, asimismo, GARCÍA CANTERO, G., "Configuración del concepto de vivienda...", *op. cit.*, p. 63.

<sup>128</sup> GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Comentario al artículo 47", en *Comentarios a la Constitución Española (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 1102. BERROCAL LANZAROT, A. I., "La vivienda familiar y la acción...", *op. cit.*, p. 3458, refiriéndose al art. 47 CE, precisa que no estamos un derecho subjetivo en sentido estricto, "por lo que el ciudadano carece de una acción que le permita garantizar una efectiva disposición y goce de una vivienda familiar".

zación, obligando al legislador y al resto de operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga; razón por la cual mantiene que “no son pues plenamente derechos, aunque sí son normas jurídicas inspiradas en los valores que fundamentan los derechos”<sup>129</sup>.

Téngase en cuenta, además, que, tal y como afirma la STC 19/1982 de 5 de mayo, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, “*es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme a aquélla, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquél que sea más conforme con las normas constitucionales*”.

## 2. La función social de la propiedad

Junto a la referida protección, no se ha de olvidar que también el derecho de propiedad está constitucionalmente reconocido. De ahí que sea necesario, asimismo, acudir al art. 33 CE, incluido, por tanto, en el Capítulo segundo del Título I<sup>130</sup>. Concretamente, es necesario acudir al punto segundo del referido precepto, en virtud del cual la función social de este derecho a la propiedad privada delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, coedición Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1995, p. 369, considera que nos encontramos ante “un supuesto de juridificación de pretensiones morales con vocación de ser derechos fundamentales que se fundamenta en dos tiempos. El primero, en la Constitución para proteger a esos ámbitos frente a actuaciones jurídicas contradictorias con los valores que se defienden, pero que no suponen ventajas ni beneficios directos para sujetos individuales y no son derechos fundamentales, y el segundo, a través de leyes de desarrollo que atribuyen los derechos que derivan de esos principios rectores a titulares distintos de los poderes públicos, y que sólo en ese caso pueden usarlos como derechos y alegarlos ante los tribunales”. En *La Constitución Española de 1978: un estudio de derecho y política*, F. Torres, Valencia, 1981, p. 37, dice, asimismo, que “el Capítulo tercero no supone propiamente derechos y libertades, sino normas programa para la acción normativa de los poderes públicos”. *Vid.*, asimismo, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *op. cit.*, p. 1108. HERRANZ CASTILLO, R., *op. cit.*, en cambio, no se muestra del todo conforme con esta última apreciación. Si bien reconoce que el art. 47 CE, en su segundo inciso, contempla un mandato dirigido a los poderes públicos, considera que el primer inciso contiene un derecho subjetivo de los españoles a una vivienda digna y adecuada, que puede ser ejercitado por estos y fiscalizado en vía jurisdiccional, aplicable de forma directa por los tribunales. La existencia de este primer inciso lo considera HERRANZ de vital importancia, en tanto que la CE reconoce, así, “que el derecho preexiste a las obligaciones prestacionales de los poderes públicos, y que la acción de estos opera en un nivel de garantía con relación al derecho”.

<sup>130</sup> Propiedad privada a la que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Comentario al artículo 33”, en *Comentarios a la Constitución Española (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 903, le reconoce el carácter de derecho fundamental, pese a que no sea susceptible de protección a través del recurso de amparo constitucional. También la STC 204/2004 de 18 de noviembre, lo ha reconocido como uno de los “derechos fundamentales de la persona”. Sobre la discusión de si se trata, o no, de un derecho fundamental, *vid.* PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., *Comentarios a la Constitución Española (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.)*, t. III, EDESA, Madrid, 2006, pp. 510 y ss.

<sup>131</sup> Sobre la función social de la propiedad, *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 45 y ss.; en p. 52, apunta, como una de las manifestaciones de la función social, la falta de atribución al propietario de determinadas facultades: reduc-

Al respecto, mantiene PÉREZ ÁLVAREZ que, siendo la propiedad un derecho subjetivo que se ejercita por el propietario para la satisfacción de sus propios intereses, el mismo se encuentra “matizado por la función social que le reconoce el texto constitucional y que se traduce en el establecimiento de límites legales a las facultades del propietario por el bien de la comunidad”<sup>132</sup>, límites que, en cualquier caso, y ante la reserva de ley recogida en el art. 53.1 CE para los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I, habrán de contemplarse en normas con rango de ley (*vid.* SSTC 156/1995 de 26 de octubre, 61/1997 de 20 de marzo o 31/1987 de 26 de marzo).

Esta función social, no obstante, dista de ser clara y unívoca<sup>133</sup>. Debe concretarse para cada tipo de bien por el legislador.

HERNÁNDEZ GIL señaló que “a través de la función social, puede penetrar en la propiedad privada (tanto en su modo de ser como en los actos del ejercicio) el interés general de la sociedad, más flexible y distendido que el interés público, así como el interés encarnado por ciertas situaciones sociales que demandan protección jurídica”.

El autor, en su *Estudio sobre el Anteproyecto de Constitución*, al respecto, escribió que “la función social no incide únicamente sobre el contenido, sino también sobre el ejercicio del derecho”<sup>134</sup>. Puede materializarse en simples limitaciones negativas del contenido de un derecho, del que se extraen facultades —no atribuidas al propietario—, o incluso en la imposición al propietario del cumplimiento de cargas u obligaciones positivas<sup>135</sup>. Ya PÉREZ LUÑO y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES se posicionaron cerca de aquella corriente doctrinal que considera que la propiedad comporta en sí misma una función social, lo cual implica que, junto a una serie de facultades, lleve aparejado un conjunto de deberes positivos y negativos<sup>136</sup>.

---

ción del contenido de la propiedad. Asimismo, COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

<sup>132</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., “La función social de la propiedad privada: su protección jurídica”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 2014, p. 22.

<sup>133</sup> *Id.* PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., *op. cit.*, p. 526. PEREÑA PINEDO, I., “La función social del derecho de propiedad”, en *Propiedad y Derecho Constitucional (coord. BASTIDA FREIJEDO, F. J.)*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2005, p. 179, precisa que la función social de la propiedad “es un concepto jurídico indeterminado, variable en el tiempo, y que deberá ser definido por el legislador en cada caso concreto, con arreglo al reparto de competencias constitucional y estatutariamente establecido”.

<sup>134</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., “La propiedad privada y su función social en la Constitución”, en *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, pp. 11-12.

<sup>135</sup> *Id.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, pp. 909-910.

<sup>136</sup> PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., *op. cit.*, pp. 523-524: la propiedad no es, pues, sólo un derecho subjetivo, sino una situación jurídica compleja en la que confluyen facultades y deberes. En este mismo sentido, *vid.* PEREÑA PINEDO, I., *op. cit.*, p. 177, quien añade que estas cargas, deberes u obligaciones no constituyen el límite del derecho, sino que son parte integrante de la propiedad (*vid.* STC 37/1987 de 26 de marzo).

Por otra parte, el título en virtud del cual el legislador puede definir el contenido esencial del derecho de propiedad —y, así, el alcance de su función social— se encuentra, no solo en la naturaleza de la institución de la propiedad, sino también en la persecución de otros fines constitucionalmente relevantes<sup>137</sup>.

Pues bien, a sabiendas de la especial protección constitucional—jurídica, económica y social— de que goza la familia —como elemento natural y fundamental de la sociedad—, el destino familiar de la vivienda podría considerarse como una forma de realizar esa función social que delimita el contenido del derecho de propiedad<sup>138</sup>. Mantiene RODRÍGUEZ DE SANTIAGO<sup>139</sup> que “la función social debe vincular la propiedad de inmuebles destinados a uso residencial que son el soporte físico del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y que cumplen con una función, también, fácilmente comprensible, de protección de la familia (art. 39.1 CE)”. También en Italia, se justifica tal limitación a la propiedad en la función social de la misma<sup>140</sup> (art. 42 Constitución italiana)<sup>141</sup>.

El propio Tribunal Constitucional admite que el legislador establezca una limitación de esa propiedad siempre que con ello se contribuya a satisfacer un derecho constitucionalmente reconocido. Dice la STC 89/1994 de 17 de marzo:

*“En el contexto de la vigente Constitución, esa delimitación del derecho de propiedad encuentra una justificación en la proclamación del art. 47 del Texto fundamental, que recoge el derecho a disfrutar de una vivienda y ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para ello necesarias. Además, no puede olvidarse la relevancia que la continuidad del arrendamiento reviste para la protección de la estabilidad del domicilio familiar, y de la misma familia, en la línea de lo dispuesto en el art. 39.1 de la Constitución. Responde así a la función social de la propiedad inmobilia-*

---

<sup>137</sup> PEREÑA PINEDO, I., *op. cit.*, p. 178.

<sup>138</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Conexiones constitucionales...”, *op. cit.*, p. 712. Considera que también ha de procederse a una relectura del art. 33.1 CE y, en tanto que la doctrina, de forma unánime, entiende incluida en la propiedad privada a los bienes de producción, ha de entenderse constitucionalmente reconocida de modo expreso la propiedad de uso familiar y, en concreto, la propiedad de la vivienda. Por su parte, ESPÍN CÁNOVAS, D., “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, *op. cit.*, pp. 46-47, mantiene que hubiera sido oportuno que se explicitara la conexión entre la acción social y la protección familiar en algunos puntos, como en la vivienda.

<sup>139</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, p. 910.

<sup>140</sup> AULETTA, T., *op. cit.*, p. 255.

<sup>141</sup> Art. 42.III de la Constitución italiana: “La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti” (“La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos”).

*ria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado”.*

En esa delimitación de la situación patrimonial subjetiva conforme a las exigencias de la función social, el legislador habrá de respetar dos límites: el contenido esencial (art. 53.1 CE)<sup>142</sup> y el principio de proporcionalidad, articulándose este último, por parte de la jurisprudencia constitucional<sup>143</sup>, en tres escalones: idoneidad, necesidad y ponderación<sup>144</sup>. Precisamente este límite referido a la proporcionalidad es el que nos serviría para cuestionar —como veremos en el apartado V.2.2 de este capítulo— la constitucionalidad del párrafo tercero del art. 96 CC.

En definitiva, de esta serie de preceptos constitucionales se extrae la existencia de un principio constitucional de protección de la vivienda familiar —aunque no se recoja como tal— que llega a limitar, justificadamente, el derecho de propiedad. Su fundamento no es otro que la protección de la familia; no es, pues, el derecho a la vivienda familiar, un derecho independiente, sino que deriva de la propia existencia de la familia<sup>145</sup>.

### **3. Una razón de justicia: la protección del más débil**

Sirviendo de base la Constitución, estos preceptos a los que nos hemos venido refiriendo van a acabar influyendo en el Derecho civil que será en el que —en cierta medida— se desarrolle esa protección constitucional de la familia y, con ella, de la vivienda familiar<sup>146</sup>. Corresponderá, pues, al legislador ordinario, la configuración y delimitación del ámbito específico de protección.

Prueba de la influencia de la Constitución sobre el Código Civil es que gran parte de los artículos de este último texto donde se desarrolla dicho régimen no formaba parte del texto originario del Código Civil de 1889. Su redacción es posterior a la Constitución Española de 1978, y fueron creados, fundamentalmente, a través de las modifica-

---

<sup>142</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., “La propiedad privada...”, *op. cit.*, p. 20, defiende que el contenido esencial de la propiedad privada depende de los bienes sobre los que recae.

<sup>143</sup> La STC 66/1995 de 8 de mayo fue la primera que hizo uso de ese examen escalonado de la proporcionalidad.

<sup>144</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, p. 911.

<sup>145</sup> *Vid.* CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>146</sup> La necesidad de desarrollar esa protección constitucional es contemplada, además de en el propio art. 53 CE, en artículos tales como el 47 CE, donde se hace referencia a la necesidad de establecer normas por medio de las cuales se haga efectivo el derecho a la vivienda que propugna.

ciones introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ya referidas en la introducción a esta obra; es decir, poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución Española. Recuérdese, en este punto, la referencia que hicimos, al comienzo de este epígrafe, a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, en la que la reforma se justificaba en las nuevas necesidades de la familia que habían tenido su reflejo en la redacción de la Constitución Española.

Esta protección recogida, y desarrollada, fundamentalmente, en el Código Civil, se lleva a efecto a través de un tratamiento autónomo de la titularidad de la vivienda familiar y de un régimen jurídico protector de la misma. El esquema común de los derechos dominicales, arrendaticios, etc., se ve parcialmente alterado cuando los referidos derechos recaen sobre una vivienda familiar.

Apuntaba ORTEGA Y DÍAZ AMBRONA que la razón de ser de este especial régimen jurídico “no es otra que la de conferir relevancia a los intereses transindividuales protegidos por la Constitución en relación con la familia y, por tanto, con la vivienda familiar”<sup>147</sup>. Ciertamente es que el interés de la familia ha sido configurado como un principio tradicional —especialmente desde la Constitución española—, pero no lo es menos que hoy está en entredicho: ahora se atiende al interés individual de cada miembro de la familia y a su particular dignidad y desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)<sup>148</sup>.

El referido régimen se articula atendiendo a la situación de estabilidad (art. 1320 CC) o crisis (art. 96 CC) del matrimonio. Y, en cada una de esas situaciones, se atiende tanto a la relación entre ambos cónyuges como a la relación frente a terceros<sup>149</sup>.

Durante la estabilidad matrimonial, ese especial régimen jurídico de la vivienda familiar deriva, fundamentalmente, de la obligación de los cónyuges de vivir juntos (art. 68 CC)<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Vid. ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., “Constitución y Derecho constitucional”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 54. En el mismo sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D., “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, *op. cit.*, pp. 46-47, para quien el favorecimiento al interés familiar que inspira el art. 96 CC tiene cabida, concretamente, dentro del ámbito jurídico de la protección a la familia que contempla el art. 39 CE.

<sup>148</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Conexiones constitucionales...”, *op. cit.* p. 711, señala que el fundamento del derecho a la vivienda se encuentra en el art. 10 CE, pues tanto la dignidad de la persona, como el libre desarrollo físico, intelectual y moral del ser humano, requieren de esta vivienda; y en tanto que la familia es la institución mediante la cual se asegura la continuidad de la especie humana y la supervivencia de la sociedad, ha de entenderse como un derecho familiar.

<sup>149</sup> Para ROBLEDO VILLAR, A., *op. cit.*, subyace la finalidad de impedir situaciones en las que uno de los dos miembros de la sociedad conyugal, económicamente más fuerte, pueda sustraer el uso de la vivienda al resto de la familia, amparándose en su derecho de propiedad.

<sup>150</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*, considera que el deber de vivir juntos implica el deber del cónyuge titular de la vivienda familiar de mantener en la misma al cónyuge no titular

Ahora bien, sobrevenida la crisis matrimonial, y admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio, cesa la obligación de vivir juntos (art. 102.2º CC). La familia queda dividida en dos: uno y otro cónyuge, así como los hijos que, en su caso, quedarán bajo la guarda y custodia de uno de ellos o de ambos. Ya no existe un grupo familiar —el cual ha quedado fragmentado—. Es más, no existiendo hijos, podríamos incluso considerar que ya no existe familia como tal.

No obstante, como hemos adelantado, ese régimen jurídico especial de la que ha sido vivienda familiar se mantiene. Así, se contempla la atribución del uso de la vivienda familiar a uno u otro de los cónyuges —independientemente de cuál sea la titularidad de la misma— y se protege ese uso tanto frente al otro cónyuge como frente a terceros. Es decir, la particularidad de este régimen jurídico consiste en la posibilidad de que el no titular, en defecto del que sí lo es, pueda continuar en el uso de la vivienda familiar.

En atención a estas circunstancias, cabría preguntarse cuál es ahora el fundamento de que se mantenga ese régimen jurídico particular frente al general, en virtud del cual el uso le corresponde, en todo caso, al propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el inmueble.

Partamos de la base de que ha de existir, y existe, una unión indisoluble entre el Derecho y la justicia (a la que ya se refiere la Constitución Española en sus arts. 1 y 9): esta como final y aquel como medio para lograrla. Centrando la idea de justicia en el *suum cuique tribuere* (según la definición de ULPiano [D. 1.1.10]), se puede definir la justicia como *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*. Se delimita, así, positivamente, el contenido de la justicia como idea de orden y equilibrio basados en la igualdad y en la proporcionalidad, criterios que han de concebirse de manera conjunta como igualdad proporcional: injusto es tanto tratar como desiguales a los iguales, como tratar como iguales a los desiguales. Es decir, ante situaciones de objetiva desigualdad, el Derecho ha de ser desigual. Un Derecho que quiera ser justo deberá partir del análisis de la realidad social (*cfr.* art. 3.1 CC), aspirando a la nivelación de las desigualdades, sirviendo como instrumento de promoción para los más desfavorecidos o débiles. Concebida así la justicia, en el Derecho triunfa la razón sobre la fuerza.

Así, roto el matrimonio, el Derecho civil, inspirado por el principio de personalidad, ha de velar por proteger el interés del cónyuge más débil (arts. 90.2 y 96.III CC) y, sobre todo, en cualquier caso, habrá de proteger siempre a los hijos (arts. 39 CE, 2.1 LO

---

mientras tal vivienda siga constituyendo el domicilio conyugal, y el correlativo derecho del no titular a permanecer en aquella.



de Menores y 96.I CC)<sup>151</sup>. Es esto lo que justifica la existencia en el Derecho civil de un régimen imperativo a fin de defender a los más desfavorecidos. Así lo exige la justicia, sin que por ello se pueda hablar de *publificación* del Derecho civil, sino de *socialización*<sup>152</sup>. Con esta *socialización* se trata de limitar la excesiva o abusiva libertad de los más poderosos para lograr la libertad real de los más débiles, y así el orden justo. En definitiva, son razones de justicia las que obligan a conceder el uso de la vivienda a los hijos y, no habiéndolos, al cónyuge más débil. Y lo anterior no es más que el resultado de la conversión del Estado de Derecho en Estado social de Derecho, siendo su principal cometido la configuración del orden social en armonía con la idea de justicia (*cf.* arts. 1.1, 33, 40, 128.1 y 131.1 CE)<sup>153</sup>.

### 3.1 Existencia de hijos menores

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de marzo de 1980, aunque con un carácter general en cuanto a la instauración del divorcio, considera que la reforma no hace otra cosa que constatar por la vía del derecho una incuestionable realidad social cual es la existencia de un cierto número de matrimonios rotos, frente a los cuales la ley busca la solución más adecuada “*manteniendo siempre y por encima de cualquier otra consideración el respeto y la atención debida a los hijos menores o incapacitados*”. Se refiere a la “*protección integral de los hijos*” como una de las manifestaciones constitucionales que la reforma ha tomado como eje y presupuesto del Proyecto de Ley del divorcio.

Esta protección de los hijos es, a su vez, una consecuencia de la protección del niño existente a nivel internacional (*ex* art. 39.4 CE)<sup>154</sup>. La Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, reconoce al niño una protección especial, así como las oportunidades y servicios necesarios “*para que pueda desarrollarse física, mental,*

---

<sup>151</sup> Vid. LÓPEZ JARA, M., “La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015 [LA LEY 2738/2015].

<sup>152</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, Reus, Madrid, 1965 y ROGEL VIDE, C., *Derecho civil: método y concepto*, Reus, Madrid, 2010, pp. 319 y ss.

<sup>153</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prólogo”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017, p. 8.

<sup>154</sup> A nivel nacional, a los preceptos constitucionales ya referidos en esta obra, valga añadir la LOPJM, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

*moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad*” (principio II), disponiendo, así mismo, que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 reconoce, en su art. 24.1, que:

*“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha, dispone que *“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*. Valga también referir la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo art. 3.1 establece que:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

O, más recientemente, la Observación General núm. 14 adoptada por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. SANTOS BRIZ<sup>155</sup> defiende, al respecto, que se trata de una materia de orden público.

A tenor de estos instrumentos, es evidente la preocupación por la protección de los niños, cuyo interés se considera superior a cualquier otro (art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor [en adelante, LOPJM]).

De ahí que el primer párrafo del art. 96 CC sea una clara manifestación del principio de *favor filii*<sup>156</sup>. Si no existe acuerdo entre los cónyuges sobre la atribución del uso de la

---

<sup>155</sup> SANTOS BRIZ, J., “Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares: su aplicación en los distintos supuestos procesales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 218.

<sup>156</sup> Al respecto, PINTO ANDRADE, C., “La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales”, en AC, núm. 21, 2012 [LA LEY 18018/2012], apunta que hubiera sido conveniente proclamar con carácter general el reconocimiento del principio general de *favor filii* como criterio rector de todas las actuaciones relativas a los hijos menores, sin tener, así, que situarlo al regular cada una de las medidas.

vivienda familiar<sup>157</sup>, o el mismo no es aprobado por el juez por ser dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90.2.I CC)<sup>158</sup>, el art. 96.I CC, establece: “*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*”. La atribución se realiza en beneficio de los hijos y, *per relationem*, del cónyuge en cuya compañía y guarda quedan.

Esta necesidad de proteger a los niños, a los hijos, se encuentra unida a las obligaciones de los padres para con los hijos, de las cuales no se encuentran eximidos con motivo de la separación, la nulidad o el divorcio que haya sobrevenido (art. 92.1 CC).

Una corriente doctrinal<sup>159</sup> y jurisprudencial<sup>160</sup> considera que, existiendo hijos, la atribución del derecho de uso a los mismos y al cónyuge que convive con ellos, es una manifestación de la obligación de contribuir a las necesidades de alimentación de los hijos

---

Se ha de destacar que el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece una serie de criterios generales a efectos de interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor.

<sup>157</sup> Los arts. 81, 82, 86 y 87 CC contemplan la posibilidad de instar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, siendo la atribución del uso de la vivienda familiar uno de los extremos que habrá de contener el convenio regulador (art. 90.1.c CC). Podría, incluso, llegarse a un acuerdo dentro de un proceso matrimonial contencioso, pues es posible que los cónyuges, aun no estando de acuerdo en todas las medidas, sí lo estén, concretamente, respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar. Todos los preceptos que se refieren a la atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 96 [medidas definitivas], 103 [medidas provisionales] y 104 CC [medidas previas]) anteponen el acuerdo al que hayan podido llegar los cónyuges.

<sup>158</sup> En el caso de que los cónyuges formalizasen el acuerdo ante el letrado de la Administración de Justicia o ante el notario, y estos considerasen que, a su juicio, el mismo pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente (art. 90.2.III CC).

<sup>159</sup> *Vid.*, entre otros: SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en AC, núm. 3, 2006, [LA LEY 18/2006], quien habla de una “prestación *in natura* concedida *per relationem*, dentro de la contribución a las cargas familiares”; GONZÁLEZ POVEDA, R., *La Ley del divorcio: experiencias de su aplicación*, Colex, Madrid, 1984, p. 90; COLAS ESCANDÓN, A. M., “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2003, [BIB 2003\1292], para quien, en el supuesto de pago *in natura* del derecho de alimentos, el mismo será parcial, “puesto que el derecho de alimentos no solo comprende la habitación, sino también el sustento, la educación, la sanidad, etc.”; ROCA TRÍAS, E., “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad”, en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER. P. J.), EUNSA, Pamplona, 1989, pp. 198-199, para quien la asignación de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden supone una forma de contribución a las cargas, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 154.1º CC corresponde a los padres el deber de alimentar a los hijos y, entre los alimentos, debe comprenderse la habitación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 142.I CC; BENAVENTE MOREDA, P., “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, en ADC, núm. 3, 1988, pp. 891 y ss., quien considera que la atribución de la vivienda familiar forma parte del derecho de alimentos o pensión alimenticia concedida en favor de los hijos, al que han de contribuir cada uno de los cónyuges conforme al art. 93 CC; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, pp. 26-27; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>160</sup> *Vid.*, entre otras: SSTS 191/2011 de 29 de marzo, 622/2013 de 17 de octubre o 33/2017 de 19 de enero.

por parte del progenitor no conviviente. Y, por ello, la consideran un cumplimiento *in natura* de la pensión de alimentos que se tendrá en consideración a la hora de cuantificar esta última. La razón de tal postura la centran, principalmente, en el hecho de que la vivienda sea uno de los conceptos que integran la pensión alimenticia.

Nosotros, en cambio, consideramos necesario realizar una precisión. La justificación o fundamento de la protección de los hijos no se encuentra, simplemente, en la necesidad habitacional como parte integrante del derecho de alimentos.

En primer lugar, téngase en cuenta que los alimentos no obligan a proveerlos *in natura*, sino que obligan a proveer los recursos necesarios para satisfacer dichas necesidades<sup>161</sup>. Si el fundamento de la medida se identificase, simplemente, con el derecho de alimentos, con la cobertura económica de las necesidades de los hijos —en este caso, necesidad habitacional—, la satisfacción se podría alcanzar, igualmente, a través de una pensión o mediante la adjudicación de otra vivienda. En segundo lugar, la consideración del derecho de uso como una forma de pago del deber de alimentos conllevaría que el titular del uso fuese, en todo caso, el hijo —algo que descartaremos en el capítulo cuarto, V—, por lo que cualquier cambio de residencia podría ocasionar un conflicto en el caso de que, pese al acuerdo de los padres, existiese oposición del menor, siendo necesario, pues, el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC) y un pronunciamiento judicial<sup>162</sup>.

En estos casos en los que existen hijos menores, la justificación hemos de encontrarla, más bien, en el deber de los padres de velar por los hijos (art. 154.1º CC)<sup>163</sup>. Deber de velar que, por otra parte, solo existe respecto de los hijos menores y no respecto a los

---

<sup>161</sup> Vid. SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 35, y en *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, El Cano (Navarra), 2001, pp. 58 y ss. Otro argumento para llegar a igual conclusión, es el utilizado por MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006 [LA LEY 2627/2006], quien apunta que el derecho de uso tiene una finalidad de garantizar la satisfacción de la necesidad de alojamiento de la familia, o del cónyuge más necesitado de protección, nada que ver con la finalidad asistencial de la pensión de alimentos, o mucho menos, con la de la pensión compensatoria. Nosotros, pese a negar que tales pensiones sean el fundamento de la atribución, no descartamos el carácter asistencial de la medida.

<sup>162</sup> Vid. TAMAYO CARMONA, J. A., “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?”, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011 [consultado el 5 de mayo de 2017], disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar>.

<sup>163</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (coord. GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.)*, vol. II, CRPME, [s.l.], 2004, pp. 3106 y ss. y LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 534.

mayores u otros parientes. Obligación que tiene un contenido mucho más amplio que el deber de prestar alimentos recíprocos, pudiendo formar parte de la misma la evitación del perjuicio que supone para los hijos el cambio de domicilio y del entorno en el que han venido viviendo, siendo esto lo que justifica que se hable de vivienda familiar y no de otro inmueble o de su sustitución por una cuantía económica.

Ahora bien, que el fundamento, la razón de ser de la norma contemplada en el art. 96 CC, no sea la obligación de alimentos, no quiere decir que la atribución del uso no acabe incidiendo en las pensiones alimenticias que se fijen, como desarrollaremos en el epígrafe V.2.4 de este capítulo.

### 3.2 Inexistencia de hijos menores

En el caso de inexistencia de hijos, o siendo estos mayores de edad, el art. 96.III CC dispone: *“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*<sup>164</sup>.

En tales supuestos, la regla general es, pues, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge titular o, más bien, la no atribución a ninguno, pues el titular la disfrutará por derecho propio<sup>165</sup>. Únicamente cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable, y su interés fuese el más necesitado de protección, podrá atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge no titular<sup>166</sup>; pero no deja de ser una medida excepcional y que, como tal, ha de interpretarse de forma restrictiva.

Ahora bien, ¿por qué se ha de proteger el interés de aquél que ya no es cónyuge?

---

<sup>164</sup> Cuando se refiere al “no titular” realmente se está refiriendo al no titular exclusivo; o, dicho de otra forma, mediante una interpretación extensiva, también se entenderá aplicable cuando la vivienda fuese ganancial o de propiedad de ambos cónyuges en proindiviso, pues no tendría sentido lo contrario, que haría de peor condición al cónyuge cotitular dominical que a aquel que no tiene derechos sobre el inmueble. *Vid.*, en tal sentido, las SAP de Madrid 545/2005 de 11 de julio.

<sup>165</sup> *Vid.*, entre otras: SSTS 183/2012 de 30 de marzo, 174/2015 de 25 de marzo, 315/2015 de 29 de mayo, o 385/2015 de 23 de junio. En el caso de que ambos cónyuges fuesen titulares de la vivienda, si ninguno de ellos tuviera un interés más necesitado de protección que el otro, la administración y el disfrute de la misma se regirá por las normas del Código Civil sobre comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC), habiendo existido sentencias que no atribuían el uso a ninguno de los cónyuges (*vid.* SSTS 1067/1998 de 23 de enero, 73/2014 de 12 de febrero o 176/2016 de 17 de marzo) y otras que lo atribuían a ambos por periodos alternos (*vid.* SSTS 700/2012 de 14 de noviembre y 604/2016 de 6 de octubre).

<sup>166</sup> *Vid.* la STS 372/2015 de 17 de julio, en la que el interés más necesitado de protección es, precisamente, el del titular.

Aquella misma corriente que defiende que la atribución del uso no es más que una manifestación de la obligación de contribuir a las necesidades de alimentación, considera que, en caso de que el uso de la vivienda se atribuya en virtud del párrafo tercero del art. 96 CC, la atribución constituye un modo de pago de la pensión compensatoria. Se apoyan, para ello, principalmente, en las posibilidades de sustitución de la pensión compensatoria contempladas en el art. 99 CC. La consideración como pago de la pensión compensatoria —estiman estos autores— puede ser total o parcial, dependiendo de la cuantía total que judicialmente se haya fijado para la misma.

En un sentido similar, otros autores, como SÁNCHEZ-CALERO, han considerado la atribución del uso algo así como un *complemento* de la pensión compensatoria<sup>167</sup>. No obstante, parecen entrar en una contradicción. A la misma vez que le atribuyen ese carácter *complementario*, aclaran que ello no quiere decir que cumpla la misma función que la antedicha pensión. Si nos atenemos al significado que, según la RAE, tiene el término complemento, este no es otro que el de “cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”. No considero que el derecho de uso de la vivienda familiar sea un complemento con el que la pensión compensatoria llegue a cumplir plenamente su propósito.

La diferente función que cumple una y otra es lo que nos lleva a negar que la atribución del uso de la vivienda sea parte de la pensión compensatoria.

En virtud de lo establecido en el art. 97 CC, el fin de la pensión compensatoria será el de compensar a aquel cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio.

Defiende CABEZUELO ARENAS<sup>168</sup>, al respecto, la necesidad de interpretar ese desequilibrio económico desde un enfoque subjetivo, en el que las circunstancias enumera-

---

<sup>167</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*; *vid.*, asimismo, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Crisis matrimonial...”, *op. cit.*, p. 2228 y RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

<sup>168</sup> La defensa de que no toda desigualdad equivale a desequilibrio es abordada en diversas obras. *Vid.*, entre otros: CABEZUELO ARENAS, A. L., “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en *Tratado de Derecho de la familia*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 553 y ss. Y, de la misma autora: “Diferencias importantes entre las retribuciones de los esposos no confieren automáticamente derecho a percibir pensión compensatoria: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2011”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. V (2011-2012), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 202 y ss.; “La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*,

das en el art. 97 CC servirían, no solo para cuantificar la posible pensión, sino incluso para precisar si la desigualdad se produce o no. Mantiene la autora, respecto al reconocimiento de la pensión compensatoria, que ha de acreditarse “un daño ligado al matrimonio, que aflora en la ruptura”. Es decir, el matrimonio no nace para igualar, a través de la pensión, a seres que, al unir sus vidas, ya eran radicalmente distintos. La pensión compensatoria no es “un mecanismo igualador de economías dispares”. Si, consecuencia del matrimonio, en nada se ha resentido la capacidad de cada uno de los esposos de procurarse individualmente el sustento de acuerdo con sus respectivas aptitudes, la pensión no debe funcionar como un medio para que uno de los excónyuges dependa con carácter perpetuo del otro, simplemente porque este último tenga más medios. No se trata de equiparar a cónyuges que, ya con anterioridad al matrimonio, tenían una diferente valía personal. En fin, la pensión compensatoria no la justifica la simple diferencia salarial entre los cónyuges, sino que es necesario que ello sea fruto de la pérdida, por uno de los cónyuges, de oportunidades de ascender o progresar en su carrera por haberse dedicado a la familia, a los hijos comunes, a la actividad profesional del otro cónyuge sin retribución alguna a cambio... (*vid.*, entre otras, las SSTS 864/2010 de 19 de enero y 1/2012 de 23 de enero). En definitiva, no cualquier desnivel encaja en el supuesto de hecho del art. 97 CC, sino aquel que sea fruto de sacrificios soportados por uno de los cónyuges a favor del matrimonio. Mantiene, asimismo, ROCA TRÍAS<sup>169</sup>, que la pensión compensatoria:

“constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzado por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio; la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación”.

En fin, la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio que contrasta con el carácter asistencial que se viene defendiendo en esta tesis de la medida contemplada en el art. 96 CC<sup>170</sup>, cuyo fin es la protección del más débil. Nótese que el criterio de atribución del uso de la vivienda a uno u otro cónyuge es el del interés más necesitado

---

vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 455 y ss.; o *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 49 y ss.

<sup>169</sup> ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 187.

<sup>170</sup> *Vid.*, en tal sentido, VELA FERNÁNDEZ, M. C., y BUSTILLO TEJEDOR, L. L., “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcios ante notario (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2016, pp. 188 y ss.

de protección. En cambio, la pensión compensatoria no atiende a un estado de necesidad, hasta el punto de que se puede ser acreedor de la pensión compensatoria aunque se tengan medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Establece, en este sentido, la STS 434/2011 de 22 de junio:

*“Finalmente, no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia”*. (el subrayado es nuestro)

La diferente finalidad de una y otra figura se denota con solo atender a su manifestación práctica pues, aun pudiendo concurrir ambas medidas en algunos supuestos, no tiene por qué: puede establecerse pensión compensatoria y no atribución del uso de la vivienda y a la inversa. O dicho de otra forma: puede haber desequilibrio económico y no necesidad de vivienda y a la inversa<sup>171</sup>.

Esa diferente finalidad llevaría a preguntarnos, si considerásemos la atribución del uso de la vivienda familiar como una concreción del pago de la pensión compensatoria, qué ocurriría si se dejan de cumplir los requisitos previstos legalmente para ser acreedor de la pensión compensatoria. Si la consideramos como tal, obviamente, extinguida la pensión compensatoria, se extinguirá también el derecho de uso atribuido<sup>172</sup>. Poco sentido tendría que así fuese pues, atendiendo a su distinta finalidad, sería perfectamente posible que, aun habiendo desaparecido el desequilibrio que motivó la fijación de la pensión compensatoria —y que ahora puede dar lugar a su extinción—, aún permanezca la necesidad de la vivienda familiar en el beneficiario; o a la inversa, piénsese que, mientras que la atribución del uso, como veremos, se caracteriza por su temporalidad según lo dispuesto en el propio art. 96.III CC, es perfectamente posible que la pensión compensatoria se establezca con carácter indefinido, pudiendo perdurar incluso hasta la muerte del beneficiario.

---

<sup>171</sup> Vid. en sentido contrario, MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales: (la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 199 y ss.

<sup>172</sup> Así lo reconoce COLAS ESCANDÓN, A. M., *op. cit.*



En definitiva, la pensión compensatoria y el derecho de uso de la vivienda familiar son figuras distintas que responden a razones diferentes. Ello no obsta a que la atribución del uso de la vivienda familiar amparado en el art. 96.III CC tenga incidencia en la fijación de la pensión compensatoria que, en su caso, corresponda, como veremos en el epígrafe V.2.4 de este capítulo.

En estos casos de inexistencia de hijos, la protección del más débil se justifica en las expectativas jurídicas que el matrimonio y la constitución de la familia generan en cada uno de los cónyuges, fruto de la confianza generada por la permanencia que, en principio, caracteriza al matrimonio —“para toda la vida”— y al que ambos dieron su consentimiento. Pese a las sucesivas reformas que ha experimentado el matrimonio, la facilidad en su disolución no lo ha debilitado; este sigue siendo la unión libre y estable de dos personas con intención de vida en común (*affectio maritalis*). Lo que hace al divorcio menos riguroso es asegurar que este sea libre. Pese a ello, sigue existiendo una expectativa de estabilidad: estabilidad no es sinónimo de indisolubilidad<sup>173</sup>.

Esas expectativas han de pregonarse incluso en los supuestos de nulidad del matrimonio pues, al fin y al cabo, existió una apariencia de validez. Una de esas expectativas es la que el cónyuge no titular de la vivienda familiar deposita sobre la vivienda y sobre su ajuar y que deriva, precisamente, de esa protección y régimen jurídico especial del que, durante la estabilidad matrimonial, ha gozado el referido inmueble. En virtud de esta última expectativa, el no titular, durante la estabilidad matrimonial, no se planteará dar solución a la carencia de aquello — la vivienda— que, gracias al matrimonio, ya tiene. Expectativa, en definitiva, que es la que sirve de fundamento para que se siga manteniendo ese régimen jurídico especial de la vivienda familiar aun tras la crisis matrimonial. El legislador extiende la solidaridad y ayuda mutua, que caracteriza al matrimonio, más allá del mismo<sup>174</sup>. En este sentido, las SSTS de 18 de enero de 2010 y de 27

---

<sup>173</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Divorcio a la española”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R. M.), vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pp. 259 y ss.

<sup>174</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.* Ya en “Fundamento de la atribución...”, *op. cit.*, pp. 3106 y ss., había defendido que la razón que justifica la privación del uso al titular en los supuestos en que no existen hijos menores es el principio general del Derecho de la buena fe en las relaciones jurídicas: “la ética y la honradez exigen este deber de colaboración del titular con el no titular, obligándole a permitir que sea su cónyuge, más necesitado y no él, el que disfrute de la misma”. Este art. 96.III CC sería una manifestación de la actuación de la buena fe postcontractual que sirve de fundamento a ciertas normas o deberes que han de regir la liquidación de una situación creada por un contrato anterior y ahora extinguido. Se trata, en fin, de una aplicación tipificada de la buena fe objetiva, en tanto que no se trata un precepto que remita a la buena fe “para que sirva de inspiradora”, sino que recoge como norma, directamente, lo que el legislador considera que el principio de buena fe exige en el supuesto que contempla. En el mismo sentido, en *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimo-*

de febrero de 2012, relativas a la oponibilidad del derecho de uso atribuido a terceros que hayan adquirido en la subasta consiguiente a la acción de división, aluden a que “*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 excónyuges*”.

Ahora bien, no considero —como sí defiende MARTÍN MELÉNDEZ— que estemos ante una protección de las expectativas comparable a la que se produce en contratos tales como el de comodato o el de sociedad<sup>175</sup>. Además de que el matrimonio no es un contrato más<sup>176</sup>, esta especial necesidad de la que puede adolecer el cónyuge no titular no es una mera frustración de expectativas, sino que ha de tratarse de una necesidad directamente vinculada con la vivienda. Es más, en el caso del matrimonio, la protección consiste, no en la permanencia del contrato —matrimonio, en este caso—, sino en la de uno de sus efectos, que no es otro que el derecho a la vivienda constitucionalmente reconocido.

## 4. Tipo de necesidad

### 4.1 Necesidad de tipo personal o social

Hemos mantenido que la razón de la medida consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar no es otra que proteger al más débil. Y hemos justificado por qué se ha de proteger.

---

*niales* (art. 96, p. I, 2 Y 3 CC): *teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 86. También HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 321, y en “Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 113, mantiene que, en estos casos, el derecho del no titular a la vivienda deriva “de la consideración de la relación familiar anterior”.

<sup>175</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*

En el caso del mandato, si bien el mandatario puede renunciar al mismo (arts. 1732.2 y 1736 CC), el art. 1737 CC establece que “*debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta*”. Por su parte, el contrato de sociedad también es extinguido por voluntad de cualquiera de los socios (art. 1700.4º CC). Sin embargo, el art. 1705.II CC establece que, para que la renuncia surta efecto, habrá de ser hecha de buena fe en tiempo oportuno, considerándose inoportuna “cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución” (art. 1706.II CC). Con la realización de la renuncia en tiempo oportuno —considera CAPILLA RONCERO— se trata “de evitar que los consocios sufran un perjuicio como consecuencia de la brusca finalización de la relación social”.

<sup>176</sup> El Sr. diputado MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, jurista además de político, en el debate de las enmiendas presentadas al Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, dijo que “aunque entendiésemos, que no lo entendemos, que el matrimonio es algo que es como un simple contrato, habrá que acordar que es mucho mayor la libertad que existe para contratar que la libertad que se puede exigir para romper un contrato previamente formalizado”. Y vuelve sobre el particular diciendo “entendemos que el matrimonio no es un contrato, es mucho más; con el matrimonio se ha forjado una comunidad vivida, hay terceros interesados, como son los hijos, desde puntos de vista ético-morales, e incluso patri-moniales, y que, naturalmente, hay que poner algunas cautelas”.

La medida tiene, pues, un marcado carácter asistencial<sup>177</sup> ante la situación de verdadero desamparo y necesidad a que se puede ver abocado cualquiera de los cónyuges tras la crisis matrimonial. Pero no se trata de una necesidad de cualquier tipo, sino de una necesidad de tipo habitacional. La necesidad habitacional se entiende que existe cuando, además de la vivienda familiar, no se dispone de ningún otro derecho en el patrimonio que permita el uso de una vivienda que reúna las condiciones necesarias para su utilización, siempre que esta situación de necesidad no haya sido provocada (buena fe del art. 7.1 CC).

Ahora bien, hemos de precisar aún más esa necesidad de tipo habitacional. No es suficiente con el recurso a los preceptos constitucionales que hemos citado para justificar la medida concreta que nos ocupa. Si acudimos al art. 3.1 CC, “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. Por tanto, el espíritu y finalidad de la norma es el faro que ha de guiar al intérprete.

En este sentido, ¿por qué el precepto se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, y no de otra cualquiera? Porque la finalidad del legislador, con esta norma, no es la de satisfacer una necesidad habitacional de tipo —al menos exclusivamente— económica. En este sentido, el legislador es consciente de la función de relación social tan sumamente importante que tiene la vivienda familiar<sup>178</sup>. Se trata, principalmente, de satisfacer una necesidad de tipo personal o social. La necesidad habrá de ir vinculada a la existencia de una serie de intereses —no necesariamente de carácter económico— que solo es posible satisfacerlos con la atribución de la vivienda que antes de la crisis matrimonial venía siendo la familiar, y no de otra. No es tanto un valor objetivo, como subjetivo.

De no entenderse así, ¿por qué ha de ser, necesariamente, la vivienda familiar la que se atribuya y no cualquier otra que poseyese el mismo titular? ¿Por qué limitar el derecho de propiedad del cónyuge titular en lugar de sustituir tal medida por una cuantía

---

<sup>177</sup> Ese mismo carácter es defendido por autores como SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.* o TAMAYO CARMONA, J. A., “¿Patrimonialización...?”, *op. cit.*

<sup>178</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 99, apunta que, en las aglomeraciones urbanas, la vivienda familiar da al usuario referencia respecto de la definición del grupo familiar en sociedad.

económica destinada a un alquiler? Porque la necesidad —reiteramos— no es —o no habría de ser—, según está planteado el precepto, meramente de tipo económica<sup>179</sup>.

Pero, ¿a qué nos estamos refiriendo con una necesidad de tipo personal o social en relación con la vivienda? Veámoslo diferenciado los supuestos según si existen, o no, hijos menores de edad.

## 4.2 Supuesto de existencia de hijos menores

### 4.2.1 El mantenimiento del entorno

Existiendo hijos comunes menores de edad, la necesidad de tipo social a la que nos venimos refiriendo vendrá determinada, fundamentalmente, por la protección y desarrollo de los hijos en el entorno en el que han venido viviendo<sup>180</sup>.

Se suele hacer referencia, aquí, a la denominada como “*teoría del apego*”<sup>181</sup>. A la vista de que el menor aún no ha alcanzado la madurez y se están sentando las bases de su personalidad, resulta conveniente, para el interés del mismo, mantenerlo, tras la ruptura de sus padres, en la vivienda que venía ocupando y a la que le unen lazos de tipo social, escolar, afectivo, etc.

En la experiencia jurídica italiana también prevalece una lectura personalista del derecho de uso, al que se le asigna una finalidad de naturaleza extrapatrimonial: aunque la atribución tenga efectos reflejos de carácter económico, se ha de dirigir a la tutela de la personalidad de la prole<sup>182</sup>. La doctrina mayoritaria justifica la medida en la necesidad

---

<sup>179</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”, en *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science*, núm. 5, 2011, p. 13, mantiene que son “objetivos de carácter social los que determinan este derecho especial de uso. Lo que trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y afecto”.

<sup>180</sup> La preocupación por el entorno social del menor se contempla en la LOPJM, que considera principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores “*su integración familiar y social*” (art. 11.2.c), así como contempla que, en toda intervención, se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral.

<sup>181</sup> En este sentido se pronuncian, entre otros: ZUMAQUERO GIL, L., “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012”, en *RADP*, núm. 32, 2013, [BIB\2013\2439]; CARRE-RAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 86-87; LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012”, en *CCJC*, núm. 90, 2012, pp. 391-392 y “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 533; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario a la STS de 15 de marzo de 2013”, en *CCJC*, núm. 93, 2013, p. 531; VIOLA DEMESTRE, I., “Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2013”, en *CCJC*, núm. 95, 2014, p. 601; SALAZAR BORT, S., *La tutela especial...*, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

<sup>182</sup> *Vid.*: Cass., 20 de abril de 2011, núm. 9079; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979; Cass., 26 de mayo de 2004, núm. 10102.

de evitar que los hijos salgan del entorno en el que viven, manteniéndolos en su hábitat doméstico “considerado como centro de afectos, intereses y hábitos de vida”<sup>183</sup>. Se consigue, con ello, que el cambio de vida que les supone la crisis familiar, sea menos dramático de lo que ya de por sí lo es<sup>184</sup>. El derecho, pues, a habitar en la casa familiar, se deriva directamente de los derechos constitucionalmente reconocidos a los hijos en el art. 30 de la Constitución italiana.

#### 4.2.2 La exclusión de los hijos mayores de edad

Una de las cuestiones más discutidas en torno al primer párrafo del art. 96 CC es el de si, en el concepto “hijos”, al que el mismo se refiere, tienen cabida, o no, los hijos mayores de edad, pues nada especifica el precepto. Los autores que defienden la aplicación del art. 96.I CC a los hijos dependientes económicamente de sus progenitores<sup>185</sup>, se apoyan en la literalidad del precepto y en argumentos tales como que se trata de una forma de contribución a los alimentos —entre los que se incluye la habitación— y estos pueden corresponder también a los mayores de edad.

En cuanto a la literalidad del precepto, cierto es que el párrafo primero del art. 96 CC no se refiere a hijos menores, ni tampoco a cónyuge custodio, pero tampoco los arts. 90.2, 91, 92 y 93.1 CC especifican nada y nadie discute que se refieran únicamente a los hijos menores (*cf.* 93.2 CC que sí especifica y lo hace para referirse a los mayores de edad)<sup>186</sup>.

En cuanto a la consideración de la atribución como una forma de contribución a los alimentos, ya defendimos que el fundamento del derecho no es la prestación de alimentos. Es más, aunque así fuese, nótese la especial consideración que tienen, en el Código

---

<sup>183</sup> Vid. Corte Cost., 13 de mayo de 1998, núm. 166.

<sup>184</sup> Vid. BONILINI, G., *op. cit.*, pp. 207-208; FERRANDO, G., *op. cit.*, pp. 214 y 219.

<sup>185</sup> Vid., entre otros: CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 401; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 759; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 18; MANZANA LAGUARDA, M., “La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007 [TOL1.055.568]; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, p. 61; o ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, en *AC*, núm. 2, 2014 [LA LEY 647/2014].

<sup>186</sup> Mantiene MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 167 y ss., asimismo, que el verbo “queden” indica que los hijos están en compañía de un cónyuge, no por decisión propia, sino ajena (padres o juez), de modo que han de ser hijos menores.

Civil, los alimentos de los hijos menores respecto de los alimentos de los hijos mayores y del resto de parientes, tanto en el propio régimen legal a que quedan sometidos<sup>187</sup>, como en otros aspectos a los que se refiere la STC 57/2005 de 14 de marzo<sup>188</sup>. Una de esas diferencias, de interés para nosotros, la encontramos en la forma de prestar los alimentos. En virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 149 CC —que regula los alimentos a los hijos mayores de edad—, “*El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos*”. En ningún momento se dice que pueda —ni mucho menos deba— satisfacerlos atribuyendo el uso de una vivienda.

Tanto la jurisprudencia como gran parte de la doctrina más reciente siguen una línea contraria a la inclusión de los hijos mayores de edad<sup>189</sup>. En la jurisprudencia, un antes y un después, a fin de aclarar este asunto, lo marcó la STS 624/2011 de 5 de septiembre, que fija como doctrina jurisprudencial: “*la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC*”<sup>190</sup>, pues “*una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella*”.

Consideramos, no obstante lo anterior, que la justificación es aún más fácil si atendemos al fundamento y a la finalidad que venimos defendiendo de la medida contemplada en el art. 96.I CC: interés superior del menor y su íntima relación con el mantenimiento del mismo en su entorno. En virtud de ello, la aplicación del art. 96.I CC única-

---

<sup>187</sup> Mantiene MARTÍN AZCANO, E., “La pensión alimenticia...”, *op. cit.*, que los deberes alimenticios entre parientes e hijos menores se regulan por las disposiciones de la filiación y de la patria potestad (arts. 154 y 92.1 y 93 CC) y, subsidiariamente, por el régimen general de alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. CC (art. 153 CC). *Vid.* la STS de 5 de octubre de 1993.

<sup>188</sup> *Vid.* LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, p. 56; PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., “Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 172, 2015, p. 133.

<sup>189</sup> *Vid.*, entre otros: RUBIO TORRANO, E., “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2011, pp. 11-13 [BIB 2011\1738]; REYES GALLUR, J. J., “La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 59, 2013, p. 39; o CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 88.

<sup>190</sup> En este sentido, *vid.*, entre otras: SSTS 183/2012 de 30 de marzo, 707/2013 de 11 de noviembre, 73/2014 de 12 de febrero, 603/2015 de 28 de octubre, 604/2016 de 6 de octubre, 636/2016 de 25 de octubre o 741/2016 de 21 de diciembre.

En las resoluciones anteriormente referidas, el argumento expuesto se utiliza para denegar la atribución del uso de la vivienda familiar en virtud del art. 96.I cuando los hijos son ya mayores de edad. Pero esta doctrina es, asimismo, referida en otras muchas resoluciones en las que, pese a haberse atribuido el uso por ser los hijos menores de edad, consideran la mayoría de edad como límite temporal de la referida atribución: SSTS 310/2004 de 22 de abril, 100/2006 de 10 de febrero, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril, 635/2016 de 25 de octubre, 390/2017 de 20 de junio y 527/2017 de 27 de septiembre.

mente tiene sentido cuando existen hijos menores de edad y solo mientras que lo sean —como veremos al estudiar la temporalidad al final de esta obra—<sup>191</sup>.

Valga, por otra parte, decir que esta cuestión parece haber sido ya solventada en el Derecho foral a través de sus textos normativos. Así, se abandona aquella alusión a la “compañía” del art. 96 CC y se hace referencia al progenitor o cónyuge al que le corresponda la custodia de los hijos (art. 81.2 CDFA<sup>192</sup>, art. 233-20.2 CCcat. o art. 12.2 LVRF); el art. 233-20.3.b CCcat., incluso, equipara el supuesto de hijos mayores de edad al de inexistencia de hijos. En esta misma línea se proyectó también la reforma del art. 96 CC por el ALCP: “*Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores (...)*”<sup>193</sup>. En el Derecho extranjero, por su parte, el tratamiento es claro en el ordenamiento jurídico francés, cuyo art. 285-1 CCfr. conecta la atribución de la vivienda familiar con la custodia de los hijos; se establece, además, como límite temporal máximo, la mayoría de edad de los hijos.

#### 4.2.2.1 Existencia de hijos mayores de edad discapacitados o incapacitados

Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existe un hijo, mayor de edad, discapacitado o incapacitado. Común denominador a todos estos supuestos es que el progenitor a cuyo cargo permanece este mayor de edad, a sabiendas del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que excluye la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el art. 96.I CC, centra el peso de su argumentación en la necesidad de equiparar el hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado a los hijos menores de edad, para que así le sea de aplicación el primer párrafo del art. 96 CC.

---

<sup>191</sup> *Vid. infra*, cap. sexto, I.2.

<sup>192</sup> Refiere LÓPEZ AZCONA, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés”, en *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 21-22, 2015-2016, p. 53 y en “La solución del Derecho civil aragonés y de los restantes Derechos civiles territoriales”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017, p. 99, que hay sentencias que atribuyen *ex novo* el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores en formación y al progenitor con el que convivan, pese a que esta posibilidad no se contemple expresamente en el art. 81 CDFA; la Sección en la que se sitúa el precepto se refiere, no a la custodia, sino a los “hijos a cargo”. *Vid.*, en este sentido: SAP de Huesca 205/2013 de 30 octubre y SSAP de Zaragoza 373/2015 de 14 julio, 396/2015 de 28 julio y 503/2015 de 14 octubre.

<sup>193</sup> También la nueva redacción del art. 96 CC, propuesta por el reciente ALD, se refiere, de forma expresa, a los hijos comunes menores de edad.

Si nos remontamos a la referida STS 325/2012 de 30 de mayo, la misma trae causa de un supuesto en el que se había declarado judicialmente la incapacidad plena de uno de los hijos, mayor de edad, rehabilitándose la patria potestad de la madre. El Tribunal Supremo consideró que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, estando, así, incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados. Interpretación, esta, que consideraba avalada por la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la referida Convención.

Ahora bien, no ha sido esta la única sentencia dictada sobre el particular. Se ha de atender, asimismo, a la STS 31/2017 de 19 de enero, que se distancia de la sentencia anterior. En este caso, la esposa recurrente alega infracción del art. 96.I CC y solicita que la atribución del uso lo sea con carácter indefinido atendiendo a que convive con una hija, mayor de edad, que padece de una esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control. El Alto Tribunal desestimó el recurso considerando que, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de 2012, ahora la discapacidad no había sido reconocida judicialmente, ni constaba en autos resolución administrativa de discapacidad. No obstante, no parece ser este el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo desestimase el recurso.

Uno de los argumentos en los que realmente se apoya el Tribunal Supremo para rechazar la equiparación pretendida —entre hijo menor e hijo mayor discapacitado— es en el tan reiterado carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 CC no configura el derecho de uso con carácter indefinido. En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad —como veremos—<sup>194</sup>, al considerarse que su especial protección va vinculada a la minoría de edad, ello —mantiene el Alto Tribunal en la sentencia de 19 de enero de 2017— *“proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo”*. En cambio, en el caso de que el uso se atribuya en virtud de la existencia de un hijo discapacitado —o con la capacidad judicialmente modificada—,

---

<sup>194</sup> Vid. *infra*, cap. sexto, I.2.1.



precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar, en principio, *sine die*<sup>195</sup>.

El Alto Tribunal, en la referida sentencia de 19 de enero de 2017, acaba considerando que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor, pues *“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”*.

El Tribunal Supremo, en cambio, sí reconoce la equiparación en supuestos de prestación de alimentos, con el fin de que pueda superarse la condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario<sup>196</sup>.

Es, precisamente, esta equiparación a efectos de alimentos, lo que hace que no se entienda la postura del Tribunal Supremo respecto a la atribución del uso de la vivienda.

Nosotros hemos venimos defendiendo que la de los alimentos es una cuestión totalmente distinta a la pretendida equiparación a efectos del art. 96 CC<sup>197</sup>: una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta —como defiende el Tribunal Supremo— es que siempre haya de imponerse limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando haya otras formas de protección no discriminatorias. Alcanzada la mayoría de edad, las necesidades de vivienda y alojamiento que puedan tener los hijos, y que no puedan atenderlas por sí mismos, serán satisfechas mediante la obligación de alimentos de los progenitores<sup>198</sup>. En este mismo sentido se pronuncia la STS 167/2017 de 8 de marzo —en la que el hijo sufre esquizofrenia, al igual que ocurría en la sentencia de 19 de enero de ese mismo año—, así como la de 4 de abril de 2018 —en la que existe, incluso, una rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre—. En esta última sentencia existe, además, un argumento añá-

---

<sup>195</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios...”, *op. cit.*, p. 76, se opone a la equiparación entre hijo mayor de edad incapacitado e hijo menor de edad, pues siendo tal incapacidad, en muchas ocasiones, de por vida, se trataría de una medida con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad de uno de los cónyuges. Contrasta lo anterior con el tratamiento de la cuestión en Italia, donde se mantiene que, pese a la natural temporalidad del derecho atribuido, esta puede ser superada por razones particularmente graves, como la total invalidez del hijo mayor, que puede justificar una duración indefinida de la atribución. *Vid.* FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 222. *Vid.* Cass., 19 de diciembre de 2001, núm. 16027.

<sup>196</sup> *Vid.*: STS 372/2014 de 7 de julio, 547/2014 de 10 de octubre o 430/2015 de 17 de julio.

<sup>197</sup> *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>198</sup> *Vid.*, en tal sentido, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios...”, *op. cit.*, p. 78, quien apunta que en nuestras normas hay otros mecanismos de asistencia que no implican la atribución del uso de la vivienda, como el derecho de alimentos.

dido para negar la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija discapacitada y al progenitor en cuya compañía permanece: la esposa recurrente había adquirido una vivienda en la que podía convivir con su hija, siendo la vivienda familiar propiedad de ambos progenitores. Es decir, podrían entenderse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios.

Lo que no se acaba de entender es la postura del Tribunal Supremo que, pase a haber asimilado en infinidad de ocasiones la atribución del uso de la vivienda a los alimentos, ahora defiende la equiparación del hijo mayor discapacitado al menor solo a efectos de alimentos, pero no del uso de la vivienda. Con la postura adoptada en las últimas sentencias, para Alto Tribunal resulta indiferente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad, discapacitados e incluso incapacitados.

Nosotros consideramos necesario y justificado, en determinados casos, equiparar a los hijos menores, no solo el hijo mayor incapacitado, sino también el discapacitado. Será en aquellos supuestos en los que la situación de discapacidad hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, de forma que tal necesidad no fuera posible satisfacerla de otra manera. Habría que atenderse, pues, caso por caso. Se cumpliría, así, con el fundamento de la medida, al que acudimos de nuevo: la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar<sup>199</sup>.

En esta línea se sitúa la nueva redacción del art. 96 CC propuesta por el reciente ALD<sup>200</sup>, que salva, asimismo, el problema de la temporalidad apuntado más arriba, al disponer: *“la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho”*<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., “¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.), vol. IX (2017), Dykinson, Madrid, 2018, p. 250, quien considera que “también para los discapacitados puede resultar decisivo la preservación del espacio donde ha discurrido su existencia o la evitación de mudanzas o variaciones bruscas en su modo de vida”.

<sup>200</sup> Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, p. 220.

<sup>201</sup> Art. 96.I y II, según la redacción propuesta por el ALD: *“Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación”*

### 4.2.3 Incidencia del tipo de necesidad en los criterios de atribución

Como se desprende del título de esta obra, no es objetivo de la misma indagar o interpretar los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar. Sobre ello ya se han escrito cuantiosas obras —la mayoría de las que se refieren al art. 96 CC—. Se trata, además, de un tema más propio de política legislativa. No obstante, consideramos necesario hacer una breve alusión a los mismos en la medida en que puedan estar en relación con el tipo de necesidad al que nos venimos refiriendo o que puedan servir al lector para la mejor comprensión del resto de la obra.

#### 4.2.3.1 Custodia exclusiva de los hijos

Teniendo en consideración el tipo de necesidad al que nos hemos referido, ha de entenderse, de acuerdo con la doctrina mayoritaria<sup>202</sup>, que lo contemplado en el art. 96.I CC es una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos menores, así como de que el interés de los menores se satisface mediante la atribución del uso de la vivienda familiar. Esto no quiere decir que deba ponderarse, en cada supuesto, los intereses de hijos y cónyuge custodio con el cónyuge que no lo es,

---

<sup>202</sup> Vid., en este sentido: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en Derecho común”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 69, y en “Crisis matrimonial...”, *op. cit.*, p. 2222; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, p. 60; MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015, [LA LEY 2736/2015]; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 295; VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 165; ZUMAQUERO GIL, L., “El ejercicio...”, *op. cit.*; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 33; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *op. cit.*, p. 531; REYES GALLUR, J., *op. cit.*, p. 54; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *op. cit.*; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 59-60, y, en el mismo sentido, en “La atribución judicial...”, *op. cit.*; LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 540-541; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, p. 147. Especialmente crítica con el primer párrafo del art. 96 CC ha sido CABEZUELO ARENAS, A. L., “El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, pp. 332 y ss., quien considera que el problema es que, queriendo proteger al menor con “esa obsesión por garantizarle que no será apartado del lugar en el que se ha desarrollado hasta ahora su vida”, el Tribunal acaba llevando al extremo contrario. En pp. 358-359, considera contradictorio que, habiendo “caído el dogma” de la incondicionalidad de los alimentos de los menores en caso de falta de capacidad contributiva del progenitor obligado, en cambio, se siga apostando por la incondicionalidad del uso de la vivienda que es precisamente manifestación del deber de alimento.

como sí sucede en el supuesto del art. 96.III CC cuando no hay hijos; aquí, reiteramos, lo que existe es una presunción, con la posibilidad de enervarla. Podrá probarse, así, bien que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no custodio; bien que, atendiendo al fundamento y finalidad de la norma, no es necesaria la atribución del uso de la vivienda familiar para satisfacer el interés o necesidad del menor<sup>203</sup>.

Nótese, además, que el interés del menor no solo está vinculado con la vivienda familiar, sino que es algo más amplio, por lo que, teniendo cubierta su necesidad habitacional por otro medio, nada obsta a que la protección de su interés se alcance en mayor medida atribuyendo la vivienda al no custodio si esto supone, por ejemplo, no hacerle incurrir en una situación económica tan deficiente que le impida afrontar el pago de una pensión alimenticia para el sustento del menor respecto al resto de conceptos que, más allá de la habitación, conforman los alimentos<sup>204</sup>.

Sobre la amplitud del interés del menor, mantuvo la la STS 426/2013 de 17 de junio:

*“el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status, si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros”.*

Esta presunción *iuris tantum* parece ser la línea seguida en los distintos derechos forales. Contemplan, como criterio general, la atribución del uso al cónyuge custodio,

---

<sup>203</sup> MORENO NAVARRETE, M. A., *op. cit.*, p. 476, considera que, en muchas ocasiones, “la protección de los hijos viene determinada por la estabilidad y sentimiento de igualdad de los padres en la inexcusable misión de asistir, educar y formar a los hijos”.

<sup>204</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., “El art. 96 CC...”, *op. cit.*, p. 333, compara la situación con lo que ocurriría con la tela de Penélope: “lo que se adelanta por un lado —garantizándole a ultranza la permanencia en un entorno— se deshace por otro. Arrastrando a la miseria al pagador de la pensión (...) que avalará su pretensión de suspensión de pago de los alimentos”.

pero establecen excepciones al mismo; así ocurre en Aragón<sup>205</sup>, en Cataluña<sup>206</sup> o en País Vasco<sup>207</sup>, y así se contemplaba en Valencia<sup>208</sup> y en la reforma del art. 96.2 CC que preveía el ALCP<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> Art. 81.2 Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFFA): “*Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor*”. Vid., al respecto, LÓPEZ AZCONA, A., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, pp. 54, y en “La solución...”, *op. cit.*, p. 119, donde la considera una solución ambigua e imprecisa.

<sup>206</sup> Art. 233-20.2 CCcat.: “*Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta*”.

Art. 233-20.4 CCcat.: “*Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos*”.

El CCcat., establece, asimismo, junto a la excepción a la que hemos aludido, una exclusión. Así, en virtud del art. 233-21.1 CCcat. “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: a) 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. b) 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”. MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán y reforma del art. 96 CC”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017, p. 208, considera que sería preferible regular como supuestos de extinción del uso los que el legislador catalán denomina como supuestos de “exclusión”.

Sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en el Código Civil catalán, *vid.*: PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña (coord. PUIG BLANES, F. y SOSPEDRA NAVAS, F.)*, t. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 420 y ss.; MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Persona y Familia: estudios de Derecho civil catalán (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A. y MARTINELL GISPÉRT-SAÚCH, J.)*, Difusión Jurídica, Madrid, 2014, pp. 233 y ss.; DÍAZ FRAILE, J. M., “El uso de la vivienda familiar en el libro segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 429 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., “El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial: implicaciones sustantivas y registrales”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 471 y ss.

<sup>207</sup> Art. 12.3 Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, LVRF): “*El juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel miembro de la pareja que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos e hijas, objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor tuviera medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los y las menores y fuera compatible con el interés superior de estos*”.

<sup>208</sup> El art. 6.1 de la ya derogada Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (en adelante, LVaRF) —declarada inconstitucional y nula por la STC de 16 de noviembre de 2016, aunque no por este motivo—, establecía que “*se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda*”.

<sup>209</sup> Art. 96.2.I y II CC, según la reforma proyectada por el ALCP: “*Cuando la guarda y custodia de los hijos fuera ejercida por uno solo de los progenitores, el Juez atribuirá el uso de la vivienda familiar, de los enseres y del ajuar existente en atención a lo que sea más conveniente para el interés superior de los hijos, a criterios de necesidad y a la titularidad de la vivienda. Cuando alguno de los hijos quedare en la compañía de un progenitor y los restantes en la del otro, el Juez resolverá atendiendo al interés más necesitado de protección*”.

De la referida atribución automática al cónyuge custodio también se acaba separando el Derecho extranjero. En el Derecho italiano, el art. 6.6 Ldiv. establece que la habitación en la casa familiar corresponde preferentemente al progenitor al que se le confían los hijos o con el que los hijos vienen conviviendo una vez alcanzada la mayoría de edad, así como que, en cualquier caso, a efectos de la asignación, el juez tendrá que evaluar las condiciones económicas de los cónyuges y favorecer al cónyuge más débil. Aunque —como ya advertimos— sigue vigente tal precepto, el nuevo art. 337-*sexies* CCit. establece que el juez atribuirá el uso de la casa familiar teniendo en cuenta prioritariamente el interés de los hijos —“*tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*”—<sup>210</sup>. Respecto a este interés de los hijos, precisa CARAPEZZA FIGLIA que si se atiende exclusivamente a la continuidad habitacional en lugar de a la tutela de la personalidad de los mismos, se acaba produciendo un automatismo interpretativo en favor del cónyuge custodio que devalúa intereses jurídicamente relevantes —de rango constitucional—, de padres y terceros propietarios<sup>211</sup>. Para evitarlo, el juez ha de realizar una ponderación entre la posición de los hijos y la del cónyuge titular, en la que interviene una amplia gama de intereses, no solo patrimoniales, sino, sobre todo, existenciales<sup>212</sup>.

En el caso de Francia, el art. 285-1 CCfr. establece la posibilidad de que el juez constituya un arrendamiento sobre la vivienda a favor del cónyuge que ejerza solo o de forma conjunta la patria potestad sobre uno o varios hijos cuando estos posean su residencia habitual en dicha vivienda y su interés así lo exija. Así, aunque la atribución va ligada al interés de los hijos menores, la custodia de los mismos no se convierte en un criterio de atribución automática<sup>213</sup>.

---

*El Juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar a aquel progenitor que, aunque no tuviera la guarda y custodia de sus hijos, objetivamente tuviere mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el otro progenitor a quien correspondiere la guarda y custodia tuviere medios suficientes para cubrir la necesidad de vivienda de los hijos y fuere compatible con el interés superior de éstos”.*

<sup>210</sup> Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3400; POMODORO, L., GIANNINO, P. y AVALLONE, P., *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, UTET, Turín, 2009, p. 168.

<sup>211</sup> CARAPEZZA FIGLIA, G., “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, p. 120, considera que el referido automatismo hace que se frustre el recurso a criterios de proporcionalidad —en el nivel cuantitativo— y de razonabilidad —en el cualitativo— de todas las necesidades existenciales y patrimoniales que se concentran en la que ha sido la vivienda familiar.

<sup>212</sup> Vid. AULETTA, T., *op. cit.*, p. 290.

<sup>213</sup> Lo anterior contrasta con el art. 1751.II CCfr. referido al supuesto en que la vivienda se venga ocupando en virtud de un arrendamiento, en cuyo caso se atiende a los intereses sociales y familiares —*en considération des intérêts sociaux et familiaux*—.

En Portugal, por su parte, en virtud de lo dispuesto en el art. 1793 CCport., el Tribunal puede dar en arrendamiento la vivienda a cualquiera de los cónyuges, teniendo en consideración las necesidades de cada uno de ellos, así como los intereses de los hijos del matrimonio<sup>214</sup>, lo cual es también una prueba de la ausencia de automatismo alguno a la hora de atribuir la vivienda familiar.

En cuanto al tratamiento del art. 96.I por la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo sigue considerando la imperatividad del citado precepto<sup>215</sup>. En la STS 221/2011 de 1 de abril, referida a la posibilidad de limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, consideró como taxativa la regla del art. 96.I CC, en el que se protege el interés del menor, declarando como doctrina jurisprudencial 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 art. 96 CC*”. Doctrina, esta —contraria a la limitación—, que fue reiterada posteriormente: por un lado, para rehusar que, pese a la atribución del uso al custodio, la misma se limitase temporalmente siendo los hijos menores de edad —sobre lo que volveremos—<sup>216</sup>; por otro lado, para negar la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no custodio. Entre las resoluciones referidas a este último supuesto, cabe destacar la STS 257/2012 de 26 de abril: “*la ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente*”<sup>217</sup>.

No obstante lo cual, el criterio del Tribunal Supremo se ha venido relajando en los últimos años. Un antes y un después lo marcó la STS 671/2012 de 5 de noviembre, que

---

<sup>214</sup> Sobre los criterios, *vid.*: PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G., *op. cit.*, pp. 756-757, a quien se remite SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, pp. 326 y ss.; FALÇAO, M., DINIS PESTANA SERRA, M. y TENREIRO TOMÁS, S., *Direito da Família. Da teoria à prática*, Almedina, Coímbra, 2016, pp. 96-97; y RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A., *Código Civil anotado*, vol. V (Direito da família), Quid Juris, Lisboa, 2014, p. 218. Sobre qué hijos tener en consideración a tales efectos, *vid.* PASSINHAS, S., “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, p. 409.

<sup>215</sup> Salvo en algún pronunciamiento puntual, como es el caso de la STS 191/2011 de 29 de marzo, en la que el Tribunal, atendiendo a que la madre ya vivía con su nueva pareja y su hijo en una casa adquirida por ambos, afirma que, encontrándose satisfechas las necesidades de habitación del hijo, “*no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive*”, así como que tal atribución “*no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC*”.

<sup>216</sup> *Vid. infra*, cap. sexto, I.2.

<sup>217</sup> En este mismo sentido, *vid.*: SSTS 304/2012 de 21 de mayo, 193/2013 de 15 de marzo, 320/2014 de 16 de junio o 724/2016 de 5 de diciembre. Autores como UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a la STS de 14 de abril de 2011”, en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1821 y ss. rechazaron este automatismo del Tribunal.

contempla la existencia de dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo entre los cónyuges:

*“hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor”.*

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, parece asumir que lo contemplado en el art. 96.I CC es una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el del menor, reconociendo, así, la existencia de supuestos en los que se puede probar que los hijos no precisan de la vivienda familiar, encontrándose ya su necesidad habitacional suficientemente satisfecha. Supuestos, en definitiva, en los que no es necesaria la atribución del uso de la vivienda para cumplir con el fin que la misma persigue. En estos casos, la que ha venido siendo vivienda familiar se atribuye al cónyuge no custodio, o incluso no se atribuye a ninguno, mientras que los hijos, y el cónyuge en cuya compañía queden, habitarán otra vivienda, normalmente propiedad de este último y que, precisamente por eso, no necesitará atribución, sino que se habitará por derecho propio.

La propia STS 671/2012 de 5 de noviembre, se refiere a un supuesto en el que la madre ha adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, pudiendo, así, el padre, recuperar la vivienda y hacer frente a una superior prestación alimenticia. En la STS 777/2013 de 3 de diciembre, se atribuye el uso de la vivienda a la madre, pues, pese a que no era la progenitora custodia, se encontraba en una situación precaria, mientras que el interés de los hijos se encontraba plenamente amparado en la vivienda arrendada por el padre con el que conviven. La STS 448/2015 de 15 de julio, tiene en consideración que el interés de los menores ya se encuentra satisfecho en otra vivienda, propiedad de la abuela materna, mientras que la vivienda que había venido siendo fami-



liar era propiedad de la abuela paterna<sup>218</sup>. Más recientemente, la STS 181/2018 de 4 de abril, se ocupa de un supuesto en el que también la progenitora había adquirido una vivienda en la que podía convivir con su hija.

#### 4.2.3.2 Custodia repartida o custodia compartida de los hijos

El párrafo segundo del art. 96 CC contempla el supuesto en que la custodia de los hijos es repartida —que no compartida— entre ambos cónyuges, en cuyo caso “*el Juez resolverá lo procedente*”, otorgando, así, un amplio margen de discrecionalidad al juez<sup>219</sup>. Influirán, entre otros, factores referidos, en primer lugar, a los menores —tales como la edad de los mismos, si alguno se pudiese encontrar incapacitado, etc.— y, en segundo lugar, a los propios progenitores —estado de salud, situación económica, posibilidad de ocupar una vivienda distinta por parte de uno y otro progenitor, etc.— teniéndose en cuenta estos condicionantes en la medida en que afecten a los intereses de los hijos<sup>220</sup>.

Cabe apuntar que al art. 96.II CC se acude, asimismo, por el Tribunal Supremo, para su aplicación analógica —aunque se trata, más bien, de una aplicación extensiva— en aquellos supuestos en los que existen hijos menores de diferentes relaciones<sup>221</sup>.

La aplicación analógica del art. 96.II CC ha sido también la solución más aceptada tanto por la doctrina<sup>222</sup> como por la jurisprudencia<sup>223</sup> —y prácticamente la única posi-

---

<sup>218</sup> Diferente a este último supuesto es el de la STS 193/2013 de 15 de marzo, en el que si bien la esposa, junto con sus hijos menores, había fijado su domicilio en una vivienda propiedad de su padre que este le había cedido gratuitamente, la que había sido vivienda familiar —que no fue abandonada de forma voluntaria—, era propiedad del matrimonio. Afirma, el Tribunal, que no puede ponerse a cargo de los abuelos una obligación continuada que corresponde a los progenitores —máxime cuando estos pueden hacerla efectiva—, así como que un uso en precario no garantiza una vivienda segura. *Vid.*, asimismo, la STS 320/2014 de 16 de junio.

<sup>219</sup> Se ha de advertir que es un supuesto poco habitual en la práctica, pues el pretendido interés en que los hijos padezcan en la menor medida posible los efectos de la crisis matrimonial, conlleva que se procure evitar la separación de los hermanos (art. 95.5 CC *in fine*).

<sup>220</sup> *Vid.* ZUMAQUERO GIL, L., “El ejercicio...”, *op. cit.*, quien añade que, si atendiendo a los hijos, la situación es la misma para todos, se atenderá al interés más digno de protección desde el punto de vista de los cónyuges. Por su parte, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*, entiende que la situación de uno solo de los cónyuges no puede servir exclusivamente de base para la atribución del uso de la vivienda familiar.

<sup>221</sup> Es el caso contemplado en la STS 563/2017 de 17 de octubre o en la STS 79/2018 de 14 de febrero.

<sup>222</sup> *Vid.*, entre otros: PANIZA FULLANA, A., “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2015, núm. 10, pp. 79-91 [BIB 2015\107]; UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015 [LA LEY 2726/2015].

<sup>223</sup> *Vid.*, entre otras: SSTS 593/2014 de 24 de octubre, 465/2015 de 9 de septiembre, 658/2015 de 17 de noviembre, 51/2016 de 11 de febrero, 215/2016 de 6 de abril, 251/2016 de 13 de abril, 434/2016 de 27 de

ble—<sup>224</sup>, para los supuestos de custodia compartida<sup>225</sup>. No podemos afirmar que exista un vacío legal respecto a estos supuestos. El legislador no tiene que prever todos los casos, lo cual sería prácticamente imposible, sino que tiene que dar unas pautas generales, y el art. 96 CC las da<sup>226</sup>.

El interés familiar más necesitado de protección no deja de ser el de los hijos: “*no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres*” (vid. STS 593/2014 de 24 de octubre)<sup>227</sup>. Para ello se atenderá a razones de salud, económicas, de disposición de otra vivienda por los padres en la que poder convivir con los menores cuando los tenga en su compañía, etc.<sup>228</sup>

En estos casos de custodia compartida, se descarta, por el Alto Tribunal, que la referida atribución sea indefinida, en tanto que ya no existe un núcleo familiar al que proteger, como ocurre en caso de custodia monoparental o, dicho de otra forma, carece de base legal alguna siendo la custodia compartida, en tanto que “ya no rige el principio de

---

junio, 522/2016 de 21 de julio, 545/2016 de 16 de septiembre, 42/2017 de 23 de enero, 110/2017 de 17 de febrero, 183/2017 de 14 de marzo, 294/2017 de 12 de mayo, 513/2017 de 22 de septiembre, 517/2017 de 22 de septiembre, 7/2018 de 10 de enero, 95/2018 de 20 de febrero o 268/2018 de 9 de mayo.

<sup>224</sup> Por su parte, COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 11, 2016 [consultado el 20 de febrero de 2017], disponible en <https://proview--thomsonreuters--com.us.debiblio.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fperiodical%2F129726181%2Fv20160011.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=e&eid=825dc32576e7ff94fa41e4578b3cc021&eat=a-184531963&pg=13&psl=&nvgS=false>, apuesta por una aplicación analógica no del párrafo segundo, sino del tercero del art. 96 CC; las consecuencias, no obstante, no difieren.

<sup>225</sup> Supuestos de gran relevancia si se tiene en cuenta que la doctrina más reciente del Tribunal Supremo aboga por considerar el sistema de custodia compartida como prioritario: normal, incluso deseable, decía la STS 2246/2013 de 29 de abril (vid., en este sentido, las SSTS 369/2016 de 3 de junio, 433/2016 de 27 de junio o 181/2018 de 4 de abril). Durante el año 2017, la custodia compartida fue otorgada en el 30,2% de los casos de divorcio y separación, frente al 24,7% del año 2016 (datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística; disponible en: [https://www.ine.es/prensa/ensd\\_2017.pdf](https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf) [consultado el 2 de octubre de 2018]).

<sup>226</sup> En tal sentido se pronuncia MORENO VELASCO, V., “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009 [LA LEY 11689/2009].

<sup>227</sup> Sobre la posibilidad de que, siendo la titularidad del inmueble compartida, el juez no asigne la vivienda a ninguno de los cónyuges, propiciando, así, la división de la comunidad y la obtención por los cónyuges de medios económicos para afrontar de forma independiente las necesidades habitacionales, vid., entre otros, en tal sentido: LÓPEZ JARA, M., “La sustitución...”, *op. cit.*, o MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso concencioso”, en *Diario La Ley*, núm. 7105, 2009 [LA LEY 40228/2008].

<sup>228</sup> Esta parece ser la solución a la que se llega, para estos casos, en el Derecho foral, así: en Derecho aragonés, el art. 81.1 CDFA atiende a aquel de los cónyuges que tenga “*más dificultad de acceso a una vivienda*” o, en su defecto, al “*mejor interés para las relaciones familiares*”; en el País Vasco, el art. 12.4 LVRF atiende, asimismo, al cónyuge que tuviera más dificultades de acceso a una vivienda, siempre que ello fuese compatible con el interés superior de los hijos; en Cataluña, el art. 233-20.3.a CCcat. establece que el juez deberá atribuir el uso de la vivienda familiar al “*cónyuge más necesitado*”. Sobre los criterios de atribución en caso de custodia compartida, tanto en Aragón como en el País Vasco y Cataluña, vid. LÓPEZ AZCONA, A., “La solución...”, *op. cit.*, pp. 112 y ss. También el art. 96.2.III CC, según la modificación proyectada por el ALCP, se refería a la atribución “*al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda*”.

solidaridad familiar”<sup>229</sup>. En el caso de que se atribuya el uso de la vivienda familiar a los hijos y a uno de los cónyuges, lo hace, por lo general, por un breve plazo de tiempo<sup>230</sup>, con el fin de facilitar que el cónyuge beneficiario pueda rehacer su situación económica y, en cualquier caso, facilitar su transición a una nueva vivienda en la que atender las necesidades de los hijos en los periodos de efectiva guarda; plazo tras el cual, en su caso, la vivienda quedará incluida en el proceso de liquidación<sup>231</sup>. Es más, consideramos que, no existiendo un interés más necesitado de protección que otro, la vivienda familiar no debe atribuirse a ninguno de los cónyuges<sup>232</sup>; el uso corresponderá, entonces, al titular y, siendo la titularidad compartida, a ambos según las normas generales (arts. 392 y ss. CC).

### 4.3 Supuesto de inexistencia de hijos menores

Más complicado es justificar una necesidad de tipo social —a la que nos venimos refiriendo— en los supuestos en que no hay hijos comunes menores (art. 96.III CC): ¿acaso también se ha de proteger el entorno social de los cónyuges otorgándole supremacía incluso sobre la propiedad privada? Parece que no.

En la determinación de ese interés más necesitado de protección, consideramos esencial atender a dos aspectos importantes. El primero, que no tiene incidencia alguna la culpabilidad que uno u otro cónyuge hubiera podido tener en la crisis matrimonial<sup>233</sup>. El segundo aspecto, que la propiedad también es un derecho constitucionalmente protegi-

---

<sup>229</sup> Sobre la temporalidad, *vid.* TORRELLES TORREA, E., “Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación”, en *RDP*, núm. 101, 2017, pp. 73 y ss., y COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal...”, *op. cit.* Por su parte, CABEZUELO ARENAS, A. L., “El art. 96 CC...”, *op. cit.*, p. 340, considera contradictorio que, en caso de custodia exclusiva, el Tribunal considere la limitación temporal lesiva al interés del menor y no lo sea, en cambio, cuando la custodia es compartida; de ser lesiva —dice— “esta solución se rechazaría cualquiera que fuera el modelo de guarda implantado”.

<sup>230</sup> *Vid.* STS 593/2014 de 24 de octubre, que establece un límite de dos años, al igual que las SSTS 465/2015 de 9 de septiembre, 522/2016 de 21 de julio, 513/2017 de 22 de septiembre, 517/2017 de 22 de septiembre o 7/2018 de 10 de enero; la STS 658/2015 de 17 de noviembre, que permite que el cónyuge que viene ocupando la vivienda permanezca en la misma por el plazo de un año, al igual que las STSS 51/2016 de 11 de febrero, 251/2016 de 13 de abril, 434/2016 de 27 de junio o 545/2016 de 16 de septiembre; la STS 42/2017 de 23 de enero, que, por su parte, limita el uso a tres años, al igual que las SSTS 294/2017 de 12 de mayo y 268/2018 de 9 de mayo; la STS 183/2017 de 14 de marzo, que atribuye el uso hasta que se liquide la sociedad de gananciales o se liquide, de otra forma, el bien; o la STS 95/2018 de 20 de febrero, que lo atribuye a ambos cónyuges por anualidades alternas hasta que se divida el patrimonio.

<sup>231</sup> Solución que es la que viene acogiendo también en el Derecho foral (*cfr.* art. 81.3 CDFA, 233-20.5 CCcat. y art. 12.5 LVRF) y que llegó a proyectar el ALCPE en la redacción propuesta para el art. 96.3 CC.

<sup>232</sup> *Vid.* la STS 576/2014 de 22 de octubre o la STS 215/2016 de 6 de abril.

<sup>233</sup> Así se extrae de la interpretación histórica de los materiales prelegislativos y se confirma con la posterior ley de 2005 que “descausaliza” y “objetiviza” por completo el divorcio.

do, que no puede vaciarse de su contenido económico, por lo que la misma ha de ser limitada solamente cuando no sea posible acudir a otras formas o instituciones de protección. No se ha de atender, pues, únicamente, ni primordialmente, a factores económicos; se trata de una necesidad de tipo socio-económico<sup>234</sup>. En tal sentido se pronuncia en la jurisprudencia la STS 1067/1998 de 23 de enero: “*adjudicado a cualquiera de los cónyuges, siempre atendidas las circunstancias personales y socioeconómicas de los mismos*”; o la STS 174/2015 de 25 de marzo, en virtud de la cual “*es necesario acreditar que, realmente, necesita seguir usándola como residencia, aunque sea temporalmente*”.

Se requiere que el sujeto beneficiario en cuestión tenga una especial vinculación con la vivienda familiar, ya sea de forma directa o con su entorno<sup>235</sup>. Se debe hallar el valor personal de la vivienda familiar, no el valor objetivo que tenga como bien inmueble habitable. La atribución no es un fin, sino un instrumento al servicio de una finalidad concreta. Se atenderá, así, primordialmente, a factores tales como la edad, el estado de salud o el desarrollo de la actividad profesional en la vivienda...

No obstante, en el art. 96.III CC parece existir cierta contradicción entre la interpretación que se ha de realizar —que hemos realizado— para justificar la limitación que el mismo supone (criterios de edad, estado de salud, etc.), y el carácter temporal al que expresamente se refiere el citado párrafo tercero<sup>236</sup>. En virtud de lo anterior, entendemos

---

<sup>234</sup> Vid., al respecto: CORBACHO PALACIOS, F. J., “Las limitaciones del uso de vivienda familiar en los procesos matrimoniales”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 27, 2005, pp. 311-312, para quien el interés más necesitado de protección se refiere a un interés personal de la relación entre cónyuges, mientras que las circunstancias a las que se refiere el art. 96.III CC las relaciona con factores externos de carácter social, económico y patrimonial que definen aquél interés; LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 533; LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 361, quien precisa que las circunstancias a tener en cuenta por el juez pueden ser de diversa índole y tener lo mismo carácter personal o económico; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*; VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, en *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 99, 2012, p. 19, y en “Los efectos derivados...”, *op. cit.*, p. 166, considera que no es suficiente con tener menor capacidad económica que el otro, sino que es necesario probar que necesita, aun momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida”, en *RGLJ*, núm. 4, 2015, pp. 615-617; UREÑA CARAZO, B., “Vivienda familiar...”, *op. cit.*, quien identifica el interés más necesitado con aquel de los cónyuges que presente una mayor vulnerabilidad respecto al otro; BELTRÁ CABELLO, C., “Pareja de hecho...”, *op. cit.*, pp. 106-107; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 75; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 90.

<sup>235</sup> Vid., SALAZAR BORT, S., *La tutela especial...*, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>236</sup> Vid. la SAP de Valencia 182/2005 de 14 de marzo, en la que se atiende a la condición de invidente de uno de los cónyuges y a la cercanía de la vivienda al ambulatorio y a la farmacia —aun siendo propietario el beneficiario de otras dos viviendas—, no fijándose curiosamente plazo de duración; o la SAP de Albacete 425/2016 de 24 de noviembre, en la que se atiende al precario estado de salud de uno de los cónyuges y a la adaptación de la vivienda a sus necesidades. En cambio, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife 512/2017 de 19 de octubre, no se considera que la discapacidad de ambos cónyuges justifique la atribu-

que se ha de considerar que las atribuciones realizadas en virtud del art. 96.III están destinadas a servir, con carácter temporal, como medida asistencial, de apoyo al cónyuge más necesitado, ofreciéndole un tiempo prudente en el que estabilizar su situación tras la ruptura.

Pese a lo defendido, lo cierto es que, si atendemos en la jurisprudencia a los supuestos en los que se aplica el art. 96.III CC, en algunos de ellos no se localizan necesidades de tipo personal, sino una necesidad de tipo exclusivamente económico en uno de los cónyuges<sup>237</sup>, lo cual va en contra de la finalidad que venimos defendiendo al interpretar el art. 96 CC y nos lleva a cuestionarnos la propia existencia del referido párrafo tercero. El hecho de que en la práctica se esté actuando así puede venir justificado por dos motivos.

El primero, que en ningún apartado del precepto, ni en ningún otro artículo, se establece la posibilidad de imponer el pago de una cuantía por parte de uno de los excónyuges al otro, ni la atribución de una vivienda distinta a la familiar, si el estado de necesidad en que se encuentra uno de los cónyuges para acceder a una vivienda es de tipo económico. Téngase en cuenta que, si bien la habitación forma parte de los alimentos, estos no tienen cabida entre excónyuges. La única opción para paliar esa necesidad de tipo económico es la de atribuir la que ha sido la vivienda familiar. Ni tan siquiera puede decirse que esa necesidad de tipo económico podría haberse cubierto con el aumento de la cuantía de la pensión compensatoria, pues —como ya hemos advertido en el apartado IV.3.2— la razón de ser de la referida pensión no tiene por qué ir vinculada a una situación de insuficiencia económica.

En segundo lugar, la satisfacción de la necesidad de vivienda mediante la adjudicación del uso de la que ha sido familiar puede deberse a la seguridad que ello conlleva. El legislador es tan consciente de la importancia de un derecho constitucionalmente reconocido como es el disfrute de la vivienda, por todas las razones ya expuestas, que puede haber considerado que la forma más segura de garantizarlo de forma inmediata es con la reiterada atribución: solo así la reiterada protección no dependerá de los ingresos del otro cónyuge o de la habilidad de este para ocultarlos.

---

ción, pues cualquier vivienda con ausencia de barreras arquitectónicas es válida para su residencia habitual.

<sup>237</sup> Entre las sentencias que parecen basarse prácticamente en exclusiva en el criterio económico; *vid.*, entre otras, la STS 624/2011 de 5 de septiembre, que se refiere únicamente a la carencia de ingresos o la STS 527/2017 de 27 de septiembre. En la jurisprudencia menor, *vid.*, entre otras, la SAP de Cáceres 385/2016 de 14 de octubre, basada en la situación económica de uno y otro cónyuge.

### 4.3.1 La difícil justificación del art. 96.III CC: el tratamiento del supuesto en otros ordenamientos

Quizás por las dudas que genera la propia existencia de este párrafo tercero del art. 96 CC, concretamente en lo que a su fin se refiere<sup>238</sup>, sea por lo que otros ordenamientos ni tan siquiera se han ocupado del supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos comunes.

Si acudimos al Derecho foral, llama la atención que ni la LVRF ni el CDFA se pronuncian sobre los supuestos en que no existen hijos o estos son ya mayores de edad. Supuestos, pues, sobre los que se genera una laguna legal que los tribunales vienen resolviendo mediante la aplicación supletoria del Código Civil (art. 96.III CC)<sup>239</sup>. No es el caso del Código Civil catalán, que sí contempla expresamente este supuesto en el art. 233-20.3.b) CCcat.<sup>240</sup>.

En Italia, ni el art. 337-*sexies* CCit. ni el art. 6.6 Ldiv., sobre la disolución del matrimonio, se refieren expresamente al supuesto de inexistencia de hijos, lo que ha conllevado una división en la doctrina y en la jurisprudencia respecto al reconocimiento, o no, de la tutela del cónyuge sin hijos. Para CARAPEZZA FIGLIA<sup>241</sup>, de aplicarse por analogía el art. 337-*sexies* CCit. al cónyuge sin hijos, se transformaría la atribución en una contribución económica a los alimentos, desempeñando, así, una finalidad patrimonial extraña a la *ratio legis* de la norma.

En el modelo francés, el art. 285-1 CCfr. no contempla el supuesto de inexistencia de hijos menores<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Así parece considerarlo también HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios...”, *op. cit.*, p. 95, quien considera que, en estos casos, la titularidad debería de ser factor determinante. Así, *de lege ferenda*, una solución sería que, una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, si la vivienda no se pudiera adjudicar a uno de los cónyuges en su mitad de gananciales, debido a su mayor valor, se procediera a su venta, repartiéndose el dinero obtenido entre ambos cónyuges. De ser la vivienda privativa, defiende su atribución al cónyuge propietario, satisfaciendo a su excónyuge —de ser su interés el más necesitado de protección— una pensión alimenticia más amplia o una pensión compensatoria. En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad en “Crisis matrimonial...”, *op. cit.*, 2236. De esta misma autora, *vid.* “Los esperados cambios en el uso de la vivienda familiar”, en *Estudios en Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

<sup>239</sup> *Vid.* LÓPEZ AZCONA, A., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, pp. 37-111 y en “La solución...”, *op. cit.*, p. 122.

<sup>240</sup> Art. 233-20.3.b) CCcat.: “No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: b) Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad”.

<sup>241</sup> VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3405.

<sup>242</sup> Precisan TERRÉ F. y FENOUILLET, D., *op. cit.*, p. 237, que, si como ocurre a menudo, la sentencia de divorcio contiene disposiciones relativas a aspectos pecuniarios —pensión compensatoria, daños y perjuicios...—, no se excluye que, como parte de ello, la vivienda pueda ser atribuida a uno de los cónyuges.

Una corriente de la doctrina portuguesa se ha planteado, incluso, la constitucionalidad del art. 1793 CCport., que faculta, acaecida la crisis matrimonial, la constitución de un arrendamiento a favor del cónyuge no titular. Considera que le está permitiendo al juez expropiar, sin indemnización, el uso de la casa familiar al cónyuge propietario, al que le es impuesto un contrato de arrendamiento. Consideran que solo en casos excepcionales el juez podría otorgar la casa familiar al cónyuge no propietario<sup>243</sup>.

En este sentido, la Constitución impone al legislador el deber de respetar los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de propiedad (art. 62 Constitución portuguesa), absteniéndose de limitarlos más allá de los casos en los que sea necesario para salvaguardar otros. Siendo también la familia objeto de tutela constitucional (art. 67 de la Constitución portuguesa), y aunque se reconociese entre los excónyuges la existencia de un vínculo familiar, defiende PASSINHAS<sup>244</sup> que la constitución forzosa del arrendamiento podría calificarse como desproporcionada; por más que el propósito de la norma sea legítimo, el legislador portugués no adoptó la medida menos invasiva para alcanzar el resultado deseado. La forma más adecuada de responder a las necesidades de vivienda del excónyuge sería el establecimiento de una obligación alimentaria.

## V. Especificación de la naturaleza del derecho

Del fundamento de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, así como de los criterios estudiados en el epígrafe anterior, se extrae que la medida contemplada en el art. 96 CC tiene un claro carácter asistencial, consecuencia del propio fin de la misma: un fin de justicia social —familiar—. Y este carácter, este fin, de la norma, va a terminar influyendo en su naturaleza jurídica como veremos en el apartado 3 de este epígrafe, en el que determinaremos ante qué tipo de derecho nos encontramos, cuál es su naturaleza jurídica.

Para ello, y con carácter previo, nos referiremos a varias cuestiones que dan respuesta, a su vez, a los argumentos de aquellos que han contradicho la naturaleza real o personal del derecho de uso de la vivienda familiar. Nos referiremos, así, a la naturaleza

---

<sup>243</sup> Vid. LEITE DE CAMPOS, D. y MARTÍNEZ DE CAMPOS, M., *Lições de Direito da Família*, Almedina, Coímbra, 2016, p. 351. En el mismo sentido, PASSINHAS, S., *op. cit.*, pp. 410-411.

<sup>244</sup> Vid. PASSINHAS, S., *op. cit.*, pp. 414 y ss.

dinámica del derecho de uso y a su patrimonialidad para, una vez determinada esta última, concretar su naturaleza jurídica personal o real.

## 1. Naturaleza dinámica del derecho de uso

Especialmente en las ocasiones en las que se ha intentado defender que el derecho de uso de la vivienda familiar —atribuido en virtud del art. 96 CC— es un verdadero derecho real, no son pocos los autores que han encontrado reparos en los supuestos en los que la vivienda se hubiera venido ocupando, antes de la crisis matrimonial, en virtud de un derecho que no fuese real, sino personal (*v. gr.* arrendamiento, comodato,...) o, incluso, intransferible (*v. gr.* habitación).

Mantiene esta parte de la doctrina que ni el juez, ni los propios cónyuges en el convenio, pueden crear un derecho de uso con facultades superiores a las del derecho que le da causa<sup>245</sup>.

Este mismo argumento sobre la imposibilidad de que el cónyuge beneficiario del uso obtenga una protección posesoria de vigor jurídico superior al del título en función del cual se venía poseyendo la vivienda por la familia, fue el utilizado por la jurisprudencia, en sentencias como la STS 366/1994 de 29 de abril, para negar la naturaleza real del derecho de uso:

*“El derecho de uso de la vivienda común, concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos, no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges”.*

Es, asimismo, el argumento utilizado en aquellos supuestos en los que la titularidad del derecho sobre la vivienda familiar pertenece a tercero —*v. gr.* vivienda propiedad de

---

<sup>245</sup> Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Los terceros ante la adjudicación...”, *op. cit.*, quien no considera posible que dos cónyuges ocupantes de la vivienda a título de arrendamiento constituyan a favor de uno de ellos un derecho de entidad superior —derecho real de habitación— en su convenio regulador, y en el mismo sentido se pronuncia en “Comentario al artículo 15 LAU”, *op. cit.*, p. 349; COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 44, quien considera que ha de partirse de que la base en la que se sustente dicho uso no podrá ser diferente de la que ostentaban ambos cónyuges con anterioridad a la atribución, lo que obligaría a estar en cada caso en diferente situación; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 38 y 39; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*; PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 116; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *El uso de la vivienda...*, *op. cit.*, p. 11; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, pp. 81 y 82; GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 83; GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, pp. 20 y 21; NASARRE AZNAR, S., *op. cit.* p. 1540.



tercero—, habiendo venido los cónyuges ocupando la misma en precario, es decir, sin derecho alguno<sup>246</sup>.

A estos supuestos, en los que ni tan siquiera existe título por el que la familia hubiese venido ocupando la vivienda familiar, se refieren sentencias como la STS de 31 de diciembre de 1994<sup>247</sup>:

*“siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia (...)”*.

O, más recientemente, la STS 859/2009 de 14 de enero:

*“nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio”*.

Cierto es que no se pueden atribuir, al adjudicatario del uso de la vivienda familiar, facultades que no existiesen durante la estabilidad matrimonial. Los motivos son dos:

El primero —fundamental—, recurriendo a los principios generales del derecho patrimonial, es la omisión de poder y de legitimación para disponer de más de lo que se tiene: *nemo dat quod non habet*. Se trata de un principio básico para comprender la adquisición derivativa de derechos<sup>248</sup>.

El segundo, más utilizado por la doctrina, es el no perjuicio al tercero —propietario de la vivienda—, que se encontraría con una limitación —casi una expropiación ilegítima— de su titularidad, afectada por una serie de facultades adicionales a aquellas que

---

<sup>246</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 112, considera que, a la hora de crear *ex novo* el derecho de uso, se ha de partir de un título de ocupación de la vivienda, “excluyendo de plano la posibilidad de configurarlo a partir de una situación de precario”.

<sup>247</sup> Criterio al que se hace referencia, entre otras, en las SSTS 1022/2005 de 26 de diciembre, 232/2008 de 18 de marzo, 1025/2008 de 29 de octubre, 1037/2008 de 30 de octubre, 653/2009 de 22 de octubre o 118/2015 de 6 de marzo.

<sup>248</sup> Así lo consideran CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, en *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2014, pp. 11 y ss., quien apunta que “para permitir al tercero propietario recuperar la posesión del inmueble no era necesario negar el carácter real al derecho de uso, sino simplemente aplicar las normas generales de derecho patrimonial” y ALONSO SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., *op. cit.* p. 101, quien considera que las relaciones entre los terceros y los adjudicatarios del uso de la vivienda se rigen por el derecho de propiedad y no por el de familia.

tuviera el título en virtud del cual el matrimonio venía poseyendo la vivienda, derivadas de un procedimiento en el que él no ha intervenido<sup>249</sup>.

Si hay algo claro es que el derecho de uso del que nos ocupamos es un derecho *per relationem*, en el sentido de que se construye sobre el derecho del cónyuge no usuario titular de la vivienda, pues de la relación matrimonial entre ambos es de donde deriva el referido derecho.

Teniendo esto en cuenta, es cierto que, por los motivos expuestos, si los cónyuges únicamente son arrendatarios o comodatarios, es decir, titulares de derechos personales, no cabe constituir sobre el inmueble un derecho real de goce.

La solución puede venir planteada por lo que podemos calificar como naturaleza dinámica del derecho de uso<sup>250</sup>, defendida por aquellos —entre los que nos incluimos— que consideran que la naturaleza del derecho de uso no es unitaria<sup>251</sup>. Es decir, el referido derecho no será del mismo tipo en todos los casos, no tendrá siempre la misma naturaleza jurídica. Esta vendrá determinada por el título en virtud del cual se venía ocupando la vivienda familiar durante la normalidad matrimonial<sup>252</sup>, así como por lo convenido por los cónyuges o, en su defecto, impuesto por el juez. Estamos, pues, ante una naturaleza cambiante pero que, aun así, se encuentra determinada.

Siguiendo esta solución propuesta, si el derecho —titularidad de uno o ambos cónyuges— en virtud del cual se venía ocupando la vivienda, era de naturaleza real (ya fuese propiedad u otro derecho real de goce), no parece haber impedimento alguno, en este sentido, para que el derecho de uso que se atribuye sea también real —lo que no obsta a que sea personal si, por ejemplo, así lo acuerdan los cónyuges en virtud del principio de autonomía de la voluntad—. Eso sí, que el derecho de uso pueda ser de naturaleza real en tales casos no conlleva que tenga que tener esa misma naturaleza en todos los demás supuestos.

---

<sup>249</sup> La STC 166/2003 de 29 de septiembre establece que “*por lo que se refiere a las medidas que se adopten en relación con la vivienda familiar la decisión que en esta materia se establezca en el seno de proceso matrimonial, (...) en principio, sólo vinculará a los cónyuges, sin prejuzgar, por consiguiente, los derechos de contenido patrimonial que un tercero pueda ostentar sobre el inmueble que sirve o ha servido de domicilio conyugal, ya que respecto de estos terceros la resolución que se dicte en el proceso matrimonial no produce los efectos de la cosa juzgada y tiene carácter de incidenter tantum*”.

<sup>250</sup> Esta calificación de la naturaleza se la debemos a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, p. 346.

<sup>251</sup> En la doctrina italiana, *vid.*, al respecto, BIANCA, C. M., *op. cit.* p. 161: “Il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge separato non può dunque essere risolto qualificandolo unívocamente come diritto personale o come diritto reale. Si deve invece tenere conto del diverso titolo di godimento che il coniuge assegnatario consegue sulla casa”.

<sup>252</sup> *Vid.* TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 38-39, para quien esta determinación incidirá más en la propia posibilidad de atribuir un derecho de uso, que en su carácter o naturaleza.

Nos separamos, así, en cierta medida, de la tesis defendida —y ya apuntada en esta obra— por SÁNCHEZ-CAÑETE, quien, más bien, apostaba porque fuesen las partes o el juez quienes, en cada caso concreto, configurasen el derecho. Sin negar tal posibilidad, lo cierto es que revestiría especial dificultad llevarla a la práctica, pues, tan solo con revisar la jurisprudencia, se patentiza que el convenio regulador o la sentencia judicial no suelen pronunciarse sobre el contenido —o naturaleza— del derecho que se otorga, limitándose, sencillamente, a declarar que “*el uso de la vivienda familiar se atribuye a...*”, sin más. Por ello, es necesario que esa capacidad que se pretende conceder al cónyuge beneficiario del uso se pueda sintetizar, *a priori*, en un derecho determinado, aunque no siempre sea de la misma naturaleza —*v. gr.* que siempre que la vivienda se viese ocupando en virtud de un derecho real, conozcamos qué naturaleza tendrá el derecho de uso atribuido si nada se dice al respecto; cuestión distinta es que los cónyuges, de común acuerdo, estimasen constituir un derecho de diferente naturaleza—. De no entenderse así, y si nada se dice en la sentencia o en el convenio regulador respecto a la naturaleza del derecho atribuido, ¿qué naturaleza le reconocemos?

Con la solución que se plantea, siempre que la propiedad sobre la vivienda conyugal pertenezca a un tercero, este no verá limitado su derecho de propiedad sobre la vivienda familiar por la atribución realizada en virtud del art. 96 CC tras la crisis matrimonial. Podría alegarse, contra la anterior afirmación, que, por parte del juez quepa una especie de expropiación forzosa al tercero basada en la función social —familia— que está aquí en juego. Sin embargo, nos alejamos de ese teórico argumento en tanto que ya vimos cómo, el fundamento de la norma era, bien la expectativa que el matrimonio generaba entre los cónyuges, bien el deber de velar por los hijos, que incumbe a los padres, no a terceros.

Esta idea de la naturaleza dinámica del derecho de uso es la que ya, de hecho, se contempla, de forma expresa, en el Código Civil Catalán, en cuyo art. 233-21.2 CCcat. se establece que “*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*”<sup>253</sup>. En el mismo sentido, aunque refiriéndose

---

<sup>253</sup> *Vid.* MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Atribución y distribución...”, *op. cit.*, p. 238, quien precisa que, en estos casos, la atribución judicial del uso tiene los límites que establezca el título en cuanto régimen jurídico, duración, extinción, etc.

a progenitores en lugar de a cónyuges, se pronuncia el art. 12.8 LVRF<sup>254</sup>. Por igual *ratio*, tan lógica y fundada en los principios, la solución es —debe ser— la misma para el Derecho común. De hecho, también el ALCP, que proponía la modificación del art. 96 CC, se pronunciaba en este sentido<sup>255</sup>.

No obstante, no faltan quienes se muestran contrarios a esta naturaleza dinámica y consideran que no se puede atribuir, al cónyuge beneficiario, un derecho de uso diferente en función del derecho en virtud del cual uno o ambos cónyuges hubieran venido ocupando la vivienda durante la estabilidad matrimonial.

Cabe destacar, entre tales opositores, a MURCIA QUINTANA<sup>256</sup>. La autora se muestra conforme respecto a los supuestos en los que ninguno de los cónyuges es titular de un derecho sobre el inmueble —disfrute de la vivienda en precario—, considerando presu- puesto, para la existencia de un derecho del beneficiario, que el cónyuge titular realmen- te sea titular de un derecho que le habilite para el uso y disfrute del bien, “de manera que sobre su derecho pueda construirse el derecho de cónyuge”.

En cambio, entiende que ese derecho no puede recibir un tratamiento diverso en fun- ción del derecho del que sea titular su cónyuge, en tanto que la ley no ha establecido diferenciaciones en este sentido —atribuyéndoles a todos los cónyuge no titulares igua- les derechos— y porque, en cualquier caso, todo bien donde se ubique la vivienda fami- liar se encuentra satisfaciendo idéntica carga familiar. Considera, en definitiva, que esta solución se compagina mal con la identidad de derechos que ostenta el cónyuge no titu- lar, pues la protección que se le brinda no estaría en función de su derecho, sino del de- recho del que fuera titular su cónyuge.

Contra esta opinión cabe objetar que, aunque el contenido mínimo del derecho atri- buido —el uso de la vivienda— sea el mismo, su eficacia y su particular régimen jurídi- co son diferentes según cual sea la naturaleza jurídica del uso atribuido. La indeterminación del art. 96 CC, que simplemente habla de uso, no impide que por encima se en- cuentre el principio *nemo dat quod non habet*, así como los sistemas de constitución o adquisición derivativa de derechos —personales y reales—. Precisamente eso justifica aquella acertada y prudente indeterminación del art. 96 CC, que no podría, por ello, im-

---

<sup>254</sup> Art. 12.8 LVRF: “Si los progenitores poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley”.

<sup>255</sup> Art. 96.7 CC, según la reforma propuesta por el ALCP: “Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley”.

<sup>256</sup> Vid. MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 244 y ss.

poner una determinada —y única— naturaleza jurídica. Su silencio, por tanto, sobre el tema, no es criticable, sino acertado.

También ROJO ALONSO DE CASO descarta que la calificación de un derecho como real o personal pueda ir en función del título sobre el que recae. Considera que cuando se llega a tal conclusión de que el derecho de uso tiene la estructura o naturaleza del derecho subyacente se pone de manifiesto que es un derecho sobre el derecho subyacente, nota característica de la obligación<sup>257</sup>. Y añade:

“si, en consecuencia, el derecho de uso sufre las vicisitudes del derecho subyacente, esto es, depende del contenido económico del título o relación jurídica subyacente, podemos hablar de la atribución del contenido económico del uso de la vivienda al cónyuge usuario, y la obligación de abstenerse del cónyuge no usuario, surgiendo una obligación legal entre ambos cónyuges impuesta por la Ley y determinada por el Juez *ope sententiae* (art. 1089 CC)”.

Hemos de precisar, frente a la tesis de ALONSO DE CASO, que tiene cabida también el derecho real sobre derecho real, como veremos en el apartado VI.1.2 de este capítulo.

Superados, pues, los argumentos contrarios a la posición que defendemos<sup>258</sup>, no considero que exista obstáculo alguno para admitir la naturaleza dinámica del derecho de uso que nos ocupa, la cual dependerá —reitero— del título que habilitaba el uso de la vivienda constante matrimonio —titularidad preexistente—.

Habiéndonos posicionado a favor de esa naturaleza dinámica, hemos de referirnos ahora a cuáles son las posibles titularidades que, sobre la vivienda familiar, se pueden ostentar<sup>259</sup>. Esta titularidad podría referirse bien a un derecho real (propiedad, usufructo, uso o habitación), bien a un derecho personal (arrendamiento o comodato).

---

<sup>257</sup> Vid. ROJO ALONSO DE CASO, J. C., *op. cit.*, p. 768, quien pone como ejemplo el embargo, en el que lo que se obtiene como resultado (propiedad, efectivo metálico, etc.) depende del derecho subyacente objeto de embargo, por lo que no puede darse la naturaleza de derecho real, sino de un derecho personal que incide sobre el contenido económico del derecho subyacente, pero sin alterarlo.

<sup>258</sup> También se oponen a la naturaleza dinámica: SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 107 o MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*, para quien la naturaleza del derecho del no titular ha de seguir siendo la misma que durante la estabilidad matrimonial (personal), sin distinción alguna por motivo del tipo de derecho del titular o de la causa por la que se decida tal atribución.

<sup>259</sup> Vid.: O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss.; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss., quien mantiene que lo que ocurre es que el legislador no tuvo en cuenta la pluralidad de supuestos de titularidad a los que era aplicable el art. 96 CC; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

## 1.1 Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de propiedad

Si la titularidad que se ostenta sobre la vivienda es de un derecho real de propiedad —lo cual es el supuesto más usual—, esta puede ser, a su vez, privativa, ganancial o en proindiviso.

En primer lugar, si la propiedad perteneciese a uno solo de los cónyuges de forma privativa, y la atribución se produjese a favor del otro de los cónyuges —que será el supuesto más típico— se constituirá el derecho de uso a favor de este último, produciéndose, pues, una desmembración de facultades: el uso se disgrega de la titularidad.

En segundo lugar, cabe decir que el derecho de propiedad de titularidad ganancial solo será posible, en su caso, en las medidas previas o provisionales, pues en las medidas definitivas se produce la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1392 CC). Con la liquidación de la sociedad de gananciales, y habiéndose atribuido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, pueden ocurrir dos cosas: bien que la vivienda se adjudique en proindiviso a ambos cónyuges, o bien que se adjudique íntegramente a uno de ellos con las correspondientes compensaciones al otro, en cuyo caso volveremos a encontrarnos con una titularidad privativa del cónyuge al que se adjudique.

Valga referir, respecto a estos supuestos, que, como mantiene la STS 979/1997 de 10 de noviembre, la atribución del derecho de uso no tiene por qué predeterminar una posterior adjudicación en pleno dominio al liquidar la sociedad de gananciales<sup>260</sup>, pues se trata de conceptos e instituciones distintas:

*“que la operación particional no se puede estimar como operación que tiene su origen en el negocio jurídico ínsito en un convenio regulador ratificado judicialmente, y que del mismo no se derivan obligaciones contractuales que repercutan en dicha operación particional, lo cual no puede aplicarse, como pretende la parte recurrente, la teoría obligacional de los «actos propios»”.*

En un sentido similar, la STS 483/2007 de 9 de mayo:

*“Cuando trata de la liquidación de la sociedad, el Código civil no contempla una preferencia en la atribución de la vivienda conyugal a ninguno*

---

<sup>260</sup> Básicamente, porque en nada afecta la liquidación de la sociedad de gananciales al derecho de uso de la vivienda familiar atribuido. Así lo contempla la RDGRN de 19 de julio de 2011: *“la atribución de la propiedad a uno solo de los cónyuges no puede contradecir nunca el derecho al uso, pues el mismo, si se atribuye al cónyuge titular, lo refuerza, y si se atribuye al otro, no impide que éste inscriba el derecho al uso”.*

*de los cónyuges y mucho menos, prevé que deba aplicarse en este caso la regla del artículo 96”*

*“porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 Cc, 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”.*

En estos casos, hay autores<sup>261</sup> que echan en falta, en el Código Civil, en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales, la previsión de un derecho potestativo de atribución preferente sobre la vivienda familiar en favor del cónyuge beneficiario del uso.

De entre ellos, BLANDINO GARRIDO se muestra partidario de la doctrina que niega que la ausencia de tal previsión en nuestro ordenamiento pueda colmarse acudiendo a la aplicación analógica del art. 1406.4 CC. Y ello por dos motivos: en primer lugar, porque la aplicación del precepto fuera del supuesto del fallecimiento de uno de los cónyuges provocaría una colisión de los derechos de ambos consortes a la adjudicación preferente de la vivienda; en segundo lugar, porque entiende que la aplicación analógica del art. 1406.4 CC viene impedida por existir una norma —el art. 96.IV CC— destinada específicamente a proteger al beneficiario del uso de la vivienda.

Frente a la inexistencia de previsión alguna al respecto en el ordenamiento español, otros ordenamientos jurídicos, en cambio, sí contemplan tal adjudicación preferente. Es el caso del italiano —*cfr.* arts. 1476, 1542 y 831-2 CCfr., ya referidos—, o del belga. En este último, el art. 1447 del Código Civil<sup>262</sup> (en adelante, CCbelg.), establece que, cuan-

---

<sup>261</sup> Es el caso, entre otros, de: RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 110; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*; o HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 324, para quien de esta forma se obviarían las dificultades y problemas del art. 96 CC.

<sup>262</sup> Art. 1447 CCbelg.: “*Lorsque le régime légal prend fin par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, chacun des époux peut au cours des opérations de liquidation, demander au tribunal de la famille de faire application à son profit des dispositions visées à l'article 1446.*

*Il est fait droit, sauf circonstances exceptionnelles, à la demande formulée par l'époux qui a été victime d'un fait visé aux articles 375, 398 à 400, 402, 403 ou 405 de Code pénal ou d'une tentative d'un fait visé aux articles 375, 393, 394 ou 397 du même Code lorsque l'autre époux a été condamné de ce chef par une décision coulée en force de chose jugée.*

*Le tribunal statue en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause et des droits de récompense ou de créance au profit de l'autre époux.*

do el régimen legal termine por divorcio, separación o separación de bienes, cada uno de los cónyuges podrá pedir al Tribunal —y este decidirá teniendo en cuenta los intereses sociales y familiares— que aplique en su favor, durante las operaciones de liquidación, lo dispuesto en el art. 1446 CCbelg. Por su parte, el referido art. 1446 CCbelg. dispone que cuando el régimen legal termine por la muerte de uno de los cónyuges, el cónyuge superviviente tendrá preferencia, mediante el pago de la diferencia si hubiere lugar, al inmueble donde habita la familia con los respectivos muebles, así como al inmueble donde ejerza su profesión con los muebles de uso personal correspondientes<sup>263</sup>.

No obstante lo anteriormente referido, que no haya en nuestro ordenamiento una previsión legal respecto a una atribución preferente no quiere decir que no se pueda proceder a ello<sup>264</sup>.

En tercer y último lugar, en el caso de titularidad en régimen de copropiedad ordinaria (proindiviso)<sup>265</sup> entre ambos cónyuges, la atribución del uso a uno de ellos conlleva que el beneficiario ostente el pleno dominio sobre su propia cuota indivisa (art. 392 CC), así como el derecho de uso sobre la totalidad de la misma, conforme al art. 398 CC.

En los supuestos en que la vivienda es un bien común, propiedad —copropiedad— de uno o ambos cónyuges y de uno o varios terceros, la misma se habrá venido poseyendo durante la estabilidad matrimonial en virtud del derecho que contempla el art. 394 CC. En estos casos, parece ser unánime la opinión de que el derecho reconocido en

---

*Le tribunal fixe la date de l'exigibilité de la soulte éventuelle”.*

<sup>263</sup> Art. 1446 CCbelg.: “*Lorsque le régime légal prend fin par le décès d'un des époux, le conjoint survivant peut se faire attribuer par préférence, moyennant soulte s'il y a lieu, un des immeubles servant au logement de la famille avec les meubles meublants qui le garnissent et l'immeuble servant à l'exercice de sa profession avec les meubles à usage professionnel qui le garnissent*”.

<sup>264</sup> Máxime cuando, como ocurre en la STS de 3 de enero de 1990, el uso se había adjudicado a la esposa e hijos hasta que se procediese a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales. La referida resolución considera que la sentencia impugnada incurre en la inconsecuencia de atribuir al esposo, en la liquidación de gananciales, como pago de su haber, la vivienda propiedad de la sociedad conyugal cuyo uso había sido adjudicado, en convenio regulador, a la esposa e hijos hasta que se procediera a la liquidación de la sociedad de gananciales. Considerando el Alto Tribunal que esta decisión quebranta el deseo del legislador de atender la necesidad de alojamiento familiar en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, atribuye la vivienda a la esposa por el correspondiente valor inventariado.

De ahí que, aun sin sustento legal alguno, no haya sido nada extraño en la práctica que los tribunales hayan procurado, en la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicar la vivienda al cónyuge beneficiario del uso. Proclive a esta medida fue la STS 635/1993 de 14 de junio, aunque partía de un error por entender que la venta en pública subasta perjudicaría el uso atribuido a la esposa e hijos, cosa que, como veremos al estudiar la acción de división de la cosa común (cap. tercero, III.2), no es así. Cabe citar también las SSTS 680/1195 de 8 de julio o 5/2013 de 5 de febrero (*vid.* en sentido contrario, STS 1073/1995 de 16 de diciembre).

<sup>265</sup> La cotitularidad puede provenir de la adquisición por ambos en estado de solteros, de la adquisición constante matrimonio —bajo el régimen de separación de bienes—, o de la disolución de la sociedad de gananciales.



el proceso matrimonial únicamente tiene eficacia *inter partes*, no afectando a otros titulares de derechos sobre la vivienda familiar (*cfr.* art. 394 CC, sobre el perjuicio al interés de la comunidad)<sup>266</sup>.

Ahora bien, pueden existir supuestos en los que la titularidad que ostente uno o ambos cónyuges sobre la vivienda familiar no se refiera a un derecho real de propiedad, sino a un derecho real limitado (usufructo, uso o habitación), perteneciendo la propiedad a una tercera persona. ¿Qué ocurre en estos casos?

## 1.2 Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de usufructo

Puede ser que la vivienda se hubiera venido ocupando, durante la estabilidad matrimonial, en virtud de un derecho real de usufructo. Se trata, esta, de una figura usual con ocasión de las sucesiones *mortis causa*.

En estos casos, el derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC se constituirá sobre el derecho real de usufructo —al que se encontrará subordinado— siguiendo la suerte de este último<sup>267</sup> (*cfr.* arts. 480 CC y 107.1º LH). Es lo que se conoce como teoría del derecho sobre derecho.

Pese a tal terminología<sup>268</sup>, se ha de destacar la imposibilidad real o material de mantener la idea de que un derecho, sin más y sin atender a su propio objeto, sea por sí solo el único objeto de un derecho real<sup>269</sup> o incluso de un hecho posesorio cualquiera.

---

<sup>266</sup> *Vid.*, en este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, p. 348, para quien la debilidad del derecho de uso del art. 394 CC es la debilidad del derecho de uso atribuido; el segundo depende de la existencia del primero: si el otro copropietario decidiera ejercitar la acción de división del art. 400 CC, el derecho de uso no sería oponible al tercer adquirente, por cuanto que la venta del inmueble con esta carga perjudica el interés de la comunidad.

<sup>267</sup> *Vid.*: BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3502; RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2069; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>268</sup> Una de las cuestiones que, respecto a esta teoría, se ha debatido, tiene que ver precisamente con la adecuación o no de la propia terminología “derecho sobre derecho”. En este sentido, *vid.*: FERRARA, *Trattato di Diritto civile*, vol. I, parte I, Athenaeum, Roma, 1920, pp. 412 y ss., quien considera que no debe hablarse de “derecho sobre derecho” sino de “derecho de derecho”: “poichè essi non formano una nuova specie di diritti soggettivi, ma una modificazione o limitazione di essi”; MARÍN PÉREZ, P., “Los derechos sobre derechos (notas para su construcción teórica en el Derecho español), en *RGLJ*, núm. 4 (octubre), 1947, p. 422, quien señala que “la cuestión a resolver es la de si las fórmulas de que se trata implican la existencia técnica, como una realidad lógica y jurídica, o son, por el contrario, expresiones lingüísticas figuradas que encubren un fenómeno jurídico más complejo”; en el mismo sentido, a VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 241, si bien le resulta equívoca la expresión “derechos sobre derechos”, sin embargo, sí le resulta simplificador hablar, en sentido figurado, de ciertas figuras concretas (subhipoteca, usufructo sobre usufructo, etc.). En p. 249, considera la reiterada expresión como una expresión lingüística figurada que encubre un fenómeno jurídico más complejo y no la ve como una categoría técnica con realidad lógica y jurídica. A fin de examinar aquella supuesta utilidad, el autor, en *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 37-60, examina la utilidad de un subconcepto como es la “hipoteca de derecho”, de lo que extrae una falta de

En los *derechos reales sobre derechos reales*, se presenta un mecanismo similar al que se produce cuando sobre la propiedad de una cosa se constituye y superpone un derecho real menor o gravamen real. Cuando se habla de la existencia de un derecho real sobre otro derecho real —ambos derechos reales limitados—, se ha de entender que el último de los derechos constituidos —llamémoslo *derivado*— también recae sobre la cosa objeto del primer derecho real —al que llamamos *derecho base*—, haciéndolo a través de este último, que no es de propiedad<sup>270</sup>. Nos encontramos, pues, ante derechos derivados que nacen de un derecho originario más amplio.

Se produce una especie de sucesión constitutiva de derechos; la concurrencia, la coexistencia o el concurso de dos derechos, de diverso grado y jerarquía, que recaen en un mismo objeto, de manera que el derecho constituyente, objeto del derecho constituido, es límite del mismo. Limitación que, realmente, es recíproca, pues, si bien la existencia y alcance del contenido objeto del derecho derivado depende del derecho base, la extensión de este último, a su vez, se encontrará limitada por la presencia de aquél, por su propio señorío de poder recayente en la misma cosa<sup>271</sup>. Tiene lugar, así, una colabora-

---

unidad fenomenológica de las hipotecas de derechos, lo cual considera que impide, no solo esta última formulación general “hipoteca de derecho”, sino también la más genérica de “derecho sobre derecho”.

<sup>269</sup> Vid., en tal sentido: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral dirigida por GORDILLO CAÑAS, A., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p. 133; CHAUVEAU, M., “Classification nouvelle des droits réels et personnels”, en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, 1931, p. 585, quien, tras decir que “Le droit se concrétise nécessairement dans un objet physique”, afirma que “Aussi convient-il d’écarter la notion d’un droit sur un autre droit”.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre derecho de cosas*, op. cit., pp. 241 y ss., apoyándose en los razonamientos de diversos autores contrarios a la categoría “derecho sobre derecho”, tales como EXNER, KHOLER, o BELTRÁN DE HEREDIA, considera que es difícil justificar esta categoría y que sólo cabría discutir si puede mantenerse dándole un sentido meramente figurado, es decir, considerando el derecho base como “cosa pensada” y atribuyéndole el carácter de objeto inmediato que, habiendo otro objeto final, no será más que —como dice BELTRÁN DE HEREDIA— “el motor o justificante de la titularidad sobre la cosa”.

<sup>270</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, op. cit., p. 635, quien, tratando la posibilidad de que el usufructo se constituya sobre un derecho, dice que, en estos casos, el usufructo recae sobre las mismas cosas, siendo el derecho, no el objeto del usufructo, sino el límite y medida de las facultades del usufructuario sobre la cosa. Por su parte, RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., “Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales”, en *RDP*, núm. 391, 1949, p. 842, considera que nos encontramos ante una limitación jurídica, teniendo el derecho procreado como objeto el del derecho de su engendrador.

<sup>271</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre derecho de cosas*, op. cit., pp. 241 y ss., tras hacer referencia a las diversas teorías que explican en qué consiste la relación compleja que existe detrás de la referida expresión figurada, mantiene que la cesión no definitiva de un derecho supone el juego *in re* de dos titularidades condicionales y con determinación de tiempo que recíprocamente se comprimen. Así, si bien la cesión de determinadas facultades crean una cotitularidad analítica del derecho base, la cesión constitutiva coloca un nuevo derecho junto a aquel del cual deriva y limita o, incluso, como defiende BELTRÁN DE HEREDIA, “Usufructo sobre usufructo en la legislación española, I. Construcción jurídica”, en *RDP*, núm. 292, 1941, p. 231, la cesión del ejercicio del derecho escinde la relación separando temporalmente el goce y la titularidad, permaneciendo junto a esta última la responsabilidad del titular del derecho real limitativo frente al propietario.

ción o participación en el contenido del derecho base por parte del derecho derivado que nace de aquél<sup>272</sup>.

De esta forma, en el caso de que el derecho derivado sea de contenido negativo, el derecho básico —que será más amplio— queda limitado o restringido por el primero; si el contenido del derecho derivado fuese positivo —como es el caso del que nos ocupamos—, además de limitarse su poder, se atribuyen, ceden o transmiten algunas de las facultades limitadas en favor del nuevo derecho. El derecho derivado siempre será de menor contenido que el derecho base, salvo en el supuesto en que este último quede anulado, extinguido o simplemente haya sido por entero cedido, cuando el derecho real sea disponible, en cuyo caso no coexistirán los dos derechos.

Extrapolando esta teoría del derecho sobre derecho a nuestro objeto de estudio, es evidente que el usuario de la vivienda no puede tener una posición más fuerte ni con mayor contenido que la del titular del derecho sobre la vivienda —derecho base—, pues *nemo dat quod non habet*. El derecho de uso atribuido —derecho derivado— será “una proyección del título en virtud del cual los dos cónyuges o el otro estuvieran ocupando la vivienda (...) y la debilidad de este título frente al propietario, o frente a terceros adquirentes, será la debilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”<sup>273</sup>.

Téngase en cuenta, además, que la titularidad usufructuaria no tiene por qué ser únicamente privativa de uno de los cónyuges, sino que puede ser también ganancial, en cuyo caso sería lógico entender que el usufructo se ha constituido con carácter sucesivo, es decir, hasta que muera el último de los cónyuges. De ahí que, incluso si premuere el no beneficiario del uso, el cónyuge sobreviviente —beneficiario— conservará su derecho a la ocupación a título de usufructuario, sin ningún tipo de connotación familiar.

### 1.3 Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de uso o habitación

En tercer lugar, puede ser que la vivienda se hubiese venido ocupando en virtud de un derecho real de uso o habitación.

---

<sup>272</sup> Vid., sobre los derechos sobre derechos, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral..., *op. cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>273</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, p. 348.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Los terceros ante la adjudicación...”, *op. cit.*, considera que en el caso de que los cónyuges no fuesen titulares dominicales, “la resolución judicial no crea *per se* un derecho originario, nuevo, oponible *erga omnes* sino que, a lo sumo, frente a tales terceros, podrán oponerse por el cónyuge ocupante las facultades de que antes disponían ambos esposos”.

En estos casos existe una diferencia esencial con el caso anterior. Los derechos de uso y habitación son personalísimos, por lo que no podrán ser ejercidos por otras personas distintas a las expresadas en el título constitutivo o en la ley. Incluso, el titular de los citados derechos tampoco está facultado para disponer de los mismos: “*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*” (art. 525 CC)<sup>274</sup>.

Hay, no obstante, quienes, como O’CALLAGHAN, ofrecen una solución partiendo del propio concepto del derecho de habitación. Dado que el mismo incluye las necesidades de las personas de la familia del habitacionista, si ocupa su cónyuge la vivienda no se transmite al mismo el propio derecho de habitación, sino que tan sólo ocurre que dicho cónyuge y, en su caso, los hijos, ocupan la vivienda por la mera razón de ser personas de su familia<sup>275</sup>.

Respecto a tal propuesta, podría discutirse, en primer lugar, la amplitud que se le reconoce a la familia, incluyendo en la misma al cónyuge con el que ya no existe vínculo matrimonial. En segundo lugar, a tal tesis hay quien objeta que el art. 524 CC se refiere a una familia conviviente con el usuario o habitacionista<sup>276</sup>.

Pese a la dificultad que conlleva, a la vista de lo anterior, defender en estos casos la posible atribución del uso de la vivienda —en virtud del art. 96 CC— al cónyuge no titular del derecho de uso o habitación, estimo que podrían considerarse dos posibilidades.

En primer lugar, podría pensarse que el superior interés del más débil (hijos o cónyuge —incluso el no titular—) hace del art. 96 CC una norma especial —y posterior— frente al art. 524 CC. El fin del derecho sigue siendo el mismo aunque, por la crisis familiar sobrevenida, ahora no pueda satisfacer las necesidades de toda la familia, sino solo de alguno de sus miembros. Se trataría de reconocer, en estos casos, un tratamiento similar al que hemos referido en relación con el derecho real de usufructo.

En segundo lugar, otra opción pasaría por permitir la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular y, en su caso, a sus hijos, aunque, al no ser posible la constitución de derecho alguno, su ocupación lo fuese en precario. Qué duda cabe de

---

<sup>274</sup> Sobre la disponibilidad de los derechos de uso y habitación, *vid. supra*, cap. quinto, II.

<sup>275</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss. *Vid.*, asimismo: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 284; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 453; o ELORRIAGA DE BONIS, F., *op. cit.*, p. 253.

<sup>276</sup> *Vid.* LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, pp. 103-104.

que no es la mejor protección para el beneficiario del uso, pero sí es respetuosa con la indisponibilidad de los derechos de uso y habitación que impone el art. 525 CC.

Por otra parte, téngase en cuenta que la imposibilidad de atribución del uso de la vivienda familiar podrá acabar incidiendo en la cuantía de las pensiones establecidas en el proceso matrimonial.

Una situación diferente se presentaría en el caso de que el derecho real de uso o habitación, en virtud del cual se ha venido disfrutando de la vivienda familiar durante la estabilidad matrimonial, hubiese sido constituido a favor de ambos cónyuges. En este caso, al igual que si fuesen usufructuarios ambos cónyuges, no parece que exista problema alguno para la atribución del uso a uno de ellos. Lo que se producirá será una concesión judicial del ejercicio exclusivo del uso de la vivienda a uno de los cotitulares y la exclusión judicial del otro<sup>277</sup>. La titularidad preexistente del usuario, habitacionista o usufructuario no quedaría desvirtuada, pues esta titularidad “absorbe, por así decirlo, el eventual derecho de ocupación resultante de la ruptura conyugal, de suerte que este último deviene irrelevante por quedar subsumido en el propio derecho de uso o habitación”<sup>278</sup>.

#### **1.4 Vivienda ocupada en virtud de un derecho personal**

Puede ocurrir, en cambio, que la titularidad que se viniera ostentado sobre la vivienda no fuese de un derecho real, sino de un derecho personal. El supuesto más habitual es el del arrendamiento, sobre el que se ha discutido si se produce una cesión o una subrogación de la titularidad. La solución viene ya otorgada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, de la que nos ocuparemos en el epígrafe I del capítulo segundo.

En sede de derechos personales, cabe también, aunque sea poco frecuente su estudio por la doctrina, que la vivienda se ocupe a título de comodato. En palabras de TAMAYO CARMONA<sup>279</sup>, del art. 1742 CC, referente a los herederos del comodatario, parece extraerse el carácter no personalísimo del derecho, permitiéndose, pues, la transmisión de la facultad de uso a una persona distinta a la del comodatario originario, salvo que el contrato se hubiera realizado en consideración a la persona del comodatario (*intuitu*

---

<sup>277</sup> Vid. COBACHO GÓMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 150 y LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 137, quien defiende tal concesión judicial siempre que la titularidad jurídica de la vivienda sea común a ambos cónyuges.

<sup>278</sup> Vid. LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 104.

<sup>279</sup> TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

*personae*), para lo cual podría bastar una consideración tácita, a la vista de su gratuidad (art. 1740.II CC) y de que se trata de un contrato considerado como de beneficencia o confianza.

Habiéndose venido ocupando la vivienda en virtud de un derecho personal, el derecho de uso atribuido al cónyuge no titular será, en cualquier caso, personal<sup>280</sup>.

Piénsese en el supuesto en el que la vivienda se hubiese venido ocupando por razón de la profesión de uno de los cónyuges. En ocasiones suele operarse a través de una arrendamiento con una renta inferior a la de mercado, o incluso sin constituirse derecho arrendaticio, pero otorgándole legitimación necesaria para ocuparla, sin que pueda considerarse un precario pese a no pagar renta, pues el título que legitima su posesión deriva de la relación laboral. En estos supuestos, atendiendo al carácter personalísimo, considero que no es posible la atribución del uso de la vivienda al cónyuge que no ejerce la profesión<sup>281</sup>.

No obstante, no han faltado voces en España que han diferenciado entre la ocupación de la vivienda “por” el cargo y la ocupación de la vivienda “para” desempeñar el cargo, considerando que únicamente será inviable la atribución de la vivienda en el segundo de los casos, es decir, cuando se trata de un medio imprescindible para el ejercicio de la actividad laboral y no un mero incentivo<sup>282</sup>.

SALAZAR BORT<sup>283</sup>, por su parte, no se opone a aplicar el art. 96 CC también en estos supuestos, siempre previa valoración de los intereses que concurran —especialmente los derivados de la relación laboral—. Además de los intereses del empleado —en referencia especialmente a las consecuencias negativas que pudiese tener para la continuación de su relación laboral—, también habrán de tenerse en cuenta los intereses del propio

---

<sup>280</sup> Vid. CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 355, quien precisa que, en estos casos, el derecho de ocupación del cónyuge usuario seguirá la suerte del derecho personal que lo sustenta.

<sup>281</sup> Vid., en sentido contrario, entre otras, la SAP La Rioja 353/2007 de 27 de diciembre, que considera que los derechos del titular —el Patronato de Viviendas de la Guardia Civil— no se ven afectados por lo resuelto en el procedimiento de separación matrimonial, pues con la atribución del uso a la esposa e hija no se determina ni la subrogación ni la cesión de derechos, sino que simplemente se realiza una atribución *ex iudice* del uso y disfrute del piso que no ha de condicionar los derechos de terceros sobre la vivienda; o la SAP Las Palmas 183/2007 de 28 de mayo, que considera que el hecho de que el matrimonio hubiera venido ocupando el inmueble por razón del trabajo que desarrolla uno de los cónyuges, no supone obstáculo alguno para hacer efectiva la medida del art. 96 CC.

En Alemania, por ejemplo, el §1568a (4) Bürgerliches Gesetzbuch (en adelante, BGB), solo contempla tal posibilidad si se cuenta con el consentimiento del tercero o si es necesario a fin de evitar una grave dificultad: “(4) Ein Ehegatte kann die Begründung eines Mietverhältnisses über eine Wohnung, die die Ehegatten auf Grund eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses innehaben, das zwischen einem von ihnen und einem Dritten besteht, nur verlangen, wenn der Dritte einverstanden oder dies notwendig ist, um eine schwere Härte zu vermeiden”.

<sup>282</sup> Vid. LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, p. 160.

<sup>283</sup> SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 306 y ss.

empresario. Descarta, eso sí, la atribución cuando la normativa laboral o administrativa imponga la obligación del trabajador de residir en la vivienda.

Pese a la anterior justificación, consideramos que no es posible la atribución del uso en estos últimos casos, pues exige el sacrificio de derechos e intereses pertenecientes a un sujeto que ostenta la condición de tercero con respecto a los interesados en la atribución.

## 1.5 Vivienda ocupada en precario

Supuesto distinto a todos los anteriores es aquel en el que el derecho sobre la vivienda familiar es únicamente titularidad de tercero. En este caso, durante la estabilidad matrimonial, el inmueble se ha venido ocupando mediante la cesión gratuita por parte del tercero, es decir, en precario. La atribución del uso, pues, no podrá conllevar la constitución de ningún derecho nuevo; a lo más, si el inmueble siguiera siendo ocupado, lo que se producirá es un desplazamiento en la persona del precarista. No obstante, sobre este supuesto volveremos en el capítulo relativo a la vivienda propiedad de tercero<sup>284</sup>, donde también trataremos en profundidad el supuesto de la vivienda arrendada.

## 2. Patrimonialidad del derecho de uso

### 2.1 Carácter familiar del derecho: su pretendida incompatibilidad con el carácter patrimonial

En el Derecho civil, “ni si quiera *grosso modo*” —en palabras de LASARTE<sup>285</sup>—, se puede afirmar que todos los conflictos sociales tengan en exclusiva, o fundamentalmente, un substrato económico o patrimonial.

Salvada ha quedado la cuestión de que, con la atribución del uso de la vivienda familiar, nos encontremos ante una mera concentración del *ius possidendi*, convencidos de que nos encontramos ante un derecho subjetivo y no ante una mera potestad o facultad; superada ha quedado, asimismo, mediante el recurso a la naturaleza dinámica del derecho de uso, la objeción referida al *nemo dat quod non habet*.

---

<sup>284</sup> Vid. *infra*, cap. segundo.

<sup>285</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho civil patrimonial: introducción al Derecho*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 34.

Es momento, este, de centrarnos en otra de las cuestiones que han hecho que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hayan experimentado vacilaciones a la hora de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso. Nos estamos refiriendo a la discusión tendente a discernir si nos encontramos, bien ante un derecho patrimonial —y dentro de este ante un derecho personal o real—, o bien ante un derecho familiar.

Como ya vimos al estudiar la corriente defensora del derecho de uso como derecho familiar, la negación del carácter patrimonial del derecho ha sido la base de la que han partido las últimas RRDGRN, así como los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, para rechazar que nos encontremos ante un derecho personal o real y decantarse, en su lugar, por la naturaleza familiar de este derecho<sup>286</sup>.

Sin embargo, como ya advertimos también en el apartado señalado, cuando los referidos pronunciamientos y resoluciones niegan el carácter patrimonial del derecho de uso, en favor del familiar, no motivan suficientemente el porqué de su negativa ni, sobre todo, llevan tal afirmación a sus últimas consecuencias, razón de ser de esta tesis. La STS 859/2009 de 14 de enero de 2010, afirma:

*“De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar”.*

Cabe decir al respecto, en primer lugar, que la colocación sistemática es la que le corresponde por ser la liquidación posesoria de la vivienda habitual uno de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio. De hecho, en Cataluña está en el Libro 2º CCcat., que es el dedicado a la persona y a la familia, y no en el Libro 5º, y a pesar de ello se le reconoce naturaleza real<sup>287</sup>. Es más, ¿cuál debería haber sido su ubicación en el Código Civil para poderlo estimar como derecho patrimonial? Cuántas cuestiones, sin duda patrimoniales, se abordan en los arts. 90 y ss. CC y nadie niega tal carácter o trascendencia patrimonial por una supuesta *desubicación* —v. gr. la pensión compensatoria—. En segundo lugar, tampoco encontramos justificada esa alusión a los intereses a los que atiende pues, ni los especifica ni se entiende por qué no se pueden alcanzar igualmente a través de un derecho real o de uno de crédito.

De aquel recorrido jurisprudencial que realizamos por las diferentes sentencias que defendían el derecho de uso como un derecho familiar en detrimento del carácter patri-

---

<sup>286</sup> Vid. *supra*, cap. primero, II.3.

<sup>287</sup> Vid. NASARRE AZNAR, S., *op. cit.* p. 1539.



monial, cabe, quizás, extraer dos argumentos que tuvieron cierta incidencia tanto en los pronunciamientos posteriores como en la propia doctrina y que ahora, nos encargaremos de desmontar como paso previo a la justificación de la patrimonialidad del derecho en cuestión.

El primero de esos argumentos es el utilizado por el Tribunal Supremo en la STS 589/2009 de 14 de enero de 2010, al que acudieron posteriormente sucesivas sentencias y resoluciones de la Dirección General que abogaron por el carácter familiar del derecho de uso (entre otras, la RDGRN de 19 de julio de 2011):

*“Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad”.*

Con ello parece venir a decir que el único contenido del derecho de uso es la limitación consistente en la necesidad del consentimiento del cónyuge beneficiario del uso para que el titular pueda enajenar la vivienda<sup>288</sup>. Sin embargo, esa restricción a la que hace referencia el Alto Tribunal —y que se contiene en el párrafo cuarto del art. 96 CC— no es más que una medida de protección del derecho de uso; e, incluso, aunque lo considerásemos como contenido del derecho de uso, es palmario que el derecho de uso no se resume simplemente en ese contenido limitativo de la facultad de disposición del titular. Tiene, además, —y diría, incluso, con carácter principal— un contenido positivo consistente en la propia facultad de usar y ocupar la vivienda familiar por parte del beneficiario de la atribución. Así lo había llegado a admitir la RDGRN de 14 de mayo de 2009:

*“a la vista de nuestro Derecho positivo en la materia se puede afirmar que el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de*

---

<sup>288</sup> POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, pp. 128-129, siguiendo la línea marcada por las citadas resoluciones, considera que el contenido primordial del derecho al uso de la vivienda familiar consiste en que el titular de la cosa o derecho sobre el que recae no puede disponer de tal cosa o derecho sin consentimiento del titular del derecho de uso o, en su defecto, autorización judicial.

*contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda”.*

Es más, este contenido positivo también tendrá contenido patrimonial, como veremos más adelante. Esta postura mantenida por el Alto Tribunal y la Dirección General, tendente a reducir el derecho de uso a su contenido negativo, es una de las causas que — como iremos viendo a lo largo de la obra— impide, tanto a uno como a otra, apreciar la naturaleza real del derecho de uso.

El segundo de los argumentos, quizás el más reiterado —según hemos visto en las resoluciones de la DGRN— y que, *a priori*, más sustento podría tener, es el contemplado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009, que considera el derecho de uso como un derecho familiar, y no patrimonial, en tanto que se trata de un “*correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. art. 154 C.c.), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial*”<sup>289</sup>.

Ya descartamos nosotros que la medida consistente en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar tuviese su razón de ser, debiese su existencia, o, en fin, tuviese su fundamentación, en la obligación de alimentos —y en la consideración de la habitación como parte de los mismos— o en su consideración como parte de la pensión compensatoria, más allá de la incidencia que pueda en otras medidas —como veremos en el apartado VI.2.4 de este capítulo—.

Sea como fuere, lo cierto es que calificar el derecho de uso del art. 96 CC como familiar no aclara cuál es su naturaleza, por lo que no resuelve nada. Ni existe una categoría de este tipo de derechos ni, por tanto, ese *derecho familiar* que se ha venido defendiendo cuenta con un régimen jurídico que pueda ser de aplicación<sup>290</sup>. Esta carencia de régimen jurídico a aplicar es lo que conlleva que, a la hora de su aplicación práctica, nos encontremos con no pocos problemas, que, en su mayoría, no surgirían de encuadrar el referido derecho de uso en una de las categorías tradicionales.

Por ello, y pese a la necesidad de abordar la cuestión —pues doctrina y jurisprudencia encuentran respaldo en el carácter familiar del derecho para negar su patrimonialidad—, no encuentro motivo para que el reconocimiento del carácter familiar del dere-

---

<sup>289</sup> Argumento seguido después por las RRDGRN de 9 de julio de 2013, 2 de junio de 2014, 24 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016 o 30 de mayo de 2018.

<sup>290</sup> *Vid.* CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 13.

cho de uso de la vivienda familiar vaya unido, sin más, a la negación de su patrimonialidad y, con ello, del reconocimiento de su naturaleza real o personal.

O dicho de otra forma, no negamos el carácter familiar del derecho, lo que negamos es dicho carácter sea incompatible con el reconocimiento de la patrimonialidad del derecho. La denominación de derecho familiar es utilizada, en esencia, para referirse a aquellos derechos que nacen o tienen su causa en las relaciones familiares. Por tanto, que un derecho sea familiar, como puede ser el que nos ocupa —no lo negamos—, no impide que podamos calificar ese mismo derecho como patrimonial<sup>291</sup> y, por tanto, hagamos de distinguir entre derecho real o de crédito.

De hecho, la ya aludida STS 905/1994 de 18 de octubre, contempla la existencia de un “*derecho real familiar de eficacia total*”. Ese matiz, de ser un derecho familiar, sí comportará ciertas especialidades, atendiendo así a la relevante importancia que, en los diferentes textos legislativos, se le otorga a la familia.

En definitiva, parece evidente que el recurso al derecho familiar por parte del Tribunal Supremo y de la DGRN ha tenido como fin más próximo el de evitar entrar en el manido y complejo debate sobre la naturaleza real o personal del derecho a usar la vivienda familiar.

He aquí el motivo de que los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales a los que hemos aludido simplemente se quedasen en la calificación como derecho familiar al referirse al derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC, sin que entrasen, ni tan siquiera, en justificar mínimamente su posición.

## 2.2 Carácter patrimonial del derecho

Una vez superada la tesis —imperante en la doctrina y en la jurisprudencia— que se ampara en el carácter familiar del derecho de uso de la vivienda familiar para negar el carácter patrimonial, y habiendo nosotros defendido la compatibilidad, en abstracto, entre el carácter familiar y el patrimonial, es momento, este, para plantearse, en particular, si el derecho de uso del que nos venimos ocupando tiene, o no, carácter patrimonial.

---

<sup>291</sup> Vid.: BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de familia*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2002 (reimpresión 2004), p. 33, quien apunta que de las normas jurídicas que integran el Derecho de familia resultan derechos subjetivos, que pueden ser de orden patrimonial o extrapatrimonial; o GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *El derecho real: elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 15-19, quien, en el esquema clasificatorio de los derechos subjetivos que propone, desde el punto de vista de su contenido, de su patrimonialidad, considera a los Derechos de familia como mixto, “porque, en su faceta pura, es decir, en el plano potestativo, están ausentes de todo contenido económico, a la par que las relaciones familiares pueden derivar en prestaciones de valor pecuniario”.

En caso afirmativo, podremos, entonces, cuestionarnos si se trata de un derecho personal o real.

### 2.2.1 La susceptibilidad de valoración económica del derecho

Si por algo se caracterizan los derechos patrimoniales es porque tienen contenido económico y persiguen la consecución y realización de intereses materiales del titular del derecho, frente a los derechos subjetivos que no son patrimoniales, amparados estos últimos en bienes e intereses de la persona en cuanto tal o como miembro de la comunidad familiar a la que pertenece, sin que sean susceptibles de valoración en dinero — valoración pecuniaria—<sup>292</sup>.

En palabras de DÍEZ-PICAZO, los derechos patrimoniales son “aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica”<sup>293</sup>.

En atención a lo anterior, el porqué de la negativa de la doctrina y la jurisprudencia —ya citada— a considerar el carácter patrimonial del derecho de uso de la vivienda familiar podría deberse a su consideración de que el referido derecho no tiene un sustrato o trasfondo económico susceptible de ser valorado.

A su vez, esta consideración de ausencia de naturaleza económica podría deberse —entre otros motivos— a las divergencias que, en torno a este derecho, existen respecto al tipo de necesidad que el mismo pretende satisfacer, en lo cual tiene una influencia notable el fundamento o razón de ser de este derecho —motivo por el cual lo hemos tratado al comienzo de este capítulo—. Ya adelantamos cómo esa necesidad se podía —o debía— concretar en una necesidad de tipo social o personal, más que económica. Partiendo de la afirmación anterior, muchos autores han negado el carácter patrimonial del derecho de uso entendiendo que el interés del sujeto beneficiario respecto de la vivienda familiar no es económico, sino más bien de afección de los individuos beneficiarios con un determinado bien.

No obstante lo anterior, a efectos de considerar la patrimonialidad del derecho, ha de resultar indiferente si el interés —si la necesidad— del sujeto beneficiario es de tipo social. Lo relevante no es que el interés que se pretende cubrir sea o no puramente eco-

---

<sup>292</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Cursos de Derecho civil I. Parte general y Derecho de la persona* (coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 262.

<sup>293</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 74-75.

nómico o patrimonial, o si lo es afectivo o subjetivo, sino que el medio utilizado para satisfacer ese interés protegido represente, al mismo tiempo, un beneficio económico.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO, al referirse a la necesidad de la naturaleza económica de los bienes e intereses para considerar a una relación jurídica como patrimonial, considera que ostentarán dicha naturaleza cuando los mismos puedan ser objeto de valoración económica. Y esa valoración ha de medirse de una manera objetiva, es decir, “con independencia de cuál sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión”<sup>294</sup>. Los derechos patrimoniales tienen siempre un carácter instrumental en cuanto que se dirigen a satisfacer intereses del titular, ya sean económicos o de otra índole<sup>295</sup>. De forma tal que, “aun cuando el interés del sujeto respecto de un bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recaiga, objetivamente considerado, posea un valor económico”.

Es decir, para los derechos patrimoniales, la cosa, en cuanto bien jurídico, ha de representar y contener un valor económico en la vida del tráfico como posible elemento del patrimonio<sup>296</sup>, debiendo, para ello, prestar un cierto grado de utilidad y ser objeto de apropiación —actual o potencialmente—, *ex art. 333 CC*<sup>297</sup>.

En fin, el derecho de uso de la vivienda familiar será patrimonial o no dependiendo de si tiene, o no, naturaleza económica; de si puede, o no, ser objeto de valoración. Para determinar la naturaleza del derecho de uso —según hemos justificado— no tiene relevancia si consideramos, o no, la atribución del uso de la vivienda como un pago *in natura* de la pensión alimenticia o de la compensatoria, y tampoco si la necesidad que se intenta satisfacer es de tipo económica o social. Como mantiene MARTÍN MELÉNDEZ “una cosa es la función que la atribución pueda cumplir o que influya en la cuantía de otras medidas, y otra la naturaleza del derecho, que es lo que aquí estamos tratando”<sup>298</sup>. Lo importante, reitero, es que pueda ser objeto de valoración.

---

<sup>294</sup> *Ibíd.*, p. 73.

<sup>295</sup> *Ibíd.*, p. 75.

<sup>296</sup> COVIELLO, N., *Doctrina general del Derecho civil* (traducción al castellano de la cuarta edición italiana, revisada por LEONARDO COVIELLO, por FELIPE DE J. TENA), Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Méjico, 1949, pp. 275-276: “cosa, en el sentido jurídico, es todo lo que puede ser objeto de derechos patrimoniales, todo lo que es permutable, porque presenta una utilidad estimable en dinero por vía directa o indirecta”; GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España (12ª ed. corregida y aumentada por MONTALBÁN, J. M.)*, t. I, Librería de Sánchez, Madrid, 1877, p. 547: “por cosa, cuando del Derecho civil se trata, entendemos todo lo que puede constituir el patrimonio de los hombres”

<sup>297</sup> *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral..., *op. cit.*, pp. 112 y ss.

<sup>298</sup> *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.* En el mismo sentido, SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss., señala que una cosa es que tenga naturaleza eco-

## 2.2.2 El valor de uso como valor económico

Dicho lo cual ¿tiene el derecho de uso de la vivienda familiar naturaleza económica? ¿Puede ser objeto de valoración?

Ese valor económico podemos propugnarlo tanto de la propia vivienda familiar — que, por sí misma, es indudable que tiene valor económico—, como del derecho de uso —también susceptible de valoración pecuniaria—<sup>299</sup>, siendo este otro de los caracteres del derecho patrimonial.

En cuanto a la utilidad, susceptibilidad de apropiación y valoración económica que han de proporcionar las cosas como bienes jurídicos —según anunciamos en el apartado anterior—, se suele distinguir un doble posible valor de las mismas: un valor de uso y un valor de cambio o pecuniario<sup>300</sup>; “una doble valoración y susceptibilidad de apropiación que, actual o potencialmente atribuible, material o jurídicamente definible, y directa o mediata obtenible, objetiviza a la cosa posibilitando su calificación jurídica como objeto de cualquier derecho patrimonial, tanto real como creditual”<sup>301</sup>.

DÍEZ-PICAZO, asimismo, sobre la valoración pecuniaria del derecho, precisa la posibilidad de que sea valor en cambio, en cuanto a la posibilidad de conseguir dinero u otros derechos por medio de la disposición del propio derecho, o bien valor en uso, en cuanto a la posibilidad de prometer a otro el ejercicio del derecho a cambio de una contraprestación o de usar personalmente la cosa ahorrándose así los gastos que, de no poderlo hacer, el titular debería efectuar con su propio patrimonio<sup>302</sup>.

---

nómica y otra que su finalidad sea la de proveer un beneficio económico. Tiene relevancia económica pero no es adoptada a partir de motivaciones económicas.

<sup>299</sup> Vid., en sentido contrario, POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, pp. 126-127. Lo que le inclina a pensar que no estamos ante un derecho patrimonial es que se trata de un derecho sin valoración económica, que no puede ser perseguido por los acreedores, y que es irrenunciable, en tanto que los intereses que protege impiden la renuncia anticipada al derecho por parte del titular del mismo.

<sup>300</sup> Vid. AHRENS, E., *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado (versión directa del alemán aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor por GINER, F., DE AZCÁRATE, G. y GONZÁLEZ LINARES, A.)*, t. III, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1880, p. 78, mantiene, respecto al valor, que todas las cosas que son objeto de un derecho lo tienen, “esto es, poseen un grado de utilidad y de aplicación, que es lo que convierte las cosas en bienes”.

<sup>301</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral..., *op. cit.*, pp. 113-114, quien añade que tal aptitud de apropiación económica que ha de caracterizar a la cosa como bien jurídico y económico no ha de entenderse en sentido siempre presente y directo, ni en modo alguno con un carácter físico o material. Así, esa utilidad que la cosa puede prestar a la persona puede ser eventual e indirecta (derechos de crédito que tengan por objeto la entrega de una cosa), o actual y directa (derechos reales).

<sup>302</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, p. 75.

Pues bien, el derecho atribuido en virtud del art. 96 CC tiene un valor de uso. Y este valor de uso es un valor económico, del que goza el beneficiario y del que carecerá el otro cónyuge. Aunque no hay una contraprestación directa, sí que ese derecho de uso es perfectamente evaluable económicamente, en tanto que supone un ahorro económico para el beneficiario —que no tiene que arrendar o comprar otra vivienda—, así como un perjuicio económico para el titular de la vivienda —que habrá de hacer frente a un gasto extraordinario para acceder a una vivienda pese a ser titular de otra—. Y esa valoración podría cuantificarse con el precio de mercado del arrendamiento de una vivienda de similares características.

Téngase en cuenta, no obstante, que la valoración pecuniaria del derecho de uso es otro de los puntos donde podríamos encontrar alguna dificultad susceptible de ser utilizada por los detractores del carácter patrimonial del derecho de uso.

En este sentido, SERRANO ALONSO<sup>303</sup> considera que la ocupación no tiene naturaleza real ni personal en tanto que el cónyuge ocupante no puede hacer nada sobre la vivienda familiar: ni disponer de ella, ni hipotecarla, ni ceder su uso a un tercero, ni modificar su destino o configuración, ni asumir las obligaciones que tiene pendiente el titular...

Con tal postura, este autor confunde patrimonialidad y disponibilidad del derecho y, en general, confunde valor de uso y valor de cambio, cuando ambos, aunque diferentes, son patrimoniales<sup>304</sup>. Es más, téngase en cuenta cómo, por ejemplo, los derechos de uso y habitación no son tampoco disponibles (art. 525 CC) y, sin embargo, son derechos de naturaleza real y, por lo tanto, patrimoniales.

En definitiva, y a la vista de las definiciones y características que hemos tratado, el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho patrimonial, a través del cual se posibilita la atribución —y la protección consiguiente—, al cónyuge beneficiario, de un poder económico o de un señorío sobre un bien de naturaleza económica como es la vivienda familiar.

### **2.2.3 Confusión entre patrimonialidad y onerosidad**

Si nos remontamos a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedi-

---

<sup>303</sup> SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 108.

<sup>304</sup> *Vid.* FERRARA, F., *op. cit.*, p. 732: “cosa è un bene economico, tutto quanto presenta per l’uomo valore di utilità. Non è necessario invece, come si crede generalmente che la cosa abbia anche un valore di scambio. La permutabilità è una qualità normale delle ricchezze, non indispensabile”.

miento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 13 de marzo de 1980, el primer párrafo del art. 96 decía “*El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponde, mediante las adecuadas compensaciones, a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*” (el subrayado es nuestro).

El Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, a raíz de la enmienda núm. 124 presentada por el Grupo Comunista, elimina el inciso “*mediante las adecuadas compensaciones*”. Por parte del Pleno del Congreso, se aprueba el texto del art. 96 CC conforme al dictamen de la Comisión, tras haber sido retiradas las enmiendas contra el mismo<sup>305</sup>.

Ahora bien, la eliminación de ese inciso en la que terminó siendo la Ley 30/1981, de 7 de julio, no conlleva la falta de patrimonialidad del derecho de uso. La justificación de la supresión no fue otra que la ausencia de precisión alguna sobre la naturaleza o el alcance de tales compensaciones, lo cual podía dar lugar a una situación de inseguridad jurídica, en la que el cónyuge más débil económicamente podría verse privado de una parte sustancial de los beneficios que pudieran corresponderle por otros conceptos, en cuanto compensación por el uso de la vivienda y el ajuar doméstico.

Hacer depender el carácter patrimonial del inciso suprimido supondría confundir, o limitar, la patrimonialidad a la disponibilidad —onerosa, en este caso—, al valor en cambio; acaso como si los derechos concedidos gratuitamente no pudiesen ser patrimoniales.

### **2.3 Derecho de uso: familiar y patrimonial**

En virtud de lo expuesto en los apartados anteriores, no cabe negar que la atribución del uso de la vivienda familiar tenga un valor económico —un carácter patrimonial—. Ahora bien, no se puede enfocar como una cuestión meramente patrimonial.

El Derecho civil es, por encima de todo, Derecho de la persona, lo que se ha convertido en un tópico que a modo de mantra se repite incesantemente en toda la literatura

---

<sup>305</sup> En la enmienda núm. 1, presentada por D. CARLOS PINILLA TURINO, senador por Zaragoza y perteneciente al Grupo Mixto, se propone volver a la redacción inicial del Proyecto de Ley. La Ponencia propone a la Comisión de Justicia e Interior que no se acepte esta enmienda. Y así se hace. No se aprueba por el Senado la enmienda del Sr. PINILLA.



jurídica, según ha dicho GARCÍA RUBIO<sup>306</sup>. FEDERICO DE CASTRO consideró el Derecho civil español como “el que determina de modo general el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia, dentro de la total organización jurídica”<sup>307</sup>. Lo que caracteriza al Derecho civil, separándolo de otros Derechos y convirtiéndolo en el Derecho de la persona por excelencia, es que se refiere a la persona *qua talis*, en sí y por sí misma considerada, sin aditivos políticos, profesionales, sociales o económicos)<sup>308</sup>.

Decía HERNÁNDEZ GIL que “la persona es el núcleo y el centro del Derecho civil, y precisamente aquella en su significación más general y elemental”<sup>309</sup>, por lo que llega a definir el Derecho civil como “el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que la corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio, dentro de la comunidad”<sup>310</sup>. Considera que la persona es un *príus* respecto del Derecho, así como que la libertad es consustancial con la misma: “la libertad define a la persona, ética y socialmente, con un vigor por lo menos análogo a como es definida antropológicamente a través de la racionalidad o de la figura humana”<sup>311</sup>. De ahí que sea necesario que el Derecho civil, en su concepción personalista de las instituciones, afecte a todas las personas sin distinciones, y sin discriminaciones. Es necesaria, pues, la igualdad, pero no cualquiera, sino una igualdad proporcional en cuanto expresión de justicia; justicia a la que ya aludíamos —al hablar sobre el fundamento—<sup>312</sup> para justificar la atribución del uso al más débil.

Ya desde hace un tiempo a esta parte se viene hablando de la *patrimonialización* del Derecho civil, hasta el punto de que la persona aparece como un valor instrumental, simple sujeto de derechos y deberes de carácter patrimonial<sup>313</sup>.

Ahora bien, como mantiene CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>314</sup>, “una cosa es la amplitud del aspecto patrimonial dentro del Derecho civil como Derecho de la persona,

---

<sup>306</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., “La persona en el Derecho civil: cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 83-84.

<sup>307</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. I, Casa Martín, Valladolid, 1942, pp. 89-90.

<sup>308</sup> Vid. JORDANO BAREA, J. B., “Concepto y valor del Derecho civil”, en *RDP*, 1962, pp. 722 y ss.

<sup>309</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., voz “Derecho civil”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. I, Francisco Seix, Barcelona, 1968, p. 172.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>311</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., “Prólogo”, en *En torno al concepto del Derecho civil (PASCUAL QUINTANA, J. M.)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1959, p. 11.

<sup>312</sup> Vid. *supra*, cap. primero, IV.3.

<sup>313</sup> Vid.: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1949-1952 (reimp. 1984), pp. 12 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El sentido histórico del Derecho civil”, en *RGLJ*, 1959, pp. 52 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, pp. 86-87.

y otra muy distinta que el Derecho civil sea en su tono y espíritu Derecho eminentemente patrimonial, quedando así eliminada, o relegada a valor instrumental, su dimensión personal”.

Es decir, el contenido patrimonial del Derecho civil no se discute, pero no puede considerarse un valor superior a la persona. El tratamiento del aspecto patrimonial del Derecho civil ha de inspirarse en una concepción personalista del problema, que parta de la idea de persona. Una reducción patrimonialista de su inspiración sería lo que nos llevaría a una desnaturalización del Derecho civil como Derecho de la persona. Como mantiene CERDEIRA, el Derecho civil habrá de dar a la regulación del orden patrimonial un profundo sentido humano o personalista, haciendo valer, por encima de los intereses económicos, el carácter de fin superior de la personalidad y su naturaleza integral.

Como antítesis a esa patrimonialización del Derecho civil, últimamente se viene hablando de *despatrimonialización* del Derecho civil<sup>315</sup>; no en el sentido de eliminación de la dimensión patrimonial del Derecho civil, sino como subordinación instrumental y teleológica de la misma al valor fundamental y permanente que prima y define materialmente al Derecho civil: la persona<sup>316</sup>. Es lo que lleva a CERDEIRA Bravo de Mansilla a hablar, más bien, de la *personalización del aspecto patrimonial del Derecho civil*, que no deja de ser una exigencia constitucional, en cuanto a reconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como principio general del Derecho (*cfr.* art. 10 CE).

Por ello, pese a que hayamos reconocido el carácter patrimonial del derecho del que nos ocupamos, ello no nos ha de llevar a olvidar que está en juego el interés de la familia, por lo que se ha de enfocar, y resolver, el problema, desde esa visión asistencial en la que el Derecho civil (art. 96 CC) atiende a razones de justicia, tratando de igualar a toda persona en su salida de la vida familiar, protegiendo, para ello, al más débil. Existe, pues, un control del poder público, velando, no solo por la legalidad —seguridad—, sino también por la equidad, por la justicia y, en definitiva, por la protección del más

---

<sup>314</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Prólogo”, *op. cit.*, pp. 5 y ss. En p. 6, mantiene que en la dicotomía personal/patrimonial no hay, o no debe haber, contradicción si se parte del principio básico y unitario del Derecho civil, que es el de la personalidad, concibiéndose a la persona como una realidad integral, incluyendo la dimensión social y la subjetividad jurídico-patrimonial.

<sup>315</sup> Como contraposición a la patrimonialización del Derecho civil, se viene hablando de la *despatrimonialización* del mismo. *Vid.*, en tal sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 150 y ss.; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 52 y ss.; CARRASCO PERERA, A.: *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988; GIL RODRÍGUEZ, J., “Acotaciones para un concepto de Derecho civil”, en *ADC*, núm. 2, 1989, pp. 369 y ss.

<sup>316</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *op. cit.*, pp. 151-152.

débil. Así lo exige la propia dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad<sup>317</sup>.

En definitiva, se trata de un derecho familiar y patrimonial, pues ya descartamos, páginas atrás, la supuesta incompatibilidad entre ambos caracteres del derecho. El art. 96 CC ni se puede enfocar como una cuestión exclusivamente patrimonial, pues está en juego la protección del miembro de la familia más débil —cónyuge o hijos—, ni tampoco resuelve nada verlo como una cuestión puramente familiar, sin ninguna repercusión económica.

## **2.4 Incidencia de la atribución del uso de la vivienda en la pensión alimenticia y compensatoria**

### **2.4.1 La consideración de la atribución en la cuantificación de las pensiones: la improcedencia de una compensación indirecta**

Según lo expuesto, el derecho atribuido en virtud del art. 96 CC tiene un valor de uso. Y este valor de uso es un valor económico, del que goza el beneficiario y del que carecerá el otro cónyuge, con independencia de que la necesidad que se intente paliar fuese o no de tipo económica.

Ese valor económico se encuentra íntimamente relacionado con el empobrecimiento —la merma patrimonial—, que sufre el cónyuge privado del uso de la vivienda, y con el enriquecimiento que experimenta el beneficiario del uso, que ve colmada su necesidad habitacional sin coste alguno.

En virtud de lo anterior, tal valor económico, si bien no se va a tener en cuenta en forma de compensación directa, sí que acabará incidiendo en el resto de partidas del art. 90 CC (principalmente, en la pensión de alimentos y en la pensión compensatoria), sin que —como advertimos al estudiar la fundamentación en el epígrafe IV del capítulo primero— tal incidencia signifique que la atribución del uso tenga su razón de ser en el derecho de alimentos o que sea parte de la pensión compensatoria.

---

<sup>317</sup> Préstese atención, asimismo, al Consejo de Europa, que, en su reunión del 27 de agosto de 1980, afirmó: “Toda legislación en materia de divorcio debe tener por objeto reforzar y no debilitar la estabilidad del matrimonio y, en los casos lamentables en que el matrimonio ha fracasado, permitir que la cáscara legal vacía se disuelva con el máximo de equidad, el mínimo de amargura, de tristeza y de humillación”.

#### 2.4.1.1 Incidencia en la pensión alimenticia

En cuanto a la pensión alimenticia, aunque la STS de 16 de julio de 2002 defendiese que “*lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil sólo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad (artículo 154.1º del Código Civil) con carácter indicativo*”, mantiene MARTÍN AZCANO<sup>318</sup> que la proporcionalidad a la que se refiere el art. 146 CC sigue siendo aplicable. Por su parte, el art. 93 CC, referente a los efectos de la nulidad, separación o divorcio, establece que “*El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos*”. Es decir, a prestar alimentos están obligados ambos cónyuges, sea cual fuere el tipo de custodia<sup>319</sup>, y lo harán de forma proporcional tanto a las necesidades de quien los recibe, como al caudal o medios de quien los da.

De ahí que la incidencia de la atribución en la pensión de alimentos se deba a que, atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía quedan, ni los recursos con los que cuenta el cónyuge no custodio son ya los mismos tras desprenderse del uso de la vivienda familiar —es más, el cónyuge custodio tendrá ahora más medios de los que tenía si no se le hubiese atribuido la vivienda—, ni la necesidad alimenticia de los hijos es la misma. Esto último es obvio, si uno de los componentes de los alimentos es la habitación (art. 142 CC) y esa necesidad se encuentra cubierta con la vivienda familiar que ha sido atribuida, la cuantía que, en cómputo general, necesitará el menor para cubrir sus necesidades se verá reducida en tanto que no precisará una nueva vivienda.

Reconociendo tal incidencia no estamos negando el carácter gratuito de la medida<sup>320</sup>. Esta idea de gratuidad parece que era también la del legislador cuando suprimió el inciso referente a la compensación, según hemos indicado anteriormente<sup>321</sup>. Con esta incidencia a la que nos referimos no se produce ningún tipo de compensación en sentido técnico, pues no se trata de extinguir dos deudas en la cantidad concurrente (1202 CC),

---

<sup>318</sup> MARTÍN AZCANO, E., “La pensión alimenticia...”, *op. cit.*

<sup>319</sup> Cuestión distinta es que, como mantiene la SAP de Barcelona de 29 de mayo de 2018, “*la atención, el cuidado y la asistencia constante que el progenitor con quien el hijo convive le está prestando, también son susceptibles de ser valorados*”. En el mismo sentido, *vid.* SAP de Jaén de 6 de marzo de 2017.

<sup>320</sup> En esta misma línea parece posicionarse también LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 137, para quien “salvo disposición en contrario del Juez, el aprovechamiento exclusivo tendrá carácter gratuito, y no podrá pretender el cónyuge no beneficiario que se compute el valor en uso de la vivienda en la pensión alimentaria que eventualmente le correspondiera abonar”.

<sup>321</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V, 2.2.3.

sino de que, inevitablemente, la atribución realizada va a incidir en las circunstancias a tomar en consideración a la hora de cuantificar proporcionalmente la pensión<sup>322</sup>.

Ya vimos —en el apartado IV.3.1— los problemas que originaba entender que el fundamento del art. 96 CC era la obligación de los progenitores de dar alimentos a los hijos (v. gr. la diferente titularidad de uno y otro derecho —alimentos y uso de la vivienda—, así como la ausencia de precepto alguno que obligue a prestar los alimentos *in natura*). A tales problemas u obstáculos se añaden otros si, consecuentemente con tal postura, se pretendiese considerar la atribución del uso de la vivienda como un cumplimiento *in natura* de la pensión alimenticia, a modo de compensación indirecta.

En primer lugar, piénsese que, atendiendo a la proporcionalidad que rige la cuantía de los alimentos, de considerar la atribución del uso de la vivienda familiar como una forma de pago *in natura* de los mismos, nos encontraríamos con un problema de no fácil solución si la valoración de ese uso fuese muy elevada respecto a lo que, proporcionalmente, le correspondería al cónyuge titular como pago en concepto de alimentos. Nótese, por un lado, que la habitación no es el único concepto que compone los alimentos; y, por otro lado, que no existe posibilidad de compensación, como ya hemos señalado.

En segundo lugar, han de tenerse en cuenta supuestos en los que tal posibilidad no podrá ser llevada a la práctica: así, los casos en que, estableciéndose una custodia compartida, no se fije pensión de alimentos a cargo del cónyuge no usuario de la vivienda.

La relación entre alimentos y vivienda familiar es tomada en consideración continuamente por parte de la propia jurisprudencia. La STS 724/2016 de 5 de diciembre, mantiene que al estimarse el recurso y dejar sin efecto la atribución del uso de la vivienda al padre, atribuyéndolo a la hija y a la madre en cuya compañía queda, han de reducirse los alimentos “*de acuerdo con los arts. 146 y 147 del C. Civil, dado que la madre mantiene mejor posición económica que el Sr. Romualdo*”. Es decir, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar a la hora de cuantificar los alimentos, pero no porque los compute como prestación *in natura*, sino porque, evidentemente, ahora la posición económica entre ambos padres es más pronunciada.

---

<sup>322</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, op. cit., p. 258.

#### 2.4.1.2 Incidencia en la pensión compensatoria

En cuanto a la pensión compensatoria, más difícil aún parece asumir —atendiendo al distinto fin de una y otra, como ya vimos<sup>323</sup>— que la atribución del uso suponga un cumplimiento *in natura* de la misma.

Cuestión diferente —como hemos dicho también respecto de los alimentos— es que la atribución del uso de la vivienda familiar pueda acabar influyendo en la cuantía de la pensión compensatoria. Es lógico. Por más que ambas figuras tengan un campo de actuación claramente diferente, no por ello dejan de influir la una sobre la otra.

En cuanto a la influencia de la atribución de la vivienda familiar en la cuantía de la pensión compensatoria —que no en su existencia—, se ha de decir que la referida atribución va a conllevar, en cierto modo, aun indirectamente, un enriquecimiento en el beneficiario —que no tendrá que hacer frente al arrendamiento o compra de otra vivienda—, y un empobrecimiento en el no beneficiario, sobre todo si era además el titular de la vivienda —teniendo que hacer frente a la adquisición de una vivienda pese a tener una suya que no puede ocupar—. Consecuentemente, el valor de esta atribución, con la que se intenta corresponder a una necesidad —la de vivienda—, no es que se tenga en cuenta directamente como parte del pago de la pensión compensatoria, sino que acabará influyendo en el mayor o menor perjuicio experimentado por los cónyuges como consecuencia del matrimonio y, con ello, en la cuantificación de la pensión: la posición de un cónyuge tras la ruptura matrimonial variará sustancialmente dependiendo de si cuenta, o no, con el uso de la vivienda. Es más, el art. 97 CC establece que el importe de la pensión compensatoria se determinará en virtud de una serie de circunstancias. Una de ellas, la 9ª, es “*cualquier otra circunstancia relevante*”; sin ir más lejos, la atribución del uso de la vivienda familiar podría ser considerada como tal y, por tanto, como moduladora del importe de la pensión compensatoria, no porque así lo defienda la doctrina, sino porque así lo establece el propio precepto que se encarga de la regulación de esta pensión.

Por otra parte, en la práctica, el establecimiento de una pensión compensatoria podría —considero— influir en la atribución o no de la vivienda familiar. Aunque nosotros ya nos opusimos a tal posibilidad, se presentan en la práctica supuestos en los que, en ausencia de hijos comunes, esa necesidad de vivienda que se tiene en consideración no deja de ser una necesidad económica —se tiene necesidad de vivienda porque no se

---

<sup>323</sup> Vid. *supra*, cap. primero, IV, 3.2.

tienen recursos económicos para acceder a una—. Por tanto, la cuantía de la pensión compensatoria establecida puede ser de tal entidad que, el que la perciba, supere esa necesidad real que padecía para poder acceder a una vivienda.

Este enriquecimiento que el beneficiario del uso recibe cuando la vivienda familiar es titularidad del otro cónyuge —o incluso cotitularidad de ambos— es alegable incluso aunque la atribución se hubiera realizado en virtud del art. 96.I CC, es decir, en interés de los menores, pues es obvio que, aun así, repercute positivamente en el cónyuge custodio.

#### 2.4.1.3 Su tratamiento en el Derecho foral y extranjero

Actualmente, las legislaciones autonómicas —así como el que fue el ALCP—, se muestran proclives a la idea de tener en cuenta la media de la atribución del uso para el cálculo de las prestaciones económicas resultantes de la sentencia matrimonial. Veamos en qué sentido, aunque son poco clarificadoras al respecto.

En el País Vasco, la LVRF, en su art. 5.2.c, establece que el convenio regulador deberá contener, además de la atribución, en su caso, del uso de la vivienda y ajuar familiar, *“la repercusión que tal atribución haya de tener sobre las cargas familiares, la pensión de alimentos y la pensión por desequilibrio económico”*. Por su parte, el art. 10.3 LVRF, referido a las medidas a adoptar en defecto de acuerdo, dispone que *“Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta (...) la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, (...)”*.

En Aragón, el art. 83.2.d CDFA, referido a la asignación compensatoria, contempla la atribución del uso de la vivienda familiar entre los criterios que se han de ponderar para determinar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación<sup>324</sup>.

También el ALCP proponía, en su nueva redacción del art. 96 CC, párrafo cuarto, lo siguiente:

*“La atribución del uso de la vivienda a uno solo de los cónyuges se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge. En todo caso, deberá preverse la adecuación de las prestaciones alimenti-*

---

<sup>324</sup> Art. 83.2.d CDFA: *“La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios: d) La atribución del uso de la vivienda familiar”*.

*cias o de la pensión compensatoria para cuando cese la atribución de aquélla”.*

Asimismo, proponía un redacción para el art. 93.3 CC, en virtud del cual *“Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta (...) la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar”.*

Y, en sede de pensión compensatoria, el proyectado art. 97.9 ALCP, establecía que su fijación se hará teniendo en cuenta *“la atribución que, en su caso se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión y el régimen de asunción de los gastos que la misma genere”.*

Tales alusiones a *“se tendrán en cuenta”* son susceptibles de una amplia discrecionalidad judicial, a efectos de determinar cómo se valorará el derecho de uso y de qué forma se va a computar a la hora de cuantificar la pensión de alimentos o la pensión compensatoria.

Algo diferente se muestra el Derecho catalán. El art. 233-20.1 CCcat. establece:

*“Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este”.*

Mientras que el punto séptimo del mismo artículo (art. 233-20.7 CCcat.) dispone que:

*“La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge”.*

Es en este último supuesto donde únicamente se contempla expresamente la alusión al cómputo como contribución en especie —a la que nosotros nos hemos opuesto—.

Incluso si acudimos al Derecho extranjero, valga remitirnos, de nuevo, al italiano, donde existe una corriente consolidada —que tiene reflejo en importantes resoluciones—<sup>325</sup> que excluye la atribución como modalidad de cumplimiento *in natura* de la *obbligo di mantenimento*. AULETTA apunta que no puede considerarse como una satisfacción *in natura* de la necesidad de vivienda del cónyuge, pues, de ser así, sería suficiente con asegurar un hogar adecuado a sus necesidades: cumple la función específica

---

<sup>325</sup> Vid. Cass., 30 de marzo de 2012, n. 5174; Cass., 16 de diciembre de 2013, n. 28001.



de proteger el interés del cónyuge, especialmente necesitado, a no cambiar el entorno de vida (por razones de salud, trabajo, relaciones familiares, etc.)<sup>326</sup>.

A pesar de ello, no puede negarse el impacto que tiene sobre las condiciones patrimoniales de los cónyuges<sup>327</sup>. De hecho, el propio art. 337-*sexies* CCit., establece que el juez, teniendo en cuenta el título de propiedad, debe valorar la incidencia económica que tal atribución tiene en las relaciones económicas entre los cónyuges: “*Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà*”.

## 2.4.2 Sobre la posibilidad de una compensación directa

En España es común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, defender la gratuidad de la cesión del uso de la vivienda familiar. La razón no es otra que la consideración de la atribución del uso de la referida vivienda como una medida de carácter familiar y asistencial.

Llegados a este punto, considero que hemos de rescatar dos ideas ya defendidas en esta obra. La primera, que el fundamento de la atribución del art. 96 CC es —o, al menos, debería de ser— una necesidad no exclusivamente económica pues, de ser así, carecería de sentido que la satisfacción de tal necesidad fuese a costa de limitar otro derecho constitucionalmente reconocido como es el de propiedad. La segunda idea, que el derecho es susceptible de valoración económica; es un derecho patrimonial, independientemente de su carácter familiar y asistencial.

Partiendo de tales ideas, no discutimos la incidencia —que no compensación— que la medida del art. 96 CC tiene en las pensiones alimenticia y compensatoria según hemos advertido en el apartado anterior.

Ahora bien, más allá de lo anterior, cabe preguntarse: siendo susceptible de valoración económica, ¿cabe establecer una compensación económica? Una compensación indirecta, a través de las pensiones alimenticias y/o compensatorias, ya hemos dicho que no —*vid.* apartados IV.3 y VI.2.4.1—. ¿Y una compensación directa, a través de una remuneración inmediata y pecuniaria por la pérdida del derecho de uso a cargo del cónyuge beneficiario del uso y a favor de quien es titular exclusivo o cotitular de la vivienda y que se ha visto excluido de su uso?

---

<sup>326</sup> AULETTA, T., *op. cit.*, p. 255.

<sup>327</sup> *Vid.* CARAPEZZA FIGLIA, G., *op. cit.*, 2016, p. 110.

Considero que, por razones de equidad, sí estaría justificada una compensación en tales términos: una cosa es que se trate de una medida gratuita respecto a los hijos —a cuyo cuidado están obligados ambos progenitores— y otra cosa distinta es que, si la vivienda se atribuye en virtud de la custodia de los hijos, de tal atribución se está beneficiando indirectamente el cónyuge custodio; así como que, en el caso de que la atribución se realice en virtud del art. 96.III CC —atendiendo a que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge no titular—, aun tratándose de una medida asistencial, no se trata —o reitero, no debería tratarse— de una necesidad de tipo económica.

Defender lo contrario podría abocar, en algunos casos, a una situación de desequilibrio<sup>328</sup>, sobre todo si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones el titular deberá seguir haciendo frente al pago de gastos de la vivienda cuyo uso no le ha sido atribuido (v. gr. pago del préstamo hipotecario).

Tal remuneración debería de cuantificarse en atención: al importe de la renta media arrendaticia de inmuebles de similares características y ubicación; a la titularidad del inmueble; a si se ha atribuido, o no, en atención a los hijos menores —a cuyo sostenimiento están obligados ambos cónyuges—; así como a la capacidad económica del cónyuge beneficiario del uso<sup>329</sup>.

En esta misma línea se pronuncia OLIVA BLÁZQUEZ, en el sentido de obligar al cónyuge usuario a pagar alguna contraprestación<sup>330</sup>. Considera que esa percepción de la gratuidad absoluta desemboca continuamente en situaciones de inequidad. Se refiere,

---

<sup>328</sup> HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 322-323, parece abogar por evitar ese desequilibrio cuando defiende que la atribución del uso ha de lesionar lo mínimo posible los intereses del cónyuge titular, lo cual habrá de conseguirse a través de una coordinación entre la finalidad de protección del derecho a la vivienda y la menor repercusión en la titularidad; no obstante, apuesta, más bien, por una compensación indirecta, a través de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria.

<sup>329</sup> *Vid.*, en sentido contrario, LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 544, quien considera que una compensación directa acarrearía diversos problemas como la inseguridad jurídica que genera el cálculo exacto del valor de uso o la excesiva patrimonialización del uso.

<sup>330</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, pp. 301 y ss. Pese a que, frente a nuestra opinión, considera posible también una compensación indirecta a través de la consideración de la atribución del uso como un cumplimiento *in natura* de la pensión alimenticia, señala, en p. 325, que los problemas interpretativos que plantea esta última opción, la incertidumbre derivada de la ausencia de un método seguro de proceder a la ponderación, así como el hecho de que deje sin cubrir algunos supuestos bastante comunes, lleva a considerar más apropiada y segura la compensación directa a través de una retribución o remuneración del derecho de uso. También CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 442, aboga por esta compensación autónoma, especialmente cuando se atribuye el uso por razón de la guarda de los hijos y no existe la posibilidad de computarlo en la liquidación de la sociedad de gananciales ni imputarlo en una eventual pensión compensatoria; en p. 454, considera la compensación económica la forma óptima de cohonestar todos los intereses en juego. Asimismo, ZUMAQUERO GIL, L., “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuesta de reforma”, en *RADP*, núm. 41, 2016 [BIB 2016\85411].

además, al posible abocamiento a un estado de pobreza, penuria económica e incluso indigencia absoluta del titular de la vivienda, que puede ser causa suficiente para que quede exento de pagar incluso el mínimo vital o mínimo de subsistencia de la pensión de alimentos<sup>331</sup>, lo cual acabará perjudicando al menor, en cuyo interés confluyen otros factores más allá de la continuidad habitacional en la vivienda familiar.

Ahora bien, aunque, según hemos justificado, tal compensación directa estaría justificada pese a tratarse de una medida asistencial, ¿puede establecerse a la vista del tenor literal del art. 96 CC? Con el actual art. 96 CC, considero que no, aunque la cuestión es discutida.

OLIVA BLÁZQUEZ defiende que tal compensación podría aplicarse incluso partiendo de la literalidad actual del precepto, pues afirma que el art. 96 CC no impone la gratuidad de la atribución. Se apoya para ello en GARCÍA CANTERO<sup>332</sup>, para quien “la gratuidad no se presume —y menos en situaciones de conflicto familiar— y si el legislador hubiera querido que tales contratos fueran gratuitos, lo hubiera dicho expresamente”.

Aunque coincido —según he justificado— en la necesidad de que pudiera ser posible la fijación de una compensación económica, considero que se trata más bien de una propuesta *de lege ferenda*, pues es significativa la supresión que se produjo, en la tramitación parlamentaria, del inciso referido a las compensaciones —a lo que ya nos hemos referimos<sup>333</sup>—. Aun consciente de ello, GARCÍA CANTERO considera que tal supresión podría deberse a que el legislador no desease que tales contratos judiciales fueran necesariamente onerosos; opinión compartida por OLIVA BLÁZQUEZ<sup>334</sup>, para quien la eliminación del referido inciso “no implica que se excluya *in totum* la onerosidad, sino solo su carácter imperativo”, máxime cuando —defiende— la justificación de la enmienda para la referida supresión, fue la inseguridad jurídica que ello provocaba, no la inconveniencia de la medida. Sin embargo, ha de considerarse que el inciso suprimido (“*mediante las adecuadas compensaciones*”) otorgaba margen de discrecionalidad al juez respecto a la cuantía e incluso a la no compensación, por lo que, con su supresión, y no

---

<sup>331</sup> En cuanto a la posibilidad de no prestar alimentos por carecer absolutamente de recursos económicos, *vid.* SSTS 55/2015 de 12 de febrero y 111/2015 de 2 de marzo.

<sup>332</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO, M. y Díez ALABART, S.)*, t. II, EDERSA, Madrid, 1982 [consultado el 15 de febrero de 2016], disponible en <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WWW/sources/464>.

<sup>333</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V, 2.2.3.

<sup>334</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., *op. cit.*, p. 312.

sustitución por otro inciso en un sentido diverso, se quiso evitar tal compensación. Y ello pese a que —reitero— la consideraría justificada por razones de equidad<sup>335</sup>.

Sí contempla una previsión expresa, respecto a la compensación, la Ley del País Vasco, cuyo art. 12.7 LVRF da un paso más allá y dispone:

*“En el caso de atribuirse la vivienda a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquiler de viviendas similares y la capacidad económica de los miembros de la pareja”*<sup>336</sup>.

Y así lo hacía también el art. 6.1 de la LVaRF<sup>337</sup>, que si bien —como ya hemos reiterado— fue declarada inconstitucional, lo fue por motivos de competencia, no por una inconstitucionalidad de fondo de sus disposiciones.

En fin, considero que, atendiendo al tenor literal del art. 96 CC, y a las razones expuestas, fundamentalmente en cuanto a su tramitación parlamentaria, el derecho de uso está concebido como un derecho de carácter gratuito. Lo que no obsta a que defendamos que, por razones de equidad, no debería de ser así, proponiéndose, pues, *de lege ferenda*, un modelo similar al francés y al portugués, que contemplan el establecimiento de un arrendamiento forzoso con unas características similares a la compensación directa que hemos defendido aquí, pero cuya aplicación no consideramos posible atendiendo a la ley vigente. Solo así se evitarán situaciones de abuso en la práctica.

## 2.5 Valoración del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales

Llegados a este punto, y considerando que el derecho de uso de la vivienda familiar tiene un valor económico, cabe preguntarse, siendo el inmueble ganancial, sobre su va-

---

<sup>335</sup> BENAVENTE MOREDA, P., “Problemas derivados...”, *op. cit.*, p. 891, afirma que “con la supresión quizá lo que se podía llegar a producir —si efectivamente no se llega a establecer un criterio compensatorio con la atribución— es precisamente la consecuencia que se pretendió evitar con su supresión”.

<sup>336</sup> LÓPEZ AZCONA, A., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 65, considera que de esa compensación surgen cuestiones tales como su especie, o si puede exigirse también cuando la situación económica del cónyuge beneficiario fuese muy precaria, de ahí que se incline, como hacemos nosotros en esta obra, por ponderar la atribución del uso a los efectos de la pensión de alimentos.

<sup>337</sup> Art. 6.1 LVaRF: “*En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso*”.

loración en la liquidación de la sociedad de gananciales cuando ésta no se haya establecido como causa —momento— de extinción del referido uso.

A este respecto, la cuestión ha pivotado, fundamentalmente, en considerar, o no, el referido uso, atribuido en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, como una carga o pasivo de la sociedad de gananciales a descontar del activo patrimonial<sup>338</sup>.

La doctrina mayoritaria<sup>339</sup> es contraria a considerar que el uso concedido a uno de los cónyuges de la que fue vivienda familiar pueda ser considerado como una carga o deuda de la sociedad. Baste para ello acudir al art. 1398 CC, que se refiere a las partidas que integran el pasivo de la sociedad, en ninguna de las cuales puede ser encuadrado el derecho de uso al que nos referimos.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Bien es cierto que la STS 1258/1993 de 23 de diciembre, consideró ajustada a Derecho la solución del contador-partidor, que tuvo en cuenta la atribución del uso sobre la vivienda familiar “*pero no como una carga que gravite sobre el inmueble*”, esto es, como una carga que debe descontarse de su valor total, “*sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso*”<sup>340</sup>. De forma más clara se manifiesta el Alto Tribunal a partir de la STS 278/1997 de 4 de abril: “*no es una carga (a favor de la esposa recurrente) que infravalore la propiedad (que es de la esposa recurrente)*”. Para la STS 41/1998 de 23 de enero, por su parte, la adjudicación del uso “*no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivien-*

---

<sup>338</sup> Vid. VELÁZQUEZ MARTÍN, M. A., “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído”, en AC, núm. 10, 2002, pp. 343-359 [LA LEY 1321/2002], se muestra partidario de un derecho de compensación por parte del cónyuge no atributivo del uso sobre la vivienda familiar, con base en el desequilibrio patrimonial generado en el haber ganancial de cada uno de los cónyuges al proceder a la liquidación de la sociedad conyugal.

<sup>339</sup> Vid.: CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 155-156.; REYES GALLUR, J., *op. cit.*, p. 30; DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, en AC, núm. 2, 1998 [LA LEY 1894/2001]; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La vivienda familiar y la liquidación de gananciales”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 22, 2004, p. 57, para quien, de haberse tenido en cuenta la referida atribución en las prestaciones a satisfacer, dicha indemnización con cargo a los gananciales supondría un *bis in ídem*.

Por otra parte, vid. ATIENZA LÓPEZ, J. I., “Aprobación de cuaderno particional: inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del derecho de uso sobre la vivienda familiar con minoración de la cuota de participación en la propiedad del cónyuge a quien se atribuye su uso”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 149, 2013, pp. 175-176, quien considera correcto incluir en el activo patrimonial el derecho de uso a efectos de su valoración en la partición a realizar. Teniendo en cuenta el contenido económico de este derecho, considera que “la mayor necesidad de uno de los cónyuges y la protección del mismo o de los hijos encuentran amparo en la regulación que se hace en el Código Civil de la separación, nulidad y divorcio matrimonial, pero no en la liquidación de la sociedad”.

<sup>340</sup> Vid., asimismo, la STS 366/1994 de 29 de abril.

da de quien merece mayor tutela y en ningún caso, cabe hablar de derecho de usufructo”. O la STS 34/1999 de 21 de enero, que considera:

*“no valorar en el activo el derecho de uso de la vivienda, toda vez que, haciendo suyas la Sala tales razones: a) dicho derecho surge, mientras no hay liquidación de la sociedad de gananciales, en favor casi exclusivo de quienes están más necesitados, en este caso los hijos y el cónyuge con quien conviven. b) es obligación de ambos cónyuges contribuir a las cargas familiares de los hijos, y c) tal derecho desaparece con la liquidación de gananciales y la confusión del derecho de propiedad y uso”.*

En virtud de tales pronunciamientos, no recae, pues, sobre la sociedad de gananciales, sino que grava al titular de la vivienda familiar. Se defiende, así, que no pueden valorarse a la hora de la liquidación como tampoco recaen sobre el patrimonio ganancial las pensiones alimenticias establecidas, las cuales, llegados el momento de la liquidación, no puede pretenderse que se capitalicen a efectos de valorarlas como carga de la sociedad de gananciales o como parte del activo correspondiente al cónyuge beneficiario<sup>341</sup>.

Es más, puede, incluso, que la vivienda se atribuya al cónyuge a quien estuviese atribuido el uso, en cuyo caso ni el cónyuge no adjudicatario de la propiedad padece ningún perjuicio ni aquel al que se le adjudique el inmueble cuenta con un uso diferente al que le hubiera otorgado la propia titularidad de la vivienda.

Pese al posicionamiento de la doctrina y la jurisprudencia en los términos advertidos, en nuestra línea de defensa del carácter patrimonial del derecho y de su susceptibilidad de valoración económica, no se puede negar lo evidente, y es que el derecho de uso constituido deprecia el valor en cambio del inmueble.

Sea como fuere, cuestión diferente es que sean los cónyuges los que, en la liquidación de la sociedad de gananciales y, por tanto, al margen del art. 96 CC, acuerden que uno de ellos adquiera la propiedad y otro la titularidad de un derecho de usufructo — permaneciendo, así, en la vivienda—. En tal caso, dicho usufructo sí debería de ser, en cualquier caso, valorado como tal al realizar las adjudicaciones, computando en el lote del adjudicatario del inmueble únicamente la nuda propiedad<sup>342</sup>, pues ya no estaríamos ante la medida asistencial que justifica el carácter gratuito que le atribuye gran parte de la doctrina y la jurisprudencia al art. 96 CC.

---

<sup>341</sup> Vid. FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>342</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*

### 3. El derecho de uso del art. 96 CC: ¿real o personal?

En epígrafes anteriores hemos descartado tanto la corriente defensora de que la atribución del uso de la vivienda familiar supone una mera concentración de la posesión y no crea derecho alguno, así como aquella otra corriente que viene apuntando, simplemente, al carácter familiar del consabido derecho, que a poco —o nada— nos lleva. No ha tenido tampoco mayor recorrido la postura de quienes —según hemos visto al estudiar las distintas corrientes doctrinales<sup>343</sup>—, resistiéndose aún a catalogar el derecho de uso de la vivienda familiar en una de las categorías típicas de derechos, han considerado, meramente, que nos encontramos ante un derecho *sui generis*, que participa de caracteres tanto del derecho real como del derecho personal, sin que sea posible, atendiendo a sus características, su encuadre en una de las dos categorías. Estos últimos autores, al igual que los anteriores, no han llevado sus tesis hasta sus últimas consecuencias; en relación con la misma, únicamente han reiterado que el contenido de ese derecho *sui generis*, ante la laguna de la ley, habría de ser integrado “acudiendo a los principios generales del Derecho, en armonía con el interés que la ley trata de proteger”<sup>344</sup>.

Superadas, pues, las tesis anteriores, y habiendo probado la patrimonialidad del derecho, el campo de actuación se reduce a la clasificación de los derechos subjetivos entre derechos reales y derechos personales, que representan las dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés jurídicamente protegido<sup>345</sup>. Como mantiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, uno y otro son derechos de carácter patrimonial, susceptibles de formar parte de un patrimonio en tanto que constituyen valores económicos<sup>346</sup>.

En particular, en las páginas que ahora siguen hemos de preguntarnos si, en aquellos supuestos en que la vivienda familiar se hubiera venido disfrutando en virtud de un derecho real, titularidad de uno o de ambos cónyuges, y a la vista de la naturaleza dinámica que hemos defendido del derecho de uso, este último tiene naturaleza real o personal.

La diferencia entre uno y otro tipo de derecho es esencial, como ya apuntara COLIOLLO, quien, refiriéndose a la distinción entre los derechos reales y personales, mantuvo que “en esta diferencia tienen una estrella polar todas las normas y todas las insti-

---

<sup>343</sup> *Vid. supra*, cap. primero, II.

<sup>344</sup> *Vid.* DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, p. 33. En apoyo de la defensa esgrimida por DíEZ-PICAZO se muestra también COBACHO GÓMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 150.

<sup>345</sup> *Vid.* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*. t. III, vol. I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 11.

<sup>346</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales: Derecho hipotecario*, t. I, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, p. 56.

tuciones jurídicas” o que “es tan evidente que deben distinguirse los derechos reales de los personales, que difícilmente se comprende cómo durante mucho tiempo estuvieron confundidos en el antiguo Derecho romano”, a la par que no oculta su dificultad: “y si a primera vista parece que se trata de una cosa sencilla y poco importante, el jurista sabe cuántas veces surgen dudas en esta materia”<sup>347</sup>. También DÍEZ-PICAZO<sup>348</sup> resalta la importancia, no solo teórica, sino también práctica de la distinción.

Hasta tal punto surgen dudas —como dice COGLIOLO—, que, más allá de la conclusión a la que lleguemos, se ha de tener en cuenta que a la hora de intentar clasificar un derecho como personal o real pueden existir instituciones o entidades jurídicas que sean de complicado encaje en una u otra categoría<sup>349</sup>. En tales casos, hemos de decantarnos por aquella categoría con la que el derecho en cuestión presente mayores similitudes, siempre que se puedan justificar aquellos atributos que no sean típicos de la categoría en la que se incluye. Es evidente que, *a priori*, no podemos descartar que el derecho a usar la vivienda familiar sea una de esas entidades a las que acabamos de hacer referencia, muestra de lo cual son las vacilaciones que ha experimentado tanto la doctrina como la jurisprudencia a la hora de calificar la naturaleza jurídica de este derecho de uso; es obvio que si los caracteres que presentasen fuesen claramente identificativos de una de estas dos categorías, no se habrían escrito tantísimas páginas sobre este particular.

### **3.1 Breve referencia a las figuras intermedias entre los derechos reales y personales: el *ius ad rem***

Fruto de estas dificultades que venimos apuntando a la hora de clasificar el derecho como real o personal, VALLET DE GOYTISOLO llega a considerar que no es posible clasificar todos los derechos patrimoniales en los dos grandes grupos referidos: derechos reales y de obligaciones; de ahí que dude de la calificación del arrendamiento o de la

---

<sup>347</sup> COGLIOLO, P., *Estudios acerca de la evolución del derecho privado (con un prólogo y notas de UREÑA Y SMENJAUD, R.)*, Hijos de Reus, Madrid, 1898, pp. 134-135. En el mismo sentido, GÓMEZ-MORÁN ETCHART, A., “Para una determinación del concepto de derecho real”, en *Revista Facultad Derecho Oviedo*, núm. 69 1956, p. 541.

<sup>348</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>349</sup> En tal sentido ya se pronunció la RDGRN de 7 de julio de 1949: “en la práctica se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los particulares en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligacional, porque los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales, en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad, y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa naturaleza real, que revisten los caracteres de los derechos de crédito, dudas que se aumentan porque nuestro Código Civil no enumera taxativamente qué derechos son reales, ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido”



hipoteca. Considera, no obstante, que la distinción clásica de los derechos patrimoniales llega a ser “una mera cuestión de apreciación, de nueva visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de derechos reales; y, en caso contrario, de obligaciones”. Y llega incluso a mantener que, en ocasiones, es necesario prescindir de esa clasificación para poder comprender ciertas relaciones y no escindir la unidad de ciertas instituciones<sup>350</sup>.

Partiendo del reconocimiento de instituciones cuyo encaje en una de las dos categorías —derecho real o derecho de crédito— resulta, cuanto menos, complicado, distintos autores consideran posible la existencia de figuras intermedias. Valga citar, en tal sentido, a PUIG BRUTAU, para quien “el Derecho, en definitiva, más que una exposición de figuras simétricas, es o ha de ser un repertorio de soluciones prácticas”<sup>351</sup>; o a ATARD Y GONZÁLEZ<sup>352</sup>, para quien la clasificación bipartita de los derechos patrimoniales —en personales y reales— representa una falta de técnica y una disconformidad con la historia.

También a estas figuras intermedias ha acudido el Alto Tribunal para catalogar al derecho de uso contemplado en el art. 96 CC. Ya apuntamos en el epígrafe II del capítulo primero —al exponer las distintas corrientes existentes respecto a la naturaleza jurídica del derecho del uso de la vivienda familiar— la STS 1234/2004 de 14 de diciembre. En virtud de esta última, “*la jurisprudencia de esta Sala ha definido ese uso y disfrute exclusivo, no como un derecho real propio, pero sí como un «ius ad rem», con accesibilidad al Registro de la Propiedad al tratarse de bienes inmuebles*”<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre derecho de cosas*, *op. cit.*, p. 219 y ss. Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 88-89, refiriéndose a los derechos reales y a los derechos de crédito, considera que se trata de círculos secantes entre los cuales existe una zona común. De ahí que apunte a una doble distinción de los derechos patrimoniales atendiendo a dos criterios: en base a la eficacia distingue entre derechos reales y derechos no reales, y en base al criterio de la función económica que cumplen o la estructura del poder que otorgan a su titular, distingue entre derechos de disfrute y derechos de obligación.

<sup>351</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>352</sup> ATARD Y GONZÁLEZ, R., “Ensayo de construcción sistemática de las llamadas titularidades *ob rem*. Las llamadas «vocaciones al derecho real» en nuestro sistema hipotecario”, en *RDP*, núm. 132, 1924, p. 278.

<sup>353</sup> Por su parte, GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, p. 21, a la hora de afrontar esta dicotomía entre derecho real o personal, mantiene “No entramos en las llamadas figuras intermedias (...) ya que incluso se podría plantear la configuración del uso como carga real que implica un beneficio “subjetivamente personal” con trascendencia al exterior, encuadrable dentro de las obligaciones *ob rem* o ambulatorias; pero en realidad esa figura es de difícil resolución en nuestro Derecho, acercándose más al ámbito del Derecho germánico”.

La figura del *ius ad rem*, catalogada como una de esas figuras intermedias<sup>354</sup>, ha sido discutida tanto en lo que respecta a su delimitación<sup>355</sup> como en lo que confiere a su origen histórico<sup>356</sup>.

El *ius ad rem* llegó a ser definido como un derecho anotado, un derecho real en vías de inscripción que puede ser provisionalmente protegido *erga omnes* mediante un especial asiento registral (normalmente, mediante anotación preventiva)<sup>357</sup>. Considera CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>358</sup> que el auténtico error de esta posición se encuentra en no haber atendido a la antesala del resultado —la constitución o transmisión de un derecho real—, razón por la cual solo puede hablarse de un derecho real en vías de inscripción, de un derecho real *in fieri*, en formación, o de una expectativa jurídica de adquisición de un derecho real que aún no existe o que, aun existiendo, no se ha adquirido<sup>359</sup>. Sin embargo —apunta CERDEIRA— se trataría, ésta, de una visión parcial de la verdad, en tanto que el *ius ad rem*, desde su constitución, permanece en la esfera de las relaciones crediticias u obligacionales. De hecho, su ingreso jamás se realizará mediante inscripción registral, sino a través de reserva autenticada, por anotación preventiva o mediante otro asiento o mención registral que funcione como simple preinscripción. Esto evidencia que se trata de obligaciones que, aun con cierta protección especial por la afección o sujeción de la cosa, pueden llegar a transformarse en derechos reales.

---

<sup>354</sup> Vid.: PUIG BRUTAU, J., voz “*Ius ad rem*”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII, Francisco Seix, Barcelona, 1968, pp. 697-698; MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L., “El *ius ad rem*”, en *RDP*, núm. 1, 1988, pp. 4-5; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., “El concepto de derecho real y el usufructo”, en *RCDI*, núm. 65, 1930, p. 340.

<sup>355</sup> Vid., en tal sentido: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, pp. 71-72; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, D., “La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español”, en *RDP*, núm. 339, 1945, p. 358.

<sup>356</sup> El origen del *ius ad rem* suele situarse en pleno medievo (s. XIII), a través de dos instituciones, una del Derecho feudal y otra del Derecho canónico: la investidura simbólica o verbal de un feudo en favor del vasallo y en el llamado beneficio eclesiástico en favor del clérigo. En uno y otro supuesto, previamente a haberse tomado el feudo o el cargo de forma efectiva y material mediante posesión (“investidura” en el caso del vasallo y “colación” en el supuesto del clérigo) y, por tanto, previamente a tener derecho en la finca o en el cargo (*ius in re*), se otorgaba al investido simbólicamente y al elegido para el beneficio un derecho al feudo y al cargo (*ius ad rem*), un derecho protegido frente a los terceros que le pretendieran o que llegasen a tomar posesión del feudo o del beneficio. Vid., en tal sentido, ATARD Y GONZÁLEZ, R., *op. cit.*, p. 278; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, p. 18; GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, pp. 68 y ss.; MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L., *op. cit.*, p. 4.

<sup>357</sup> Vid. MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L., *op. cit.*, p. 13.

<sup>358</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral..., *op. cit.*, pp. 270-271.

<sup>359</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 19-21, basándose en BUSSI y RAISER, y apoyándose en las RRDGRN de 30 de mayo de 1934 y de 9 de agosto de 1943, afirma la afinidad que existe entre el *ius ad rem* y una expectativa real de adquisición. IGLESIAS CUBRIA, M., *Los derechos patrimoniales eventuales (estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Librería Ojanguren, Oviedo, 1961, pp. 73-74, también define el *ius ad rem* como una expectativa jurídica de adquisición de un derecho en una cosa.

En la década de los treinta, ATARD y GONZÁLEZ<sup>360</sup>, definen el *ius ad rem* como una titularidad con vocación o llamada a convertirse en derecho real, a lo que CERDEIRA precisa que el referido autor olvida que los *iura ad rem*, aunque con efectos más amplios por su tendencia a la cosa, son, y siempre han sido, derechos obligacionales, relaciones jurídicas en las que la mediatez entre el derecho y la cosa es palpable.

Actualmente, se considera por nuestra doctrina que con la figura del *ius ad rem* nos referimos a un derecho de crédito dirigido a la obtención de una titularidad jurídico-real de una cosa específica, cierta y determinada: partiendo de la teoría del título y el modo (arts. 609 y 1095 CC), hay un título, una *iusta causa traditionis*, pero aún no existe el modo, pues no ha tenido lugar la *traditio*, es decir, la entrega efectiva de la cosa<sup>361</sup>. Se trata de un derecho personal cuyo titular tiene la facultad de exigir a otra persona —obligada— la entrega de una cosa concreta y determinada —objeto mediato de ese *ius ad rem*—. Se trata de un “derecho de crédito al bien”, un derecho obligacional cuya prestación consiste en dar una cosa —generalmente en propiedad—<sup>362</sup>: *ius obligationis ad rem* o *ius in personam ad rem*, distintos, en cuanto a su objeto, del normal crédito personal de cosa genérica e indeterminada, así como de aquellos créditos que, aun siendo de cosa específica, no se pretende con ellos la obtención de una titularidad jurídico-real en la cosa (v. gr. derecho de arrendamiento)<sup>363</sup>.

De lo anterior se concluye que nada tiene que ver el *ius ad rem* con el uso del art. 96 CC, pues en ningún caso tiene el cónyuge beneficiario del uso un derecho de crédito con la pretensión de adquirir en el futuro una titularidad jurídico-real (la propiedad).

---

<sup>360</sup> ATARD Y GONZÁLEZ, R., *op. cit.*, p. 279.

<sup>361</sup> Nótese que el *ius ad rem* se trata de una figura repudiada por la dogmática actual. *Vid.*, en tal sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: derechos reales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2008, p. 8. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, p. 82, quien apunta cómo en el momento de la codificación la mayor parte de la doctrina se mostró contraria a admitir esta figura intermedia, considerándose, así, un puro derecho personal.

<sup>362</sup> *Vid.* GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, p. 70.

<sup>363</sup> *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral..., *op. cit.*, pp. 272 y ss. MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L., *op. cit.*, p. 15, se refiere al *ius ad rem* como un derecho de índole obligacional con vocación real; un derecho de crédito dirigido a obtener el dominio de cosa cierta y determinada.

### 3.2 La excepción al principio de libertad presunta de la propiedad

Como mantiene DE ANGEL YAGÜEZ<sup>364</sup> tras referirse a la distinción entre derecho real y derecho de crédito, tal distinción adolece de un apriorismo: el de suponer que sabemos de antemano cuándo un concreto derecho es de naturaleza real y cuándo de carácter obligacional o de crédito. Sin embargo, tal conocimiento previo, no siempre se da. En estos últimos casos, el razonamiento ha de invertirse: el problema consiste en determinar a cuál de las dos categorías corresponde un concreto poder jurídico que la realidad nos suministra.

El autor —al estudiar la forma a través de la cual concretar si un determinado poder jurídico pactado por las partes es una obligación de no hacer o una servidumbre negativa— mantiene que cuando el jurista, ante un caso concreto, intenta analizar cualquier figura o institución, examina en primer lugar los datos objetivos que tiene a su alcance. Posteriormente, los coordina hasta descubrir su naturaleza jurídica. Para llegar a la calificación técnica exacta, y determinar, así, ante qué figura nos encontramos, es necesaria la indagación de la voluntad de las partes con el fin de descubrir qué efectos quisieron darle al pacto correspondiente<sup>365</sup>.

Con lo referido en el párrafo anterior, nos estamos refiriendo a supuestos en los que son los cónyuges quienes pactan algún tipo de poder sin especificar su naturaleza. Es cierto, pues, que la situación es diferente a la que a nosotros nos preocupa ahora: supuesto en el que, simplemente, se hace referencia, ya sea por los cónyuges, ya sea por el juez, al derecho de uso del art. 96 CC. En este último caso, el referido derecho ha de tener una naturaleza jurídica definida —aunque sea dinámica, como ya advertimos— por lo que, más que la voluntad de los cónyuges, lo que se ha —lo que hemos— de interpretar es cuál fue la voluntad del legislador en este precepto concreto, cual fue — como venimos diciendo— la finalidad y el espíritu de la ley (*ex art. 3.1 CC in fine*).

Pese a la diferencia señalada, lo que a nosotros nos interesa referir es el principio de presunción de libertad de la propiedad del que —en palabras de DE ÁNGEL YAGÜEZ—

---

<sup>364</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Servidumbres negativas y obligación de no hacer”, en *RCDI*, núm. 514, 1976, pp. 629 y ss.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 634. Respecto a la referida indagación, no considera necesario que los contratantes utilicen el nombre técnico de la figura —“servidumbre”— u otras expresiones técnicas —“efectos reales”, “derecho real” o “efectos *erga omnes*”— pero sí estima imprescindible que los contratantes describan con suficiente claridad los rasgos definitorios de esta clase de derecho, concretamente, la concurrencia de dos requisitos como son la voluntad de permanencia o continuidad de la figura constituida y la pretensión de que el convenio concertado siga surtiendo efectos incluso aunque los predios afectados pasen a manos de dueños diferentes a los que existían en el momento de la constitución.

se ha de partir para la interpretación de todo convenio o de toda norma cuyo alcance sea discutible.

Es con la codificación del s. XIX cuando la referida presunción de libertad se constituye en principio general del Derecho, con toda su funcionalidad —inspiradora, interpretativa e integradora—. Probablemente estemos —como precisa CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA— ante un principio general del Derecho extraído por *analogía iuris* (ex art. 1.4 y 4.1 CC), que se ha erigido en regla universal y natural en todos los ordenamientos jurídicos de España<sup>366</sup>. Su consagración se produce por obra de la jurisprudencia, en tiempos aún de las Partidas, previas al Código Civil de 1889.

Quizás la primera sentencia que aludió a tal principio fuese la STS de 13 de enero de 1860 —a la que se refiere posteriormente la STS de 23 de junio de 1862—: “*toda finca se presume libre mientras no se pruebe lo contrario*”; la misma fue seguida por muchas otras<sup>367</sup>, siendo considerado como principio natural por las SSTS de 18 de marzo de 1867 y 31 de marzo de 1902, y como principio universal por la STS de 19 de abril de 1888, habiéndose situado su fundamento, principalmente, en el art. 348 CC<sup>368</sup>.

Siendo nuestro sistema patrimonial enemigo de toda limitación de la propiedad, el principio de libertad de la propiedad constituye uno de los pilares de la ordenación legal del dominio, lo cual se plasma en una tendencia doctrinal y jurisprudencial a una interpretación restrictiva de cualquier carga que la limite<sup>369</sup>. DíEZ-PICAZO, en su obra *Autonomía privada y derechos reales*<sup>370</sup>, dedicado, en gran medida, a los límites de la autonomía privada en la creación de nuevos derechos reales, refiere cómo la tradición

---

<sup>366</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Interpretación en materia de servidumbres: un recorrido por nuestra jurisprudencia”, en *RADP*, núm. 36, 2015 [BIB 2015\420], así como su recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ “Usufructo, uso y habitación”, en *ADC*, núm. 3, 2017, p. 1269.

<sup>367</sup> Vid., entre otras: STS de 13 de diciembre de 1863: “*es un principio inconcuso de derecho que toda propiedad se presume libre mientras no se pruebe la existencia o constitución legal de algún gravamen*”; STS de 30 de junio de 1864: “*las limitaciones del dominio no se presumen*”; STS de 13 de diciembre de 1865; STS de 18 de marzo de 1867; STS de 24 de mayo de 1867; STS de 10 de enero de 1868; SSTS de 9 de febrero y 12 de mayo de 1876; STS de 19 de abril de 1888; STS de 12 de junio de 1891; STS de 21 de octubre de 1892; STS de 31 de marzo de 1902; STS de 20 de diciembre de 1927; SSTS de 8 de junio y 13 de noviembre de 1929; SSTS de 25 de mayo y 2 de junio de 1969; o STS de 30 de septiembre de 1970.

<sup>368</sup> Vid., en tal sentido: las SSTS de 20 de diciembre de 1927, 25 de marzo de 1961 y 30 de septiembre de 1970.

<sup>369</sup> Vid. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 630.

<sup>370</sup> Vid. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “Autonomía privada y derechos reales”, en *RCDI*, núm. 513, 1976, p. 280 y 296 y ss.

También se pronuncian sobre estos límites: ACEDO PÉREZ, J., “Derechos reales innominados”, en *RCDI*, núms. 374-375, 1959, p. 492: “en virtud del principio «*numerus apertus*», que admite nuestra legislación, pueden estructurarse derechos reales no comprendidos en la lista o catálogo de los modelados en los textos legales, siempre que los elementos que lo compongan sean de naturaleza real”; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III: derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010, p. 27 y 29; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 173.

de nuestra jurisprudencia registral está más cercana a la idea de una interpretación restrictiva en orden a los efectos reales, favorecedora de los efectos puramente personales y obligatorios.

Tratándose de un beneficio la propiedad en plena libertad, y un perjuicio para ella el derecho real limitado que la grava y limita, no se trata más que de la aplicación de aquel aforismo *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*. Es “la aptitud expansiva de la propiedad —que solo es de la propiedad (*ex art. 353 CC*), y solo por añadidura para los demás derechos reales (*cfr. art. 479 CC*)—”, lo que permite ver en la creación de cualquier derecho real menor, un fraccionamiento o desmembración de la propiedad<sup>371</sup>.

Así —apunta CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA—, si se tiene certeza de que se tiene derecho a poseer la cosa ajena, la duda sobre la naturaleza de tal derecho habrá de resolverse presumiendo que es de naturaleza personal, crediticia, en tanto que al ser carga personal (y que por ello no se adhiere a la cosa, ni es eficaz frente a terceros), “compromete menos la libertad presunta y la plenitud de poder de la propiedad”; a tal presunción habrá de recurrirse, fundamentalmente —precisa DÍEZ-PICAZO—, cuando las partes se limitan a manifestar sus aspiraciones, pero sin puntualizar si quieren atribuirle efectos reales o no.

Quizás sea este el argumento que lleve a GARCÍA-MAURIÑO y DEL CARPIO FIESTAS<sup>372</sup> a considerar que “parece requisito mínimamente exigible que la creación de un nuevo derecho real se efectúe por la Ley de manera expresa y responda a una voluntad deliberada” no pareciéndoles aceptable “la aparición inadvertida de un derecho real de nuevo cuño quizá sin pensarlo el propio legislador”.

Aun reconociendo la existencia —probada— del referido principio general del Derecho —principio de libertad presunta de la propiedad—, no por obediencia al mismo hemos de interpretar el uso genérico e indeterminado al que se refiere el art. 96 CC como un uso personal, crediticio, en perjuicio de la naturaleza real.

Considero que la función social —familiar—, a la que nos referimos cuando hablamos del fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>373</sup>, y en la que hemos basado la limitación al derecho de propiedad —también constitucionalmente protegido—, se antepone, como norma especial, permitiendo reconocer la naturaleza jurídico-real del uso del art. 96 CC. Esta ha de interpretarse que fue, además, la voluntad del

---

<sup>371</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, op. cit.*, p. 1269.

<sup>372</sup> *Vid. GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., op. cit.*, p. 82.

<sup>373</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.2.

legislador. Más que intentar indagar si el legislador pretendió constituir un derecho real o de crédito, lo que hemos de preguntarnos es cuál fue fin que el legislador quiso alcanzar con tal medida y qué alcance —qué efectos— le quiso reconocer. Es obvio que, si lo que pretendió fue proteger de la mejor forma posible, tras la crisis matrimonial, a aquellos miembros de la —ya rota— familia cuyo interés se considerase más necesitado de protección, la única forma de hacerlo es mediante la constitución de un derecho real. Téngase, además, en cuenta que, por un lado, el derecho contemplado en el art. 96 CC cuenta con los caracteres propios del derecho real y, por otro lado, que en la práctica — como veremos en el capítulo tercero— se le reconocen efectos propios de un derecho real porque estos, y no otros, son los que nos pueden llevar a una auténtica protección del beneficiario del uso.

### 3.3 El carácter real del derecho de uso de la vivienda familiar

¿Cómo determinar, pues, llegados a este punto, si, cuando el art. 96 CC se refiere al uso, se está refiriendo a un derecho real o personal?

Para HERNÁNDEZ GIL, “la naturaleza de un derecho no puede establecerse al margen de los efectos que produzca”<sup>374</sup>. En cambio, siguiendo el razonamiento expuesto por OCAÑA GÁMIZ<sup>375</sup>, creemos necesario, a fin de identificar ante qué tipo de derecho nos encontramos, comenzar teniendo en consideración el consabido concepto de ambos tipos de derecho, lo cual nos proporcionará elementos suficientes para identificar si estamos ante un derecho real o ante un derecho de crédito. Una vez identificado, podremos adentrarnos en la eficacia del derecho<sup>376</sup>. Si no procedemos así, caemos en el riesgo de identificar el derecho por su eficacia, que vendría ya impuesta en función del tipo de derecho de que se trate. Y ello nos puede conducir a error, pues —como veremos— no porque se trate de un derecho de crédito debe llevar pareja necesariamente una eficacia *erga debitorem*<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> HERNÁNDEZ GIL, “Derechos reales. Derecho de sucesiones”, en *Obras completas*, t. IV, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, p. 27.

<sup>375</sup> OCAÑA GÁMIZ, J., *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, Comares, Granada, 2016, p. 45.

<sup>376</sup> *Vid. infra*, cap. tercero.

<sup>377</sup> Tampoco se podría determinar la naturaleza atendiendo a la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, pues, como afirma la STS 191/1995 de 3 de marzo: “la categoría de derecho real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia «erga omnes»”.

En atención a los consabidos conceptos de derecho personal y real, siempre que la vivienda se hubiera venido poseyendo en virtud de un derecho de naturaleza real, al derecho de uso de la vivienda familiar, contemplado en el art. 96 CC, hemos de reconocerle naturaleza real —*ius in re*—.<sup>378</sup> Deducimos la naturaleza real del derecho de uso al que nos referimos de que confiere un poder que permite a su titular usar o servirse de una cosa —la vivienda familiar—, ajena o de propiedad compartida, sin la necesidad de la mediación de otra persona —sujeto pasivo—. Se atribuye, así, al titular, un poder directo e inmediato<sup>379</sup> sobre la cosa —vivienda familiar—<sup>380</sup>. Como mantiene ALBALADEJO, ese poder directo en que consiste el derecho real no quiere decir tenencia material y tangible (en manos del titular de aquél) de la cosa, sino que “poder directo es aquel señorío jurídico que (aunque falten facultades de goce, de disfrute y de tenencia material de la cosa) atribuye la posibilidad de operar inmediatamente sobre ésta de alguna forma”<sup>381</sup>; de inmediatividad jurídica habla OCAÑA<sup>382</sup>. Este poder directo sobre la cosa, cualquiera que sea su poseedor, lo identifica ACEDO PÉREZ con la exigibilidad *erga omnes*, que impone a todos un deber de abstención, incluido el dueño de la cosa<sup>383</sup>.

No estamos, pues, ante un supuesto equiparable al arrendamiento, donde, pese a la apariencia, la evidencia de la falta de inmediatividad deriva del propio art. 1554.3º CC, que contempla entre las obligaciones del arrendador la de “*mantener al arrendatario en*

---

<sup>378</sup> Para ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 27, la naturaleza real de los derechos se deduce tanto de la coincidencia del poder en que consisten con el contenido del derecho real, como de lo dispuesto por la propia ley que, por una parte, les atribuye al regularlos los efectos propios del derecho real y, por otra parte, llega incluso a calificarlos como reales.

<sup>379</sup> *Vid.*, en este sentido: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza...”, *op. cit.*, p. 2519; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss.; ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1731. En cambio, ROJO ALONSO DE CASO, J. C., *op. cit.*, pp. 768-769, considera que sostener que el derecho de uso coloca al cónyuge usuario en inmediato contacto con la cosa, permitiéndole su uso y disfrute, convirtiéndose en un derecho real, supone adentrarse en la antigua concepción del derecho real propio de la tesis italiana, doctrina que no tiene tradición en nuestro derecho patrio, ni se adecúa a la concepción clásica del derecho real de la doctrina española.

<sup>380</sup> Tales caracteres del derecho real los encontramos en las distintas definiciones que, respecto al referido derecho con carácter general, se han realizado desde antiguo en la doctrina y en la jurisprudencia. En la doctrina, GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, pp. 33-34 y ACEDO PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 494 y ss. realizan una amplia relación de algunas de esas definiciones. En la jurisprudencia, *vid.* STS de 21 de noviembre de 1929: “*carácter esencial que los distingue, de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado dando lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor de la misma*”; STS de 25 de junio de 1936: “*potestad de obrar «erga omnes», sobre una cosa específica perteneciente al mundo exterior, con la pretensión de que esa «facultas agendi» sea reconocida y acatada por la colectividad*”; o STS de 18 de marzo de 1959: “*relación inmediata y directa de la persona con la cosa*”

<sup>381</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>382</sup> OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, p. 77. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 6, defiende tal carácter inmediato incluso en los derechos reales de garantía —a través de la autoridad judicial—; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., *op. cit.*, pp. 346-347, precisa que el aprovechamiento directo no es precisamente el contacto inmediato, por más que esta sea la forma más pura y simple, como ocurre, por lo común, con la posesión.

<sup>383</sup> ACEDO PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 496-497.



*el goce pacífico del arrendamiento*”; prestación sobre la que recae el derecho del arrendatario. Este derecho de arrendamiento está conformado, pues, como suelen concebirse los derechos de crédito, por tres elementos: titular del derecho, sujeto pasivo y la prestación (dar, hacer o no hacer). Prestación que, por un lado, en el orden ordinario de las cosas, nadie debe a otro<sup>384</sup> y por medio de la cual se satisface el interés jurídicamente protegido; y que, por otro lado, está obligada a cumplir de forma directa y personal el deudor —intermediario entre el titular del derecho y la cosa—. Aun refiriéndose a una cosa, esta conducta del deudor (delimitada y determinada) es lo que constituye el objeto del derecho<sup>385</sup>. Como señala ALBALADEJO, aun proporcionando el arrendamiento al titular del derecho un poder de hecho sobre la cosa, una cosa es la posesión como poder de hecho protegido por el Derecho, y otra el derecho real como señorío jurídico sobre las cosas aunque no las tengas actualmente<sup>386</sup>.

El derecho de uso de la vivienda familiar, en cambio, como el resto de derechos reales, está integrado únicamente por dos elementos (titular del derecho y cosa u objeto del derecho). El objeto del mismo es la vivienda familiar —que se encuentra como tal determinada—<sup>387</sup> y no una conducta a la que esté obligado el otro cónyuge. Atribuido el uso —o constituido el derecho—, el beneficiario —titular del derecho— es el único que puede ejercer una dominación directa sobre la vivienda, sin que exista intermediario entre el titular del derecho y la cosa y sin necesidad de consentimiento del titular de la vivienda. No existe, pues, aquella relación obligacional, propia del derecho de crédito, integrada por un sujeto acreedor y otro deudor<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> Vid. RIGAUD, L., *El derecho real: historia y teorías*, Reus, Madrid, 2004, p. 85.

<sup>385</sup> Para GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, p. 51, el objeto del derecho personal es la persona del deudor traducida en una determinada conducta que este debe observar en beneficio del acreedor, o sea, una prestación. Para ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 13, “en el derecho de crédito no hay poder directo (del titular del derecho) sobre la cosa, sino que inmediatamente tiene señorío sólo sobre la conducta del obligado, que, al realizar el acto de que se trate, le proporcionará la cosa” y será a partir de entonces —de la entrega— cuando se extinga el derecho de crédito y adquiera un derecho real sobre la cosa. ESPINAR LAFUENTE, F., “Sobre la distinción entre derechos reales y obligacionales”, en *RGLJ*, núm. 5 (mayo), 1962, p. 630, considera que la actuación del derecho de crédito es mediata, en tanto que el acreedor ejercita su derecho por mediación de la persona (esfera jurídica) del deudor, que ha de prestar su propia actividad (acción en sentido jurídico), congruente con la del primero, para que el cambio atributivo se realice.

<sup>386</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 15. Vid., asimismo, RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 116 ss.

<sup>387</sup> Para RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 87, del hecho de que la cosa sea el objeto del derecho real se extrae que deba ser individualmente determinada. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. III, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, p. 647.

<sup>388</sup> El derecho de uso de la vivienda familiar encaja a la perfección en el concepto de derecho real configurado por PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 6, quien considera que existe un derecho real “cuando el ordenamiento jurídico protege el interés de un sujeto de derecho sobre un objeto determinado con independencia de la actuación de otro sujeto de derecho personalmente determinado”.

Nada obsta a la naturaleza real que, en supuestos como el que nos ocupamos en esta obra —derecho de uso de la vivienda familiar—, esté implicada la conducta de otra persona determinada, pues tal conducta trae causa de la relación de esa persona con la cosa afectada por el derecho real (*v. gr.* por ser propietaria o titular de un derecho real limitado). Es decir, el propietario o titular del derecho real base, se encuentra en una situación de pasividad más intensa que cualquiera de los otros terceros que no están unidos a la cosa por ningún vínculo<sup>389</sup>.

Concluyendo, habiéndose probado la patrimonialidad del derecho de uso de la vivienda familiar, este último tiene encaje dentro del concepto de derecho real, en perjuicio del derecho personal.

Y no solo es que, atendiéndose al concepto y estructura del derecho real, el de uso pueda ser calificado como real, sino que, además —y he aquí una de las claves de nuestra tesis—, ha de ser calificado como tal atendiendo a la *ratio* del art. 96 CC —a su finalidad—, como desarrollaremos en el epígrafe siguiente. Si el del art. 96 CC es un fin de justicia, de justicia social —familiar—; si lo que trata es de proteger al más débil, ya sea social, afectiva o económicamente incluso, qué mejor y mayor protección que conferirle un derecho real, siempre que la naturaleza dinámica —de la que hablamos— lo permita, y pese a que, bien las partes, bien el juez, únicamente se refieran a la atribución del “uso”, sin calificar su naturaleza jurídica. La razón no es otra que la especial eficacia de estos derechos, a la que nos referiremos en el capítulo segundo.

Atendiendo, además, al fundamento de la medida, en el que venimos insistiendo a lo largo de toda la obra, con la calificación como real se cumple con la teoría apuntada por BARASSI<sup>390</sup>, en virtud de la cual los derechos reales limitados se inspiran en un principio de solidaridad social.

No puede ser un obstáculo, para su consideración como real, aquel débil argumento de que “nuestro legislador, cuando ha querido establecer en la reforma la posibilidad del nacimiento de un derecho real sobre la vivienda, así lo ha realizado, como sucede en el

---

<sup>389</sup> *Vid.*, en tal sentido, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 7-8. Esta peculiaridad es tenida en cuenta por muchos otros autores en sus definiciones del derecho real: ROCA SASTRE, R. M., ROCA SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. I, Bosch, Barcelona, 2008-2009, p. 281: “principalmente en los derechos reales limitados, impone al que en cada momento sea dueño de la misma cosa, un *pati* o *non facere*, posiblemente conectado a un *facere*”; OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, p. 355, quien considera que, en estos casos, lo que se suele denominar *obligaciones propter rem* no es más que una concreción, respecto al propietario, del deber general de *alterum non laedere*, en atención a la singular proximidad de propietario del bien sobre el que recae el derecho con el titular de este último; GÓMEZ-MORÁN ETCHART, A., *op. cit.*, pp. 545 ss.; GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, p. 48; RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 118; BARASSI, L., *I diritti reali limitati*, Giuffrè, Milán, 1947, p. 25.

<sup>390</sup> BARASSI, L., *op. cit.*, p. 8.

artículo 1407”<sup>391</sup> pues, precisamente este último precepto es el que nos ha de servir para percatarnos de que no es extraño a él la existencia de un derecho real de uso o habitación sobre la vivienda conyugal<sup>392</sup>: ante la liquidación de la sociedad de gananciales por muerte de uno de los cónyuges, el referido precepto otorga la posibilidad al otro cónyuge de optar entre la propiedad de la vivienda habitual y la constitución sobre ella de un derecho de uso o habitación. Si el legislador de 1981 no especificó, en el art. 96 CC, la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar, fue, no solo por el dinamismo —la naturaleza dinámica— que venimos defendiendo, sino para que fuese el intérprete quien lo aclarase.

Será en el capítulo cuarto de esta obra, una vez tratada la vivienda propiedad de tercero —capítulo segundo— y justificado ampliamente el carácter real y la necesaria eficacia *erga omnes* del derecho de uso del art. 96 CC —capítulo tercero—, cuando especifiquemos ante qué tipo de derecho real nos encontramos.

---

<sup>391</sup> Vid. MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 249-250.

<sup>392</sup> ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1731, reconoce que, si bien es cierto que el supuesto del art. 1407 CC no es idéntico al que analizamos, “sí da una indicación de la intención del legislador, a modo de interpretación auténtica”.



# CAPÍTULO SEGUNDO

## LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCERO

Se refiere el presente capítulo a dos supuestos en los que la vivienda familiar cuyo uso se atribuye es propiedad de un tercero: aquel en el que la misma se venía ocupando, durante la estabilidad matrimonial, en virtud de un contrato de arrendamiento, y aquel otro en el que se ocupaba sin contraprestación alguna por parte de quienes la usaban. Uno y otro supuesto, si bien fueron ya referidos cuando estudiamos la naturaleza dinámica del derecho de uso<sup>393</sup>, nos remitimos, entonces, a este capítulo en el que — consideramos— es necesario tratar ambos supuestos de forma separada ante la especial problemática que han generado y la frecuencia con que se presentan en la práctica<sup>394</sup>.

### I. La vivienda familiar arrendada

En aquellos supuestos en los que la vivienda cuyo uso se atribuye venía ocupándose por la familia en virtud de un contrato de arrendamiento, el problema se plantea, principalmente, cuando el arrendamiento ha sido suscrito únicamente por uno de los cónyuges que es, a su vez, el que, bien por lo acordado en el convenio regulador, bien por la aplicación judicial del art. 96 CC, resulta excluido del uso, en beneficio del cónyuge no titular.

El análisis de este supuesto de hecho y su contemplación desde la perspectiva de la naturaleza que le venimos otorgando al derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC, hemos de hacerlo a la vista de las diferentes modificaciones legislativas que se han sucedido en materia arrendaticia y que han venido a resolver uno de los problemas, en relación con la atribución de la vivienda familiar, que más controversias había suscitado. Consideramos, pues, necesaria una sucinta referencia a la legislación anterior a fin

---

<sup>393</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.

<sup>394</sup> Se ha de advertir, antes de adentrarnos en la exposición, que ambos supuestos no conforman el objeto principal de nuestra tesis, lo cual justifica un tratamiento más expositivo de los mismos a fin de no desviar en demasía la línea que venimos siguiendo en nuestra obra; no obstante, considero obligado su tratamiento —aun brevemente, sin adentrarnos en excesivas cuestiones de fondo—, a fin de exponer al posible lector interesado en el tema en general un estudio completo sobre la atribución del uso de la vivienda distinguiendo según la titularidad previa recayente sobre la misma.

de exponer los problemas que planteaba y que justifican el régimen legal actual en la materia.

## 1. El tratamiento de la cuestión a la vista de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 —cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre— (en adelante, LAU 1964), no contemplaba norma alguna referida al tratamiento del arrendamiento que recae sobre la vivienda familiar cuando acontece una separación, nulidad o divorcio.

Emergía, así, un conflicto entre el derecho de uso atribuido al cónyuge no titular del derecho arrendaticio y el derecho del propietario, quien consideraba que se había producido una cesión inconstituida del arrendamiento. Ante la ausencia de regulación alguna para resolver tal conflicto, fueron varias las posturas adoptadas respecto al tratamiento que este supuesto debía recibir. Todas ellas planteaban soluciones, cuanto menos, forzadas:

En primer lugar, la de considerar que el arrendamiento concertado para vivienda familiar es de titularidad común de ambos cónyuges desde el momento en que el inmueble se destina a tal fin, aun habiéndose suscrito el contrato solo por uno de ellos, por lo que la atribución producía una concentración de la posesión en el cónyuge beneficiario<sup>395</sup>; es el tratamiento que recibe el arrendamiento de manera expresa, por ejemplo, en Francia (art. 1751.I CCfr.)<sup>396</sup> o en Bélgica (art. 215.2 CCbelg.)<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Vid., en tal sentido, entre otras: SAP de Barcelona de 17 de octubre de 1991, SAP de Madrid de 9 de marzo de 1993, SAP de Tenerife de 9 de marzo de 1993, SAP de León de 15 de abril de 1993 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 6 de julio de 1994.

<sup>396</sup> Art. 1751.I CCfr.: “*Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l’habitation de deux époux, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire et même si le bail a été conclu avant le mariage, ou de deux partenaires liés par un pacte civil de solidarité, dès lors que les partenaires en font la demande conjointement, est réputé appartenir à l’un et à l’autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité*”.

<sup>397</sup> Art. 215.2 CCbelg.: “*Le droit au bail de l’immeuble loué par l’un ou l’autre époux, même avant le mariage et affecté en tout ou en partie au logement principal de la famille, appartient conjointement aux époux, nonobstant toute convention contraire.*

*Les congés, notifications et exploits relatifs à ce bail doivent être adressés ou signifiés séparément à chacun des époux ou émaner de tous deux.*

*Toutefois, chacun des deux époux ne pourra se prévaloir de la nullité de ces actes adressés à son conjoint ou émanant de celui-ci qu’à la condition que le bailleur ait connaissance de leur mariage.*

*Toute contestation entre eux quant à l’exercice de ce droit est tranchée par le tribunal de la famille. Les dispositions du présent paragraphe ne s’appliquent ni aux baux commerciaux, ni aux baux à ferme”.*

En segundo lugar, la de defender la posibilidad de que el arrendamiento fuese ganancial, en cuyo caso tampoco cabría hablar de cesión de derecho, pues ya existiría una titularidad previa derivada de la naturaleza del mismo<sup>398</sup>; se trataría de una mera continuidad material en la relación arrendaticia.

En tercer lugar, la de aplicar por analogía, el art. 24 LAU 1964<sup>399</sup>, que posibilitaba que el titular del contrato de arrendamiento subrogase en el mismo a su cónyuge, o el art. 58 LAU 1964<sup>400</sup>, referido a la subrogación del cónyuge no titular en el supuesto de fallecimiento del cónyuge titular del derecho arrendaticio.

En cuarto lugar, la de defender que el art. 96 CC no atribuía derecho alguno, sino una mera facultad de ocupación o una concreción del uso que no excluía la titularidad del cónyuge arrendatario<sup>401</sup>.

## **2. El tratamiento de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994**

### **2.1 El nuevo art. 15 LAU**

Con la entrada en vigor, el primero de enero de 1995, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU), quedó derogada, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias de la referida ley, la LAU 1964.

La nueva LAU, en su art. 27.2.f, establece que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato “*Cuando la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7*”. Mientras que el art. 7 LAU dispone que “*El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición, aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes*”. Las exigencias de que el cónyuge arrendatario no se halle separado legalmente o de hecho, a efectos de aplicar el art. 7 LAU, se justifica por la necesidad de vivienda

---

<sup>398</sup> Vid. entre otras: SAP de Pontevedra de 20 de abril de 1991, SAP de Madrid de 24 de mayo de 1993 o SAP de Granada de 16 de noviembre de 1993.

<sup>399</sup> Vid. entre otras: la SAP de Oviedo de 15 de enero de 1992, SAP de Navarra de 23 de noviembre de 1992, SAP de Barcelona de 3 de septiembre de 1993 o SAP de Valladolid de 21 de enero de 1994.

<sup>400</sup> Vid. entre otras: SAP de Pontevedra de 20 de abril de 1991 o SAP de Sevilla de 18 de noviembre de 1991.

<sup>401</sup> Vid. entre otras: SAP de Madrid de 11 de abril de 1989, SAP de Barcelona de 14 de abril de 1991 o SAP de Madrid de 1 de junio de 1992.

de la unidad familiar, de forma tal que, si hay separación judicial o de hecho, ya no existe unidad familiar entre el arrendatario y su consorte ni obligación de convivencia (*cfr.* art. 102.1° CC)<sup>402</sup>.

No obstante, esta categórica disposición cuenta con una excepción en lo que a la atribución del uso de la vivienda familiar se refiere. Así, la LAU incorpora, en su Título II, Capítulo II, denominado “De la duración del contrato”, el art. 15, que lleva por título “Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario”. El supuesto de hecho contemplado en el art. 15 LAU se refiere al caso que ya adelantamos como problemático, aquel en que el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que no era arrendatario. Sus disposiciones resultan de aplicación a todos los contratos de arrendamiento de vivienda, con independencia de su fecha de concertación, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera y en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU 1994, así como con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial. La redacción del precepto en la fecha de su entrada en vigor era la que sigue:

*“1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.*

*2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda”<sup>403</sup>.*

En el caso de que el uso se atribuyese al cónyuge arrendatario, es obvio que no se produce cambio subjetivo ni de responsabilidad ante el arrendador, no siendo necesario, pues, cumplir con las previsiones del art. 15 LAU.

Tampoco se plantea la problemática a la que nos venimos refiriendo en el caso de que el contrato de arrendamiento hubiese sido suscrito por ambos cónyuges de forma conjunta. En estos casos —afirma CARRERAS MARAÑA—, dicho arrendamiento supone,

---

<sup>402</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 41-42.

<sup>403</sup> Si bien es cierto que el art. 15 LAU se refiere a la posibilidad de “continuar en el uso”, estamos de acuerdo con MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, en que ello no excluye la posibilidad de que el uso se atribuya cuando el cónyuge que resulte beneficiario haya tenido que abandonar la vivienda (*v. gr.* situaciones de maltrato). En el mismo sentido, *vid.* QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, p. 176.



salvo pacto en contrario, la cesión del uso de la vivienda, en forma indistinta, para los dos arrendatarios. En virtud de este carácter solidario de la relación arrendaticia conjunta, los derechos y obligaciones de tales inquilinos corresponden íntegramente a cada uno de ellos desde el nacimiento del contrato<sup>404</sup>. La atribución del uso a uno de los cónyuges, no daría lugar a una cesión inconstentida, tratándose, simplemente, de una concentración en uno solo de los cónyuges de la titularidad anteriormente compartida<sup>405</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo que venimos apuntando en esta obra, la resolución judicial no puede atribuir al adjudicatario del uso de la vivienda facultades que antes no existían ni se deben alterar en lo esencial los términos convenidos inicialmente al celebrarse el contrato, especialmente en lo que se refiere a duración y renta. De ahí que la efectividad de la atribución a la que se refiere el art. 15 LAU se encuentre subordinada a que el contrato de arrendamiento cubra la previsión temporal. Es decir, el arrendador no tendrá por qué soportar el arriendo por un plazo mayor de aquél que pactó con el arrendatario.

## 2.2 Breve alusión al art. 12 LAU

Antes de adentrarnos en el estudio detallado del art. 15 LAU, se ha de hacer referencia, aun brevemente, al art. 12 LAU. El mismo contiene también unas medidas de protección de la vivienda familiar para aquellos supuestos en los que solo uno de los cónyuges es arrendatario, a fin de amparar al cónyuge que no lo es —y sea cual fuese el régimen económico matrimonial—, ante decisiones del titular del derecho que pudiesen conllevar el fin del contrato de arrendamiento. Concretamente, el supuesto de hecho se fija en que el arrendatario manifieste su voluntad de no renovar el contrato, o desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con él (art. 12.1 LAU), o bien que el arrendatario abandone la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no

---

<sup>404</sup> CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 194-195. Apunta, además, que, para admitir tal solidaridad no es necesario que se emplee dicho término, siendo suficiente con que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes en tal sentido (SSTS de 12 de noviembre de 1955, 30 de marzo de 1973, 3 de marzo de 1981, 14 de febrero de 1982, 7 de octubre de 1982 o 7 de abril de 1983), existiendo aun sin constancia expresa (SSTS de 20 de octubre de 1986 o 27 de marzo de 1987) o sin constancia escrita (STS de 12 de mayo de 1987) o expresión literal (STS de 12 de marzo de 1987). *Vid.*, asimismo, las SSTS de 17 de mayo de 2000 y 28 de diciembre de 2000.

<sup>405</sup> *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.* y QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, p. 137, quien considera que, aunque ambos continúen siendo arrendatarios, el ejercicio del derecho de tanteo y retracto únicamente corresponde al que use y disfrute realmente de la vivienda.

renovación (art. 12.3 LAU)<sup>406</sup>. En todos estos casos podrá continuar el arrendamiento en beneficio del cónyuge no firmante del contrato<sup>407</sup>. Se permite, pues, la subrogación del no arrendatario en el contrato.

La razón por la que traemos a propósito también este precepto no es otra que, aun no refiriéndose a un supuesto de nulidad, divorcio o separación judicial, puede estar relacionado con un supuesto de crisis matrimonial, concretamente con la separación de hecho<sup>408</sup>. De esta forma, mientras el art. 12 LAU se refiere a un momento de crisis matrimonial aún no judicializada, el art. 15 LAU se refiere al supuesto en que ya se ha planteado el asunto ante los tribunales.

En el art. 12 LAU, tanto por la expresión que utiliza, como por el hecho de que el anterior titular renuncia —expresa o tácitamente— a su titularidad, no parece discutirse que nos encontramos ante un traspaso de la titularidad arrendaticia —subrogación *ope legis*—<sup>409</sup>. Tratándose de una novación modificativa del contrato, el nuevo titular asumirá los derechos y obligaciones que correspondían al anterior, no pudiendo, eso sí, hacer valer facultades o prerrogativas personales u oponer excepciones personales del inicial arrendatario cuando se le reclame el pago de la renta<sup>410</sup>. No se trata de una cesión, pues, cumpliéndose los requisitos, tiene lugar con independencia del consentimiento de arrendador y arrendatario inicial.

---

<sup>406</sup> Piénsese que, de no existir este precepto, el abandono del arrendatario supondría la posibilidad de resolución del contrato según lo contemplado en el art. 27.1.f en relación con el art. 7 LAU. Ciertamente es que, si siguiesen viviendo en el inmueble hijos dependientes del arrendatario, no habría necesidad de acudir al art. 12 LAU, salvo que se deseara, con ello, una subrogación en la posición que ocupaba aquel que ha abandonado la vivienda.

<sup>407</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, p. 79, apunta que, una interpretación teleológica o finalista que tenga presente la *ratio legis* de la norma permite sostener que cualquier incumplimiento o acto equiparable al desistimiento que ponga en peligro la permanencia del cónyuge del arrendatario le ha de permitir prevalerse de lo contemplado en el art. 12 LAU. De lo contrario, por ejemplo, se podría alcanzar fácilmente la resolución del contrato dejando de pagar la renta.

<sup>408</sup> El contenido del precepto es también de aplicación, según contempla el art. 12.4 LAU, en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, requiriéndose la convivencia durante, al menos, los dos años anteriores a la no renovación, desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común.

<sup>409</sup> Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1996, p. 964. En p. 961, contempla la posibilidad de que este régimen especial de la vivienda familiar arrendada sea también de aplicación al arrendamiento cotitularidad de ambos cónyuges, a fin de evitar que, quedando en la vivienda uno solo de los cónyuges, se afirme que ha habido una cesión inconstituida; YÚFERA SALES, P. L., *Arrendamientos Urbanos: análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 159.

<sup>410</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, pp. 111-112, añade además que, en caso de haberse prestado garantías personales por el inicial arrendatario o por tercero en consideración a la persona de aquél, lo procedente sería su extinción por haberse producido la subrogación sin su concurso. Algo que, considera la autora, no cierra la puerta a que el arrendador ejercite el derecho de vencimiento anticipado del contrato de arrendamiento si el cónyuge no sustituye las garantías por otras nuevas (art. 1129.3º CC).

La diferencia entre el supuesto de hecho del primer párrafo y el del tercero del art. 12 LAU es que, en caso de no renovación o desistimiento, es el arrendador el que ha de requerir —sin que se exija forma alguna— al cónyuge del arrendatario —que habrá de contestar en un plazo de quince días—. Mientras no se produzca el requerimiento, el contrato de arrendamiento no se extingue, entendiéndose que el arrendador consiente su continuidad. Por su parte, en el supuesto de abandono de la vivienda, será el arrendador el que haya de recibir notificación escrita del cónyuge —recomendablemente de forma fehaciente, aunque no se exija— manifestando su voluntad de ser arrendatario. Este último contará, para realizar la notificación, con el plazo de un mes desde dicho abandono, plazo que también puede ser objeto de interpretaciones diversas a efectos del *dies a quo*<sup>411</sup>. Ante la innecesariedad de consentimiento del arrendador, ello podría dar lugar a una no renovación, desistimiento o abandono fingido, a fin de alcanzar una subrogación del otro cónyuge en el contrato que, en condiciones normales, requiere del consentimiento del arrendador (art. 8 LAU).

## **2.3 Sobre la titularidad privativa del derecho de arrendamiento**

### **2.3.1 La no cotitularidad *ope legis* del arriendo**

Volviendo al art. 15 LAU, tanto este como el art. 7 LAU, diferencian al cónyuge arrendatario del que no lo es. Desde el momento en que ambos preceptos se refieren a un cónyuge que no es arrendatario, parece descartarse ya definitivamente, si es que no se podía entender descartada aún, la tesis de aquel sector doctrinal para el que el arrendamiento suscrito por uno de los cónyuges entra a formar parte del patrimonio familiar; es decir, la que defendía la imposición de una cotitularidad *ope legis* por el simple hecho de tratarse del alojamiento familiar.

No fue, sin embargo, tan fácil, llegar a tal exclusión. Cabe destacar, en contra de la aparente evidencia, la posición particular de SERRANO FERNÁNDEZ, quien defiende la cotitularidad conjunta —y solidaria— del derecho de arrendamiento basada en el carác-

---

<sup>411</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Los arrendamientos urbanos y las situaciones de convivencia en pareja. Matrimonios y parejas de hecho”, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 19, 2002, [EDB 2002/113816], considera que el plazo deberá computarse a partir del momento en que se tiene la convicción de que el arrendatario ha abandonado la vivienda arrendada, que no tiene por qué coincidir con el día en que salió de ella.

ter de vivienda familiar del objeto del arrendamiento<sup>412</sup>. O la STS 220/2009 de 3 de abril; pese a que la sentencia recurrida había afirmado que “*no por el hecho de que el marido fuese el único firmante del contrato puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad ni de la posesión de la vivienda*” —apoyándose, para ello, en las ya conocidas SSTC 135/1986 de 31 de octubre y 159/1989 de 6 de octubre— el argumento del Supremo para rechazar la aplicación del criterio de aquellas sentencias al supuesto del que se ocupa es, simplemente, la pérdida del carácter familiar de la vivienda, es decir, no descarta aquella posibilidad de la cotitularidad.

En contra de esta tesis de la cotitularidad *ope legis* podrían alegarse, principalmente, dos argumentos. El primero, el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC). Frente a ello, se ha alegado que el referido principio puede verse alterado por exigencias propias de la protección de la vivienda<sup>413</sup>.

El otro de los argumentos es que, de considerarse tal cotitularidad, quedarían vacío de contenido los arts. 7 y 15 LAU. En relación con este último, comenta SÁNCHEZ-CALERO<sup>414</sup> cómo la mayoría de los que consideran arrendatarios a ambos cónyuges, atribuido el uso de la vivienda a uno de ellos, rechazan la doctrina jurisprudencial de la mancomunidad de los coarrendatarios, para evitar la concurrencia de una cesión ilegal respecto de una cuota arrendataria, por lo que el cónyuge beneficiario puede continuar en el uso sin requisito alguno. Y así lo llegan a reconocer los autores partidarios de esta corriente de la cotitularidad<sup>415</sup>, para quienes la aplicación de los antedichos preceptos quedaría relegada a los supuestos en que el contrato es anterior al matrimonio o la titularidad individual responda a un interés legítimo y digno de tutela, pues, de existir cotitularidad, no hay nada que ceder, sino mera concentración en uno de los cónyuges —el beneficiario— de las facultades antes comunes.

### 2.3.2 La no ganancialidad del arriendo

Hubo, por otra parte, quienes, después de la LAU 1994, siguieron defendiendo, apoyados básicamente en los arts. 1347.3 CC (en relación con los arts. 1362 y 1365 CC) y

---

<sup>412</sup> SERRANO FERNÁNDEZ, M., “La discutida naturaleza del derecho de arrendamiento de la vivienda familiar”, en *RGLJ*, núm. 3, 2013, pp. 522 y ss.

<sup>413</sup> Vid. SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 525; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Matrimonio y crisis...”, *op. cit.*

<sup>414</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*

<sup>415</sup> Vid. LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos: legislación y comentarios*, Sepín, Madrid, 2016, p. 195; SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 526.

1361 CC, la ganancialidad del arriendo concertado vigente la sociedad de gananciales<sup>416</sup>. Ha de tenerse en cuenta que, de considerarse así, los arts. 7 y 15 LAU no quedarían totalmente vacíos de contenido, pues serían aplicables en el resto de supuestos —en los que no existe sociedad de gananciales—<sup>417</sup>.

Esta es la opción adoptada por algunas Comunidades Autónomas, cuyo criterio para determinar la naturaleza privativa o común del derecho arrendaticio viene determinado por el momento de la celebración del contrato, y no por quien lo haya celebrado. Así, en virtud de la ley 82.6 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (en adelante, CDCFN), en el régimen de conquistas se hacen comunes de los cónyuges los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el matrimonio. Por su parte, el art. 210.2.i CDFN, establece: “*Durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en los apartados siguientes: i) Los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio*”.

Frente a la ganancialidad, se ha de defender que la configuración subjetiva del arrendatario es una cuestión atinente a las partes contratantes, por lo que no puede dársele respuesta acudiendo a un dato radicalmente ajeno al arrendador como es el estado civil de la persona que contrate, así como, en su caso, el régimen económico que rige su matrimonio, datos cuyo conocimiento no es exigible al arrendador<sup>418</sup>. De considerarse, además, tal ganancialidad, esta solución casaría mal con el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: si el art. 15 LAU no establece ninguna matización al respecto, no procede restringir, sin base legal alguna, su ámbito de aplicación<sup>419</sup>.

Sobre la ganancialidad, o no, del arrendamiento concertado por uno de los cónyuges vigente el régimen de sociedad de gananciales, cabe destacar, en fin, la STS 220/2009

---

<sup>416</sup> De esta opinión son: VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 956-957; QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, p. 131; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Matrimonio y crisis...”, *op. cit.*; PRATS ALBENTOSA, L., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 146.

<sup>417</sup> OSSORIO SERRANO, J., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (coord. LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tecnos, Madrid, 1996, pp. 427 y 428, considera que el precepto es de aplicación con independencia del carácter ganancial o no del arrendamiento, pues de lo que se trata es de que el cónyuge atributivo no firmante del contrato comunique al arrendador la atribución del uso contenida en la sentencia judicial.

<sup>418</sup> Lo que no impide, según SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*, que, en las relaciones internas de los cónyuges el arrendamiento sea un derecho de naturaleza ganancial.

<sup>419</sup> *Vid.* ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, p. 60.

de 3 de abril<sup>420</sup>, la cual hizo que aquel debate sobre la ganancialidad del arriendo quedase superado<sup>421</sup>. El Alto Tribunal parte de una base jurídica que considera indiscutible: “*Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el art. 1257 CC*”, y acaba declarando, como doctrina jurisprudencial:

*“el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento”*<sup>422</sup>.

Si bien la referida sentencia se refiere a un supuesto en el que se discute la aplicación del art. 16 LAU —que no del 15 LAU—, lo cierto es que tal dato no afecta a lo que a nosotros interesa: la ganancialidad o no del arriendo; el carácter ganancial —o no— es anterior al supuesto de hecho contemplado en los arts. 15 y 16 LAU (fallecimiento del arrendatario o atribución del uso de la vivienda al no arrendatario).

Desde el pronunciamiento del Alto Tribunal en la referida sentencia, la jurisprudencia ha sido unívoca en considerar la naturaleza privativa de la titularidad arrendaticia, existiendo, pues, una primacía del régimen arrendaticio sobre el régimen económico matrimonial<sup>423</sup>. Esta misma postura del Tribunal Supremo en la referida sentencia es la que sostiene parte de la doctrina<sup>424</sup> que mantiene que, cuando el arrendamiento ha sido suscrito por uno solo de los cónyuges, el derecho es privativo.

---

<sup>420</sup> Vid., KARRERA EGIALDE, M. M. y ALONSO CAMINA, G., “Sentencia de 3 de abril de 2009: arrendamientos urbanos. Cotitularidad del contrato. Subrogación. Bienes gananciales”, en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 263-286.

<sup>421</sup> Entre las sentencias previas a esta, valga citar la STS 40/1996 de 20 de enero de 1997 que, aun refiriéndose a un local de negocio, defiende la ganancialidad del arriendo, o la STS 1199/2001 de 11 de diciembre, que considera ganancial la indemnización por renuncia al arrendamiento de vivienda. En cambio, ya la STS 316/2008 de 2 de mayo, rechaza esa ganancialidad.

<sup>422</sup> GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, pp. 354-355, pese al tenor de la sentencia de 2009, sigue considerando que la legislación económico matrimonial resulta normativa especial respecto de la común patrimonial y compatible con ella, previendo la normativa ganancial, en distintos supuestos, la consorcialidad de las relaciones de crédito (*cfr.* arts. 1348 *a contrario sensu*, 1365.1 y 1398.1 CC).

<sup>423</sup> Vid., entre otras: SSTS 78/2010 de 10 de marzo, 333/2010 de 10 de junio, 498/2010 de 9 de julio, 753/2010 de 22 de noviembre, 206/2011 de 24 de marzo, 343/2012 de 30 de mayo, 247/2013 de 22 de abril o 614/2013 de 22 de octubre.

<sup>424</sup> Vid. FÍNEZ RATÓN, J., “Comentario al artículo 15”, en *Comentario a la Ley de arrendamientos urbanos* (dir. PANTALEÓN PRIETO, F.), Civitas, Madrid, 1995, p. 212; LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 195; SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 15 LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (dir. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.), EDERSA, Madrid, 1995, p. 156; IBARRA SÁNCHEZ, J., “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, en *AC*, 2014 [LA LEY 7595/2014]; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, p. 68.

No obstante haberse aclarado tal particular sobre la titularidad del derecho arrendatario, el art. 15 LAU no ha dejado de suscitar debate en la doctrina. Las cuestiones controvertidas han girado, fundamentalmente, en torno al significado que ha de atribuirse a esa continuación en el uso, las consecuencias de la falta de notificación que la norma contempla, así como la aplicación de la misma en sede de medidas provisionales. Adentrémonos en cada una de estas cuestiones.

## 2.4 Sobre la subrogación o no en el contrato de arrendamiento

Una vez hemos optado por la titularidad privativa del derecho de arrendamiento suscrito por uno solo de los cónyuges, el problema interpretativo que más debate ha suscitado, claramente por las consecuencias prácticas que conlleva, ha sido el de la forma en la que ha de canalizarse esa continuación en el uso de la vivienda familiar cuando el cónyuge beneficiario resulta ser el no arrendatario. El debate ha girado, básicamente, en torno a si hemos de entender que lo que se produce con la atribución es una mera cesión del uso —conservando el cónyuge no usuario la titularidad que ostentaba— o, por el contrario, conlleva una subrogación en el contrato del cónyuge que, sin ser titular, ha resultado beneficiario del uso, pues la letra de la ley, hasta la modificación del año 2013, no aclaraba nada al respecto.

Las diferencias entre asumir una u otra posición son evidentes y se traducen en importantes consecuencias prácticas, tales como discernir a cuál de los cónyuges corresponden los derechos y obligaciones propios del contrato de arrendamiento (obligación de pago de la renta, derechos de tanteo y retracto, etc.).

### 2.4.1 Subrogación *ex lege*

Una de las posibilidades es entender que, en virtud del art. 15 LAU, se produce una subrogación *ex lege* en el contrato de arrendamiento<sup>425</sup>. Esta posibilidad fue contempla-

---

<sup>425</sup> Así lo defienden, entre otros: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 362; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 967, que habla de cesión de contrato; SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 15 LAU”, *op. cit.*, p. 156; VÁZQUEZ BARROS, S., “Comentario al artículo 15”, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, vLex, 2009 [consultado el 18 de agosto de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/60081811>; MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 172-173, que habla, no de imperativo legal, sino judicial; FERNÁNDEZ HIERRO, J., *LAU: comentario articulado*, Comares, Granada, 2004, p. 113; RODRÍGUEZ CEPEDA, E., “Comentario al artículo 15”, en *El nuevo arrendamiento urbano: régimen civil y registral*, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, p. 136; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al

da en la STS 861/2009 de 18 de enero, que estableció: “*el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo*”.

De esta forma, el cónyuge que resulta beneficiario por mor de lo dispuesto en la sentencia matrimonial, adquiere la cualidad de arrendatario por ministerio de la ley, asumiendo la posición jurídica que tenía el arrendatario inicial, con los derechos y obligaciones que conlleva la titularidad. Consecuentemente, el cónyuge que, hasta entonces, era titular arrendaticio, deja de serlo, desvinculándose del contrato y, con ello, de los derechos y obligaciones correspondientes<sup>426</sup>.

Se ha de decir que, frente al art. 8 LAU, que contempla, como requisito *sine qua non*, el consentimiento escrito del arrendador para que el arrendatario pueda ceder el contrato de arrendamiento (bajo sanción de resolución a instancia del arrendador [art. 27.2.c LAU]), el art. 15 LAU, de considerarse que contempla una subrogación *ex lege* —sin contar con el arrendador—, supondría una excepción.

Me resulta débil el argumento utilizado por algunos autores<sup>427</sup> que, a fin de defender la subrogación, se apoyan en el art. 1543 CC, referido al contenido del derecho de arrendamiento, para considerar ilógico que se mantenga como arrendatario a aquél que ha sido privado del uso de la cosa —vivienda—. No considero que sea suficiente fundamentar la existencia de una subrogación en un precepto que no contiene más que una definición legal, tan genérica e imprecisa —*v. gr.* “precio”—. Podría, incluso, argumentarse, en contra de tal razonamiento —como hace MORENO VELASCO—, que el titular arrendaticio sigue teniendo una posesión mediata, frente a la inmediata del cónyuge beneficiario, que le facultaría a defender también su derecho de uso e intervenir en aquellos procesos que lo amenazarán<sup>428</sup>.

Ciertos son, por otra parte, aquellos argumentos, en favor de la subrogación, relacionados con la vulnerabilidad de la posición del cónyuge beneficiario si el cónyuge ex-

---

artículo 96”, en *Código Civil comentado, op. cit.*, p. 524; PÉREZ UREÑA, A., “La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial: el interés casacional civil”, en *Diez años de abogados de familia (coord. DE ANDRÉS IRAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G.)*, La Ley, Madrid, 2003, p. 506. *Vid.*, asimismo, entre otras: SAP de Asturias de 4 de septiembre de 2000, SAP de Asturias de 14 de junio de 2002 o SAP de Navarra de 16 de marzo de 2011.

<sup>426</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ CEPEDA, E., *op. cit.*, p. 137. Aun conforme con ello, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 524, considera que, si el uso se atribuye en virtud de convenio, los cónyuges son libres de configurar el derecho de uso como estimen conveniente.

<sup>427</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ HIERRO, J., *op. cit.*, 1999, p. 115 y VENDRELL FERRER, E., “La vivienda familiar y su protección: comentario a la STC de 31 de octubre de 1986”, en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1987, p. 173.

<sup>428</sup> MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*



cluido del uso siguiese siendo el titular del derecho. En tal caso, este último podría dejar de ejercitar los derechos y atender a las obligaciones que la titularidad le atribuye: podría, así, cesar en el pago de la renta o aquellas otras cantidades cuyo pago se hubiese acordado en el contrato (art. 17 LAU)<sup>429</sup>; no ejercitar derechos de tanteo y retracto, dejando transcurrir los plazos de caducidad establecidos legalmente (art. 25 LAU); renunciar, desistir del contrato o no ejercitar la renovación al vencimiento (arts. 9 a 12 LAU), etc.

Además, si el titular siguiese siendo el primitivo titular que formalizó el contrato, se referirán a este —por ser titular— derechos tales como la subrogación *mortis causa* (art. 16 LAU) en caso de que fallezca. La LAU, si bien es cierto que, al tratar la subrogación *mortis causa*, habla de cónyuge que hubiera convivido con el arrendatario, no hace referencia a que dicha convivencia haya tenido que desarrollarse en la vivienda arrendada. Es, pues, perfectamente posible, que pudiera beneficiarse de esta subrogación el cónyuge de un ulterior matrimonio —o la pareja de hecho— del titular arrendaticio, que no ocupa la vivienda por habersele adjudicado al primer cónyuge, mientras que el cónyuge no titular, aun siendo el usuario por mor de la atribución judicial, al no ser arrendatario, no podría recurrir a este derecho.

Cierto es, asimismo, que resultaría incoherente que, en caso de nulidad, separación o divorcio, se niegue tal subrogación, cuando en caso de separación de hecho —según hemos visto—, el abandono de la vivienda por el cónyuge arrendatario faculta la subrogación en la condición de arrendatario (art. 12.3 LAU).

Es, además, la idea que parece tener el legislador cuando, en el Preámbulo de la LAU 1994, mantiene que “*en el arrendamiento de viviendas se opta por la supresión total de la subrogación «inter vivos», excepción hecha de la derivada de resolución judicial en procesos matrimoniales*”.

Frente a tales ventajas y argumentos a favor de la subrogación, ya tiempo atrás ROCA TRÍAS<sup>430</sup> había advertido que, no contemplándose en nuestro Derecho la subrogación

---

<sup>429</sup> En cuanto al pago de la renta, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 364, contempla la posibilidad de que, si es posible el acuerdo de los cónyuges homologado judicialmente, estos puedan acordar —en tanto que no contraviene el art. 6 LAU— una subrogación incompleta, de manera que el arrendatario inicial —no beneficiario del uso— asuma, como prestación alimenticia, seguir sufragando el alquiler de la vivienda (*vid.* SAP de Asturias de 28 de junio de 1996). Este último supuesto no excluye la necesidad de demandar también, ante el impago de la renta por el obligado, al nuevo arrendatario, pues la posible resolución del contrato en que podría desembocar el impago le afecta directamente.

<sup>430</sup> ROCA TRÍAS, E., “El convenio regulador...”, *op. cit.*, pp. 203 y 204; en el mismo sentido, en “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, p. 611.

temporal, una subrogación en la titularidad del arrendamiento chocaría con la propia regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar, pues, desaparecidas las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la atribución, el titular tiene derecho a recuperarla.

Diferentes opiniones se vertieron a fin de salvar este último escollo. SERRANO ALONSO<sup>431</sup> matizó que se trataba más bien de una suspensión temporal de esa condición, de modo tal que, desaparecida la causa de la adjudicación de la vivienda al otro cónyuge, el primero recobra su posición. COLINA GAREA<sup>432</sup>, por su parte, señala que tal suspensión, más que asimilarse a una cesión de contrato, se asemeja a la figura del subarriendo, pues “de lo que se trata es de conservar en suspenso tal titularidad, creando otra nueva que da derecho al cónyuge usuario a ocupar la posición de parte contractual”. Además — apunta— a esa cesión de “ida y vuelta” le falta la característica de ser un negocio de tracto único para ser calificada como cesión de contrato en sentido estricto.

Frente a tales objeciones, consideramos que en el supuesto en que varíen las circunstancias y se modifique la atribución del uso de la vivienda, sería suficiente con aplicar de nuevo el art. 15 LAU<sup>433</sup>, pese a que la expresión “*podrá continuar en el uso*” parezca indicativo precisamente de lo contrario, de la primera subrogación. Más discutible sería la posibilidad de que, llegado tal término, pueda el arrendador imponer de nuevo al primitivo arrendatario la reocupación de la vivienda por el tiempo que reste, algo a lo que, en principio, según las previsiones legales, tendría derecho<sup>434</sup>.

#### 2.4.2 Mera cesión del uso

La otra de las posibilidades apuntadas es que, en virtud de lo dispuesto por el art. 15 LAU, siguiendo la literalidad del precepto, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario lo único que conlleve sea una mera cesión del uso —que no del contrato—, manteniéndose la titularidad arrendaticia en el cónyuge no usuario<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 15 LAU”, *op. cit.*, p. 159.

<sup>432</sup> COLINA GAREA, R., “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, en *RDP*, núm. 4, 1998, p. 300.

<sup>433</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ CEPEDA, E., *op. cit.*, pp. 138 y 139. QUESADA GONZÁLEZ, M. T., *op. cit.*, p. 171, no observa dificultades para admitir que pueda quedar sin efecto si con posterioridad a la firmeza de la resolución judicial se alteran sustancialmente las circunstancias, al igual que pasa con el resto de medidas adoptadas en el procedimiento matrimonial.

<sup>434</sup> *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 362.

<sup>435</sup> *Vid.*, en este sentido: MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 253 y ss.; PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, *op. cit.*, p. 425; FUENTES LOJO, A. y FUENTES LOJO, J., *Apéndice a la noví-*

ACHÓN BRUÑÉN apuntó que el derecho del cónyuge ocupante procede de la decisión de una autoridad judicial en un proceso matrimonial, no sufriendo modificación el título que venía amparando la ocupación durante la convivencia familiar: el derecho de posesión del beneficiario se fundamenta en el contrato que suscribió su excónyuge; simplemente se alteran las facultades de goce del titular contractual de forma temporal<sup>436</sup>.

Varios son los argumentos que se han expuesto en defensa de esta tesis, más allá de aquel que ya hemos intentado rebatir en páginas anteriores sobre la necesidad, con carácter general, del consentimiento del arrendador para la cesión del contrato (art. 8 LAU).

El primero de los argumentos se refiere a la tramitación parlamentaria de la LAU 1994. El Proyecto de Ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 21 de febrero de 1994, en su art. 15.1 establecía que “*el cónyuge no arrendatario adquirirá también y de forma solidaria dicha condición por ministerio de la ley*”<sup>437</sup>. En el referido proyecto, el segundo de los párrafos del art. 15 comenzaba disponiendo: “*La adquisición de la condición de arrendatario deberá ser comunicada (...)*”. En la Exposición de Motivos se decía que, este reconocimiento *ex lege* de la condición de coarrendatario al cónyuge no titular, “*permite garantizar la situación*

---

*sima suma de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 45; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos: desistimiento. Arrendamiento de la vivienda familiar. Novación en la posición jurídica del arrendador. Novación en la posición jurídica del arrendatario”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 1, 1996, p. 477; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, en *AC*, núm. 15, 2012 [LA LEY 7820/2012]; MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*; VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 22; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., “Derecho de uso de la vivienda...”, *op. cit.*, pp. 22-23; FÍNEZ RATÓN, J., *op. cit.*, p. 214; OSSORIO SERRANO, J., *op. cit.*, p. 434; DÍAZ VALES, F., *La subrogación legal en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001 [consultado el 20 de agosto de 2017], disponible en: [http:// app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/389274](http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/389274); YÚFERA SALES, P. L., *op. cit.*, p. 152; PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (dir. Díez Núñez, J. J.)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 366; COLINA GAREA, R., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, p. 295; COLAS ESCANDÓN, A. M., *op. cit.*; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, pp. 28-29; DÍAZ VALES, F., *op. cit.*; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 69-70; o CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 197-198.

Entre las sentencias de la jurisprudencia menor que han descartado la subrogación, *vid.*, entre otras: SAP de Pontevedra de 3 de diciembre de 2000, SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2005, SAP de Guipúzcoa de 13 de febrero de 2006, SAP de Las Palmas de 3 de abril de 2007 o SAP de Las Islas Baleares de 23 de octubre de 2007.

<sup>436</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>437</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “La atribución judicial de la vivienda arrendada (a propósito de la STC 289/1993, de 4 de octubre)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 313, llamó la atención sobre la configuración de la cotitularidad arrendaticia como solidaria, por las consecuencias que pueden derivar: la solidaridad conlleva una legitimación indistinta sobre la totalidad de la propia posición jurídica que ostentan los excónyuges, lo cual permitiría a cualquiera de ellos disponer de la misma sin necesidad del consentimiento del otro.

*de éste y, al mismo tiempo, la del arrendador frente a quien continúa respondiendo el arrendatario original”.*

Por una parte, la enmienda núm. 433 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso, justificándolo en una mejora técnico-jurídica, un nuevo texto para este artículo en el que sustituía esa situación de coarrendamiento por la de subrogación: *“en el caso de separación judicial, divorcio y nulidad del matrimonio del arrendatario, si el otro cónyuge hubiere de continuar en la posesión de la vivienda, se producirá a su favor la subrogación en el arrendamiento”.*

Por otra parte, la enmienda núm. 311 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), propuso el texto siguiente *“En los casos de nulidad .../... el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil”.* La justificación la centra en que la Ley no debe alterar, más que en lo estrictamente necesario para satisfacer, en este caso, el interés protegido en los supuestos que contempla el precepto. Justificación que se completa en la sesión del Congreso de los Diputados celebrada el día 22 de junio de 1994, en la que el Sr. RECODER I MIRALLES mantiene que, con la alteración propuesta, el cónyuge no arrendatario adquirirá la condición de arrendatario *“si le es atribuida, bien por el convenio de separación, bien por la autoridad judicial, de acuerdo con los artículos 90 y 96 del Código Civil, pero no puede presuponerse que va a adquirir necesariamente la condición de arrendatario”.*

En gran medida, el texto propuesto por CiU para el primer párrafo del art. 15 LAU es el que se incluyó en el art. 15 del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso de los Diputados el 30 de junio de 1994 —publicado el 11 de julio del mismo año—, y, finalmente, en la LAU. No obstante, la Exposición de Motivos no varió hasta el texto aprobado por el Senado, pasando a decir: *“En estos casos, se reconoce «ex lege» a dicho cónyuge el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada por el tiempo que restare del contrato”.*

Respecto al segundo de los párrafos, en el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista, a través de la enmienda núm. 258, propuso, justificándolo en una mejora técnica, sustituir *“La adquisición de la condición de arrendatario...”* por *“La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda...”*. Tal consideración fue tomada en cuenta en el texto aprobado por el Senado en sesión del día 19 de octubre de 1994 —publicado el 28 de octubre del mismo año—, manteniéndose, asimismo, en el texto aprobado definiti-

vamente por el Congreso de los Diputados en sesión del día 3 de noviembre de 1994 — publicándose el 4 de noviembre del mismo año—.

En estas modificaciones sufridas por el texto desde su redacción originaria como Proyecto Ley hasta su aprobación definitiva, es en lo que se basan los seguidores de esta corriente para descartar la adquisición de la condición de arrendatario por parte del que no lo era inicialmente<sup>438</sup>.

El segundo de los argumentos, ligado al anterior, se basa en una interpretación literal y sistemática del precepto, en tanto que, la misma ley, cuando se ha querido referir a la subrogación la ha nombrado como tal (*vid.* art. 16 LAU: “*podrán subrogarse...*”). En el art. 15 LAU, en cambio, se habla de “*continuar en el uso*”, por lo que —defienden—, por una parte, se está refiriendo al mero uso, no a la titularidad arrendaticia, a lo que se une que continúa denominando al cónyuge no arrendatario como tal. Por otra parte, esa continuación a la que alude es síntoma de que se pretende mantener la situación previa a la ruptura, pero concentrando la posesión ahora únicamente en el que resulte beneficiario, al que se le concede el uso *ex lege* (art. 15 LAU) y *ope sententiae*, en tanto que la LAU lo garantiza cuando es atribuido por el juez en virtud de los arts. 90 y 96 CC<sup>439</sup>.

Ahora bien, lo que sí se defiende por esta corriente es que con el uso se transmiten las obligaciones vinculadas al uso de la vivienda (*v. gr.* obligación de poner en conocimiento del arrendador la necesidad de realizar las reparaciones necesarias *ex art.* 21.3 LAU), lo cual se configura, nuevamente, como un recurso sin base legal alguna, con el único fin de evitar los perjuicios que conlleva asumir esta postura.

En tercer lugar, se mantiene que, al igual que cuando el cónyuge no beneficiario es propietario —en vez de arrendatario— la sentencia no le priva de su titularidad, tampoco la sentencia habría de privar de su titularidad al que lo es de un derecho de arrendamiento y no resulta beneficiario del uso tras la ruptura. Considero, en cambio, que los dos supuestos de hecho referidos no son comparables pues, cuando el cónyuge no beneficiario es propietario —y no arrendatario— la situación sí podría salvarse mínimamente con la mera cesión del uso, en tanto que existen las disposiciones legales necesarias para evitar que el cónyuge que continúa siendo propietario perjudique el interés de su

---

<sup>438</sup> A esta tramitación parlamentaria, que acaba rechazando aquella primera redacción que reconocía la adquisición por el cónyuge beneficiario de la condición de cotitular, es a la que recurrimos también para rebatir una postura intermedia que defendía, precisamente, esta solución basada en la cotitularidad. Entre los que defendían tal postura intermedia, *vid.* PRATS ALBENTOSA, L., *op. cit.*, p. 146.

<sup>439</sup> COLINA GAREA, R., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, p. 295.

excónyuge, disposiciones que, por razones obvias, no existen respecto a un tercero propietario de la vivienda.

Al hilo de esto último, hemos de decir que, en lo que más se han detenido los defensores de la mera cesión de uso, es en rebatir aquel argumento que descartaba esta posibilidad por el perjuicio que podía conllevar, para el beneficiario del uso, que el cónyuge no usuario continuase siendo el titular del derecho arrendaticio. Se detiene especialmente en este punto MORENO VELASCO<sup>440</sup>. Al respecto, defiende el autor que, en cuanto a la enajenación del derecho arrendaticio, la misma quedaría vedada en virtud de lo dispuesto en el art. 96.IV CC. Respecto al no ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación de la vivienda, el nuevo propietario y arrendador queda subrogado en los derechos y obligaciones del antiguo arrendador y deberá respetar el uso del cónyuge beneficiario siempre que este hubiera procedido a la notificación preceptiva (*vid.* art. 14 LAU).

Si lo que se produjera fuese el desistimiento del contrato o la no renovación, si bien podría pensarse en combatirlo con los arts. 96.IV o 1320 CC antes de la LAU 1994, y con el art. 12 LAU, después, parece que este último precepto es más bien aplicable cuando el desistimiento o la no renovación tiene lugar inmediatamente de forma posterior a la separación de hecho. Considera MORENO VELASCO, asimismo, que el cónyuge usuario podría hacer uso del art. 6.2 CC —no validez de la renuncia cuando perjudique a tercero—, del art. 7.1 CC —incumplimiento del deber de ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe—, o del art. 7.2 CC —comportamiento constitutivo de abuso del derecho— siempre que se demuestre que la finalidad es la de causar un daño al cónyuge beneficiario del uso, lo cual, por otra parte, podría constituir una especie de prueba diabólica<sup>441</sup>.

En lo que respecta al problema que se podría presentar por el hecho de que el obligado al pago de la renta fuese el cónyuge no usuario —como titular que seguiría siendo—, se advierte que, en caso de impago, podría el cónyuge usuario hacer frente a las cantidades adeudas, repitiendo posteriormente contra su excónyuge; no obstante, ha de tenerse en cuenta que la enervación de la acción de desahucio no siempre es posible.

Estará, asimismo, el cónyuge beneficiario, legitimado para la defensa de los derechos arrendaticios que afecten a su uso; considera MORENO VELASCO la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre el cónyuge titular y el beneficiario siempre que el

---

<sup>440</sup> MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*

<sup>441</sup> *Vid.* COLINA GAREA, R., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 307-308.

procedimiento pueda afectar al uso de la vivienda y el cónyuge usuario hubiese notificado al arrendador la resolución judicial o este conociese, por otro medio, la existencia de la atribución.

### 2.4.3 La modificación del art. 15 LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio

#### 2.4.3.1 La previsión expresa de la subrogación *ex lege*

La discusión sobre la subrogación de la posición de arrendatario o la mera cesión de uso, que suscitó el interés de la doctrina y fue discutido también en la jurisprudencia menor<sup>442</sup>, sufrió un giro con la modificación del art. 15 LAU operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

Se incorporó en el párrafo primero, *in fine*, un nuevo inciso, en virtud del cual “*El cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento, pasará a ser el titular del contrato*”<sup>443</sup>.

Con esta nueva redacción parecen despejarse todo tipo de dudas, pues contempla literalmente una subrogación contractual, eso sí, siempre que se cumplan los dos presupuestos contemplados —la permanencia y el plazo—<sup>444</sup>. De ello podría extraerse, a *contrario sensu*, que, de no cumplirse ambos requisitos, lo que existiría sería una mera atribución de uso.

Cumpléndose los requisitos que establece el propio artículo, no parece que haya dudas sobre la aplicabilidad de la norma a aquellos casos en los que la separación o el di-

---

<sup>442</sup> Precisamente en los años anteriores a la modificación del precepto, la postura mayoritaria entre las Audiencias Provinciales fue la de considerar que la cesión del uso de la vivienda familiar por resolución judicial no modificaba la titularidad contractual, descartando, así, la cesión *ope legis* del contrato. *Vid.*, en este sentido, entre otras: SAP de Barcelona 661/2006 de 19 de diciembre, SAP de Madrid 658/2007 de 12 de julio o SAP de Barcelona 634/2009 de 30 de septiembre.

<sup>443</sup> Existen, no obstante, supuestos especiales. Es lo que ocurre en la STS 142/2017 de 1 de marzo. No existiendo hijos, el uso se atribuye al titular del contrato teniendo en cuenta, no solo que su interés es el más necesitado de protección (por cuestiones eminentemente económicas), sino también que se trata de un contrato de arrendamiento sujeto a la legislación administrativa de la Comunidad Autónoma Andaluza (vivienda VPO) y, por tanto, con sujeción a las causas de desahucio administrativo, por lo que se considera que, de atribuirse al otro cónyuge, el contrato podría ser rescindido por la Junta de Andalucía al no cumplir este último las condiciones requeridas para el acceso a este tipo de viviendas.

<sup>444</sup> *Vid.*: FUENTES LOJO, A., “Comentario al artículo 15”, en *Arrendamientos urbanos. Derecho sustantivo y procesal adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*, El Derecho, Madrid, 2013, pp. 130 y ss.; IBARRA SÁNCHEZ, J., *op. cit.*; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 352; LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 193; o CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 519.

vorcio se hayan efectuado por vía notarial a través de escritura pública, posibilidad contemplada en los arts. 82 y 87 CC<sup>445</sup>.

De la nueva redacción cabría criticarse el requisito —contemplado en la nueva redacción— de que la atribución del uso lo sea “*de forma permanente*”, máxime cuando venimos advirtiendo que la medida en cuestión es esencialmente temporal, especialmente cuando la pareja carece de hijos. De lo que no cabe duda es de que —como ya advertimos—, el propietario no tiene por qué soportar un plazo de duración contractual superior al convenido, pese al confusionismo al que pudiera llevarnos la redacción del precepto.

A este respecto, se pronuncia ACHÓN BRUÑÉN<sup>446</sup> recalcando la falta de claridad del precepto respecto a los supuestos en que no se producirá la novación subjetiva en el contrato de arrendamiento. Según lo contemplado en el precepto, si se atribuye el uso por un periodo inferior al del contrato, no se produce la subrogación<sup>447</sup>. Una cuestión que surge es si, en aquellos casos en que el contrato de arrendamiento sea inferior a tres años, se tiene en cuenta el plazo inicial o el que pueda alcanzarse a través de las prórrogas contempladas en el art. 9.1 LAU<sup>448</sup>. Al respecto, coincido con BRUÑÉN en que, a la vista de la literalidad del precepto, podrían entenderse incluidas las posibles prórrogas, pues no se refiere el precepto al “plazo pactado”, sino al que reste por cumplir.

Un debate doctrinal ha generado también la necesidad de notificación contemplada en el art. 15.2 LAU<sup>449</sup>, especialmente en lo que se refiere a las consecuencias que conlleva la omisión de la misma, a lo cual no se refiere el precepto. Hay quien ha defendido

---

<sup>445</sup> Vid. PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>446</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar”, en *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 115, 2014, p. 18.

<sup>447</sup> Vid. ORTEGA MELIÁN, C., “Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 745, quien considera que, de no cumplirse este requisito, solo habrá cesión de uso a favor del cónyuge adjudicatario. En sentido contrario, vid. PÉREZ CONESA, C., *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 72-73, quien considera que, de ser así, el derecho reconocido en el art. 15.1 LAU se haría depender, en definitiva, de lo que el juez resolviese en cuanto al tiempo por el que se otorga el uso.

<sup>448</sup> Art. 9.1.I LAU: “*La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo*”.

<sup>449</sup> Art. 15.2 LAU: “*La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda*”.



que la falta de notificación conlleva la resolución del contrato<sup>450</sup> y hay quien ha defendido que la subrogación es ineficaz frente al arrendador mientras no le sea notificada<sup>451</sup>. Nosotros consideramos que la falta de notificación lo que conlleva es que no se produzca la subrogación. En este sentido, PÉREZ UREÑA defiende que la ausencia de la comunicación legalmente exigida —o realizada extemporáneamente— conlleva la no generación de la subrogación del cónyuge no arrendatario a la que faculta la LAU, continuando, pues, como titular arrendaticio, el cónyuge no poseedor de la vivienda<sup>452</sup>. En sentido similar se pronuncia VALPUESTA, para quien “si no cumple, pierde tal derecho”<sup>453</sup>. Es cierto que la subrogación se produce *ex lege* al atribuirse el uso por sentencia matrimonial<sup>454</sup>, pero siempre que se cumplan los requisitos del art. 15.2 LAU<sup>455</sup>. De lo contrario, no tiene explicación el plazo de dos meses estipulado. Así se contempla también en una de las escasas sentencias del Alto Tribunal que se han dictado sobre el particular desde que se produjese la reforma de 2013. La STS 587/2015 de 26 de octubre establece que “la Sala considera que el artículo 15 LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo”.

En cuanto a la posibilidad de notificación extemporánea, nos posicionamos junto a PASQUAU LIAÑO<sup>456</sup>: si el deber de comunicar es una carga, no tiene sentido señalarle plazo, pues la propia noción de carga conlleva que entre tanto no se cumpla, no se obtienen las ventajas derivadas del cumplimiento. Si pasados dos meses, puede seguir no-

---

<sup>450</sup> Vid.: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 368; VÁZQUEZ BARROS, S., *op. cit.*; LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.* pp. 196-197; o ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>451</sup> Vid.: CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 533; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, pp. 64-65; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 254; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Los arrendamientos urbanos...”, *op. cit.*; MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*; FÍNEZ RATÓN, J., *op. cit.*, p. 215; MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda...*, *op. cit.*, pp. 160 y ss.; QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *op. cit.*, pp. 203 y ss.; MARTÍN CONTRERAS, L., *op. cit.*, pp. 172-173; FERNÁNDEZ HIERRO, J., *op. cit.*, pp. 174-175; o ELORRIAGA DE BONIS, F., *op. cit.*, p. 541. Vid., asimismo: SAP de Madrid de 8 de junio de 2007, SAP de Madrid de 3 de enero de 2006, SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000, SAP de La Coruña de 27 de septiembre de 2002, SAP de Barcelona de 19 de noviembre de 2008 o SAP de Madrid 208/2013 de 12 de abril.

<sup>452</sup> PÉREZ UREÑA, A., “La atribución de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 508. En el mismo sentido: ORTEGA MELIÁN, C., *op. cit.*, p. 745, para quien “sin notificación no hay subrogación”; o SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 15 LAU”, *op. cit.*, p. 158.

<sup>453</sup> Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, p. 967.

<sup>454</sup> Vid. COLAS ESCANDÓN, A. M., *op. cit.* Por su parte, FÍNEZ RATÓN, J., *op. cit.*, p. 214, pese a entender que la atribución del uso no confiere la condición de arrendatario, considera que el derecho a continuar en el uso se concede *ope legis*; en el mismo sentido, FUENTES LOJO, A. y FUENTES LOJO, J., *op. cit.*, p. 46, y OSSORIO SERRANO, J., *op. cit.*, p. 437.

<sup>455</sup> En contra, CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 387, quien considera que se trata de un derecho concedido *ex lege*, siendo la notificación, por tanto, una carga formal, cuya ausencia no puede perjudicar al arrendador, quien podrá exigir el pago de la renta al cónyuge contratante.

<sup>456</sup> PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, p. 375. En un sentido similar, QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *op. cit.*, pp. 203 y ss.

tificándose, el plazo carece de sentido. De ahí que considere que la existencia de plazo es síntoma de que no se ha configurado como una carga, pues o el mismo tiene carácter resolutorio, o no tiene sentido alguno. En este caso, más que resolutorio, si bien durante el plazo de dos meses estipulado podrá procederse a la notificación y que, con ella, se produzca la subrogación, una vez transcurrido el plazo ya no habrá posibilidad de que tal subrogación se produzca, continuando, entonces, como arrendatario, el primitivo arrendatario<sup>457</sup>.

Cuestión distinta es que, si el arrendador conoce la existencia del usuario y la admite por actos propios —como la aceptación de la renta pagada por el beneficiario del uso—, tal conocimiento —derivado de la necesaria buena fe contractual— tenga los mismos efectos que la notificación expresa. El principio de que nadie puede ir contra los actos propios impediría al arrendador desconocer un cambio en la persona del arrendatario que él mismo, con su conducta, ha venido a reconocer, aunque sea tácitamente<sup>458</sup>. La ya referida STS 587/2015 de 26 de octubre, establece: “*la propia sociedad actora reconoce en su demanda que la demandada no le hizo la comunicación que como requisito establece el párrafo segundo, así como que nunca pagó ninguna renta; con lo que no existió subrogación ni expresa ni tácitamente*”.

#### 2.4.3.2 Tratamiento de la cuestión en el Derecho extranjero.

Por esta opción de la subrogación o novación subjetiva es por la que han optado diferentes legisladores europeos:

En Francia (art. 1751.II CCfr.)<sup>459</sup>, se contempla una novación subjetiva, aunque partiendo de la consideración de un derecho de arrendamiento perteneciente, en todo caso, a ambos cónyuges<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> Para FÍNEZ RATÓN, J., *op. cit.*, p. 215, únicamente será ineficaz la notificación extemporánea cuando el proceso se encuentre en fase de dictar sentencia. Asimismo, OSSORIO SERRANO, J., *op. cit.*, p. 437.

<sup>458</sup> Vid.: ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, p. 18; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Los arrendamientos urbanos...”, *op. cit.*; MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*; o CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 204; RODRÍGUEZ CEPEDA, E., *op. cit.*, p. 140 y QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *op. cit.*, p. 206.

<sup>459</sup> Art. 1751.II CCfr.: “*En cas de divorce ou de séparation de corps, ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, à l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux*”.

<sup>460</sup> Vid. MAZARON, H. y RUBELLIN, P., *op. cit.*, p. 301, quienes apuntan que lo complicado no será evaluar los intereses en cuestión, sino fijar el importe de la compensación en beneficio del otro cónyuge, como permite el texto del precepto.

En Portugal, establece el art. 1105.1 CCport.<sup>461</sup> que los cónyuges podrán optar por la transmisión o por la concentración a favor de uno de ellos<sup>462</sup>, siendo al tribunal, en defecto de acuerdo, a quien corresponda decidir (art. 1105.2 CCport.). Al igual que en España, no se requiere del consentimiento del arrendador para la transmisión del derecho de arrendamiento<sup>463</sup>, como resultaría del principio general del art. 424.1 CCport. Sacrifica, así pues, el legislador, los intereses del arrendador en beneficio del mantenimiento de la casa de familia<sup>464</sup>.

La opción tomada por el legislador español es muy similar a la establecida por el legislador italiano en la Ley núm. 392 de 27 de julio de 1978, cuyo art. 6.I<sup>465</sup> establece la posibilidad de que el titular suceda al otro cónyuge en el contrato de arrendamiento, si el derecho de habitar en la casa hubiese sido atribuido judicialmente a este último. Es decir, admite una novación subjetiva de un arrendamiento del que uno de los cónyuges no era, hasta ahora, arrendatario. En el caso de que el contrato de arrendamiento hubiera sido estipulado por ambos cónyuges, el cónyuge atributivo se convierte en titular exclusivo<sup>466</sup>.

#### 2.4.3.3 Justificación de la medida

En cuanto a la justificación de esta medida adoptada en la LAU, hemos recordar que, a lo largo de esta obra, a la hora de justificar la limitación de la propiedad, nos hemos amparado, en varias ocasiones, en la función social de la propiedad, contemplada en el art. 33.2 CE. Ahora bien, lo hemos hecho siempre que aquel que se veía perjudicado — limitado en su propiedad— era uno de los cónyuges, pues, al comienzo de nuestra tesis,

---

TERRÉ F. y FENOUILLET, D., *op. cit.*, p. 237, apunta que, en cambio, si el derecho de arrendamiento es propio de uno de los cónyuges, el otro no puede reclamarlo cuando se disuelva el matrimonio.

<sup>461</sup> Art. 1105 CCport.: “1. Incidindo o arrendamento sobre casa de morada de família, o seu destino é, em caso de divórcio ou de separação judicial de pessoas e bens, decidido por acordo dos cônjuges, podendo estes optar pela transmissão ou pela concentração a favor de um deles.

2. Na falta de acordo, cabe ao tribunal decidir, tendo em conta a necessidade de cada um, os interesses dos filhos e outros factores relevantes.

3. A transferência ou a concentração acordadas e homologadas pelo juiz ou pelo conservador do registo civil ou a decisão judicial a elas relativa são notificadas oficiosamente ao senhorio”.

<sup>462</sup> Vid. PASSINHAS, S., *op. cit.*, p. 404.

<sup>463</sup> RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A., *op. cit.*, 2014, p. 218.

<sup>464</sup> PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G., *op. cit.*, p. 756, habla de sacrificio deliberado: “A lei, no caso de divórcio ou separação de pessoas e bens, sacrificou deliberadamente o interesse do senhorio ao interesse da proteção da casa de morada da família”.

<sup>465</sup> Art. 6.II de la Ley núm. 392 de 27 de julio de 1978: “In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo”.

<sup>466</sup> Vid. BONILINI, G., *op. cit.*, p. 209.

fundamentamos el art. 96 CC en la obligación de los padres de velar por sus hijos, así como en las expectativas que en los cónyuges generaba el matrimonio consentido por ambos.

En cambio, lo que no considero tan justificado es que se pueda sacrificar al propietario —arrendador— en razón de un —supuesto— interés familiar que le es ajeno. El cambio de arrendatario le puede generar un perjuicio, es evidente. Cuestión distinta sería que, simplemente, se le cediese el uso —como mantenía parte de la doctrina antes de la reforma de 2013— o, incluso, que como se contemplaba en el Proyecto de Ley, la atribución del uso al cónyuge no titular lo que conllevase fuese la adquisición, por este, de forma solidaria junto a su excónyuge, de la condición de titular —cotitular— por ministerio de ley; de esta forma sí que, como contemplaba la propia Exposición de Motivos, se garantizaba tanto la situación del cónyuge beneficiario como, al mismo tiempo, la del arrendador, pues frente a este último continuaba también respondiendo el arrendatario original.

En fin, pese a nuestra crítica al respecto, lo cierto es que, tras la nueva redacción del precepto, no caben dudas al respecto; aunque sigamos manteniendo nuestra disconformidad con la solución contemplada en el art. 15 LAU, ha de admitirse el cambio de arrendatario en tanto que así lo contempla expresamente la ley; en tal sentido, ya no hay lugar a interpretación. Así lo reconoce también la reciente SAP de Madrid 382/2016 de 11 de octubre, que habla de la concesión, al cónyuge no arrendatario, de la posibilidad de una cesión legal a su favor que, aun no siendo consentida por el arrendador, este debe soportarala siempre que se cumplan los requisitos.

#### 2.4.3.4 Sobre la aplicación a las medidas provisionales

Sabido es que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 103.2 y 104 CC, en sede de medidas provisionales, también se puede originar una decisión judicial que atribuya la vivienda arrendada al cónyuge no arrendatario, ya sea como medida previa, ya como medida coetánea a la demanda.

Surge la duda de si el art. 15 LAU es también aplicable en sede de medidas provisionales. El origen de la controversia tiene gran parte de razón en que la redacción originaria del art. 15.1 LAU, establecía que *“el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en*

los artículos 90 y 96 del Código Civil”, haciendo, así, referencia expresa y concreta a los arts. 90 y 96 CC.

Este tenor literal, así como el carácter de provisionalidad de las medidas previas y provisionales, llevó a muchos autores<sup>467</sup> a descartar la aplicación del art. 15 LAU en sede de medidas adoptadas al amparo de los arts. 103.2 y 104 CC ante el riesgo de que, una vez producida la subrogación, no se le atribuyese finalmente el uso de la vivienda en las medidas definitivas<sup>468</sup>. Por su parte, LOSCERTALES FUERTES.

Aun a la vista de tal redacción, hubo parte de la doctrina<sup>469</sup> que, apoyándose en una identidad de razón entre la atribución del uso de la vivienda familia en las medidas definitivas y la atribución realizada en las medidas provisionales y previas a la demanda, defendieron la aplicación analógica del art. 15 LAU a las decisiones judiciales adoptadas con carácter previo o provisional, pues consideraban que, de lo contrario, nos encontraríamos ante un vacío legal difícil de colmar.

Con la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, el primero de los párrafos del art. 15 LAU es objeto de una modificación consistente en la sustitución del inciso “*podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil*”, por otro más genérico del siguiente tenor: “*podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil que resulte de aplicación*” (el subrayado es nuestro). Tal modificación es consecuencia de las enmiendas presentadas<sup>470</sup> a fin de que, de esta forma, no quedase excluida la aplicación de la legislación territorial existente en la materia.

---

<sup>467</sup> Vid.: CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 525; RODRÍGUEZ CEPEDA, E., *op. cit.*, p. 134; PÉREZ UREÑA, A., “La atribución de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 509; OSSORIO SERRANO, J., *op. cit.*, p. 429; SERRANO ALONSO, E., “Comentario al artículo 15 LAU”, *op. cit.*, pp. 156-157; DÍAZ MÉNDEZ, N., LEGIDO LÓPEZ, E. y LOMBARDÍA DEL POZO, M. A., *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva ley de arrendamientos urbanos: aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 1995, p. 59; QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *op. cit.*, pp. 185 y ss.

<sup>468</sup> LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 196, razona que lo más conveniente en estos casos es notificar al arrendador la situación, a fin de que se tenga en cuenta al cónyuge que queda en la vivienda a todos los efectos sustantivos y procesales del arrendamiento.

<sup>469</sup> Vid. FERNÁNDEZ HIERRO, J., *op. cit.*, p. 115; DÍAZ VALES, F., *op. cit.*; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., *op. cit.*, p. 476; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, pp. 358-359; YÚFERA SALES, P. L., *op. cit.*, p. 151; PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, p. 365; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 206 y 207; ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, p. 59; MORENO VELASCO, V., “La atribución del uso...”, *op. cit.*; COLAS ESCANDÓN, A. M., *op. cit.*

<sup>470</sup> Enmienda núm. 52 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), enmienda núm. 92 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y enmienda núm. 11 del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA (Izquierda Plural).

Aun no siendo la *ratio* de la modificación el problema al que nos venimos refiriendo, sí que con la modificación operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, y la supresión de la referencia a los arts. 90 y 96 CC, podrían entenderse incluidos ya los arts. 103 y 104 CC, sobre medidas previas y provisionales.

Así, cuando el art. 15 LAU se refiere a la notificación de “*la resolución judicial correspondiente*” podemos entender comprendida tanto la sentencia que fije con carácter definitivo las medidas en el pleito matrimonial o que apruebe el convenio regulador (o el decreto o escritura pública, en su caso), como el auto que las determine con carácter provisional<sup>471</sup>.

Puede pensarse, si se quiere, que esta solución podría generar un problema en caso de quedar sin efecto o variarse en la sentencia la medida adoptada sobre la vivienda familiar, pero ante el mismo problema estaríamos si, adoptada la atribución del uso de la vivienda familiar como medida definitiva, después se produce una alteración en las circunstancias que se tuvieron en cuenta y se produce una modificación de la atribución.

## II. La cesión gratuita de la vivienda familiar

### 1. Introducción al problema: ¿precario o comodato?

Un supuesto que suele presentarse como habitual es que la vivienda familiar pertenezca a un tercero, ajeno a la relación matrimonial, y la misma venga siendo ocupada por el matrimonio y, en su caso, sus hijos, sin contraprestación alguna. Situación habitual cuando, tras el matrimonio, la escasez de recursos económicos lleva a los padres de uno de los recién casados a ceder a este el uso de una vivienda propiedad de aquellos<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> En contra, *vid.* CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 385, quien considera que, hasta que no haya sentencia definitiva, existirá una situación provisional en la que no se produce el efecto subrogatorio *ex lege*, sino que el cónyuge usuario permanecerá en el uso de la vivienda y el cónyuge contratante abandonará el inmueble y permanecerá como arrendatario.

<sup>472</sup> No siempre los terceros son los padres de uno de los cónyuges. Un supuesto diferente a este lo encontramos en la STS de 21 de mayo de 1990, que trae causa de un supuesto en el que, perteneciendo la vivienda a ambos cónyuges, muere la esposa. El marido contrae nuevo matrimonio, del que nacen varios hijos, y continúa ocupando la referida vivienda. Años más tarde, con la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria de la anterior esposa —fallecida—, la propiedad de la vivienda es adjudicada a uno de los hijos del anterior matrimonio. Poco después de habersele adjudicado la vivienda al referido hijo, sobreviene la crisis matrimonial del último matrimonio, siendo la vivienda familiar atribuida a la esposa e hijos. El hijo del anterior matrimonio —ahora titular privativo de la vivienda—, demanda a su padre y a la segunda esposa de este a fin de obtener el desahucio de esta última. Cabe también citar la STS 859/2009 de 14 de enero, en la que los cónyuges, propietarios de la vivienda familiar, la venden a una inmobiliaria, pero continúan viviendo en la misma. Posteriormente, ambos se

El problema acontece sobrevenida la crisis matrimonial y, más habitualmente, cuando la vivienda es propiedad de los padres de aquel cónyuge al que no se le atribuye el uso de la misma. Se presenta un conflicto entre el derecho de propiedad de aquellos — que quieren recuperar su vivienda— y el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la referida vivienda.

Como ya vimos al estudiar la naturaleza dinámica del derecho de uso atribuido *ex art.* 96 CC<sup>473</sup>, la naturaleza de este último vendrá determinada por el título en virtud del cual se venía ocupando la vivienda familiar durante la normalidad matrimonial, así como por lo convenido por los cónyuges o, en su defecto, impuesto por el juez. Se trata, pues, de determinar si aquella cesión del uso de la vivienda familiar fue en virtud de un contrato de comodato o si, por el contrario, ha de considerarse la existencia de una situación de precario.

En virtud del art. 1740 CC “*por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato (...)*”. Se trata, pues, de un contrato real, consistente en la entrega de una cosa no fungible por el comodante al comodatario, para que este la use gratuitamente (art. 1740.II CC) durante cierto tiempo, transcurrido el cual habrá de restituir la cosa. Su regulación se contiene en los arts. 1740 a 1752 CC.

Nos resulta a nosotros de interés detenernos, concretamente, en los arts. 1749 y 1750 CC, en los que se contemplan, respectivamente, las figuras del comodato y del precario —compartiendo ambas figuras las notas de posesión y gratuidad—<sup>474</sup>. Se habla de precario —en virtud del art. 1750 CC—<sup>475</sup> en aquellos supuestos de cesión gratuita<sup>476</sup> de

---

separan y el uso de la vivienda se atribuye a la esposa. Años más tarde, la inmobiliaria —propietaria—, vende el inmueble a unos terceros, los cuales ejercitan la acción reivindicatoria sobre la vivienda.

<sup>473</sup> Vid. *supra*, cap. primero, V.1.

<sup>474</sup> Sobre la controversia referente a si, en nuestro Derecho, el precario constituye una especie de comodato o se trata de una pura situación posesoria no contractual, *vid.* BELLO JANEIRO, D., *El precario: estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1997, pp. 25 y ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 244 y ss.; JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 67 y ss.; VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 37 y ss.; CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, EDERSA, Madrid, 1999; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil II: derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 802; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 172; BATALLER RUIZ, E., “Comentario al artículo 1750”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]*), vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 835 y ss.; MARÍN PÉREZ, P., “Comentario al artículo 1750”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.)*, t. XXII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2005 [consultado el 3 de marzo de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/263580>

<sup>475</sup> El art. 1750 CC es el único que —aunque no expresamente— se refiere a la figura del precario.

<sup>476</sup> La STS de 30 de octubre de 1986 establece que “*el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista no está constituido por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa*

una cosa no fungible para su uso “*si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra*”<sup>477</sup>. Es decir, aquellos supuestos en los que no existe ningún instrumento que permita fijar temporalmente la extensión del contrato.

Las posibilidades que surgen en un supuesto de hecho como el que estamos analizando se contemplan de forma sucinta y clara en la STS 1022/2005 de 26 de diciembre, la cual afirma que, cuando nos encontramos ante una posesión concedida a título gratuito y revocable puede suceder una de estas dos posibilidades:

*“1ª Que exista una auténtica relación contractual que justifica la posesión; deben aplicarse los efectos que el Código civil atribuye al comodato, de manera que deberá aplicarse el artículo 1750 del Código civil, sin olvidar las limitaciones que establece el artículo 1749 del Código civil cuando se pactó un uso concreto y determinado, en este caso, la utilización por la familia del hijo del concedente (...)”.*

*“2ª Que se trate de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso nos hallamos ante un simple precario, que la sentencia de 30 de octubre de 1986 define como el «[...] disfrute o simple tenencia de una cosa sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor, o sin ella»”.*

La diferencia entre una figura y otra —comodato y precario—, en lo que a sus consecuencias se refiere, son importantes. Encontrándonos ante el comodato del art. 1749 CC, el comodante únicamente podrá reclamar la cosa cuando haya transcurrido el tiempo establecido o cuando haya concluido el uso para el que se entregó, contemplándose

---

*entrega por cuenta propia y a título de merced o de alquiler por el arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga siendo acatada la entrega, en tal concepto, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que sobre el ocupante de los bienes pesen en su propia utilidad como los de luz, gas, calefacción y conservación”.*

<sup>477</sup> Sobre el concepto de precario, dice BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, op. cit., pp. 20-21: “la situación de precario consiste en usar o disfrutar de una cosa ajena sin pagar renta o merced y sin que exista título alguno que dé derecho a poseer al que se halla en dicha situación”. En el concepto de precario, como contempla la STS 1244/1992 de 31 de diciembre, están comprendidos “*todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho a ello*” y añade que “*la concepción amplia del precario comprende, por ello, los supuestos de posesión concedida o tolerada o simplemente las situaciones posesorias de puro hecho*” (vid., en el mismo sentido: SSTS de 13 de febrero de 1958, 30 de octubre de 1986 o 31 de enero de 1995). Asimismo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 459, afirman que “el precario es una situación posesoria que, en ocasiones, puede tener su origen en un contrato que confiere la tenencia de la cosa, contrato que es una variedad del comodato, y que, en otras ocasiones, puede tener su origen en causas de naturaleza diversa (tolerancia, beneplácito, falta de título, etc.). Por ello puede decirse que el precario se califica más por sus efectos que por la causa de los mismos”.



en el precepto como única excepción, que “*si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución*”. En el caso de que nos encontremos ante un precario (art. 1750 CC), el “comodante” podrá reclamar la cosa a su voluntad, sin que pueda oponérsele la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia<sup>478</sup>.

Es fácil imaginar cuál ha sido la postura adoptada por las distintas partes. Mientras que el excónyuge que resulta beneficiario del uso de la vivienda se ha venido afanando en defender que la referida cesión era constitutiva de un comodato, el propietario de la vivienda ha hecho lo propio para defender que nos encontramos ante una clara situación de precario, razón por la cual habría de prosperar, en su caso, la acción de desahucio.

La clave, a fin de conocer si a nuestro supuesto de hecho le es aplicable el art. 1749 o el art. 1750 CC —es decir, si se trata de un comodato o de un precario—, será, según lo que hemos afirmado, si la duración venía fijada de alguno de los tres modos que hemos referido y que se contemplan en el art. 1750 CC<sup>479</sup>.

La primera forma para fijar la duración es el pacto expreso entre las partes, el cual puede tener lugar, bien pactándose la fecha exacta —determinada— en que concluirá el comodato, bien siendo objetivamente determinable el plazo sin necesidad de nuevo acuerdo —haciendo depender su duración de la concurrencia de determinadas circunstancias o de un acontecimiento futuro que necesariamente ha de llegar aunque no se sepa cuándo (v. gr. cesión del uso de la vivienda hasta que nazca el hijo de su nuera embarazada o hasta que concluya la obra de la que será la vivienda familiar, etc.)—, siendo posible incluso descubrir la duración por vía de interpretación. No se entenderá, en cambio, que existe una delimitación temporal cuando la duración dependa de una condición resolutoria, que puede suceder o no (v. gr. cesión del uso de la vivienda con finalización si se produce la ruptura matrimonial), pues no hay una limitación temporal, por lo que no se puede entender la existencia de comodato. Más allá del pacto expreso, los otros modos a través de los cuales poder fijar la duración del comodato son: a través

---

<sup>478</sup> Un supuesto particular, que se ha presentado a nivel de Audiencias Provinciales, es aquel en el que lo que cede el tercero no es una vivienda, sino un solar, o la posibilidad de construir otra vivienda sobre la propia. En estos supuestos no cabe la acción de desahucio por precario, en tanto que el demandante, en este caso, no es propietario, usufructuario o titular de un derecho a poseer la vivienda. No cedió ese bien, básicamente, porque no existía cuando se realizó el acto de tolerancia, que fue respecto a otro objeto diferente (vid. SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007).

<sup>479</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, M., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en *RDP*, núm. 2, 2008, p. 20.

del uso concreto y determinado al que ha de destinarse la cosa prestada, o a través de la costumbre de la tierra (art. 1750 CC).

En el supuesto de hecho en el que nos situamos —padres que ceden el uso de un inmueble a uno de los hijos para que constituya en ella la vivienda familiar—, el problema es que lo usual no es pactar de forma expresa un plazo determinado. Tampoco existe una “*costumbre de la tierra*” en virtud de la cual poder fijar la duración del comodato. Por tanto, la única posibilidad de que pueda considerarse que la cesión constituye un contrato de comodato sería que la duración del comodato viniese fijada por el uso al que ha de destinarse la cosa prestada (v. gr. préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar), extinguiéndose el contrato cuando finalice el uso acordado.

Ahora bien, no se trata de un uso cualquiera. Como mantiene la STS 910/2008 de 2 de octubre, a fin de determinar si la relación jurídica ante la que nos encontramos corresponde a un contrato de comodato o a una situación de precario, “*se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado*”<sup>480</sup>. Así, este uso ha de ser en cualquier caso específico, no el genérico y propio de la cosa según su destino —según las características que le son propias—, y ello con independencia de que la relación jurídica se deduzca o resulte implícitamente de los actos de las partes, de las circunstancias fácticas del caso (cfr. SSTS 910/2008 de 2 de octubre y 1025/2008 de 29 de octubre, interviniendo en ambas, como ponente, el Excmo. Sr. SIERRA GIL DE LA CUESTA)<sup>481</sup>.

He aquí la cuestión que ha hecho que la jurisprudencia haya fluctuado de una forma significativa y casi alarmante, como veremos a continuación: ¿puede considerarse que el uso del inmueble en cuestión como vivienda familiar —para satisfacer una necesidad familiar— es un uso preciso y determinado —y, por tanto, se puede defender el comodato— o, por el contrario, es el genérico y propio de la cosa —en cuyo caso solo cabría la situación de precario—?<sup>482</sup>

---

<sup>480</sup> Posición particular es la de MORENO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 471, para quien en la cesión siempre hay una razón, causa o interés del propietario en la cesión, viniendo la naturaleza de la relación jurídica concreta determinada por su constancia (comodato) o no (precario).

<sup>481</sup> Sobre la necesidad de ese uso concreto y determinado se ha pronunciado también, aun no relacionada con nuestro objeto de estudio, la STS 474/2009 de 30 de junio, que alude, a su vez, a las de 15 de diciembre de 1984, 16 de marzo de 2004 o 15 de octubre de 2004.

<sup>482</sup> Vid. CUADRADO PÉREZ, C., “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, en *RCDI*, núm. 734, 2012, p. 3173 o ORTEGA MELIÁN, C., *op. cit.*, pp. 748 y ss.

## 2. Existencia de un contrato de comodato

Una de las primeras sentencias que se ocupó sobre el particular fue la STS de 30 de noviembre de 1964, previa a la existencia del actual art. 96 CC, que optó por reconocer la existencia de una situación de precario<sup>483</sup>. Una vez incorporado el actual art. 96 a nuestro Código Civil, es la STS 1118/1992 de 2 de diciembre, una de las primeras que se pronuncia sobre este asunto, considerando que la cesión —a la que nos venimos refiriendo en este epígrafe—, es constitutiva de un contrato de comodato<sup>484</sup>. El Alto Tribunal mantiene que es causa de la cesión la de “*servir de vivienda, es decir para habitarla los esposos con sus hijas —nietas de los actores— (...) siempre en aras de prestar una ayuda económica al hijo en su matrimonio y a las nietas*” y añade:

*“está fijado tal uso por la proyección unilateral que al comodato se le inviste por la doctrina mayoritaria que consiste en servir de habitación a la familia de los demandados y sus hijas y como tal uso preciso y determinado lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1.749 y 1.750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda (...)”* (el subrayado es nuestro).

Pese a esta sentencia, los pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales se mantuvieron incluso después de la referida sentencia del Tribunal Supremo:

---

<sup>483</sup> El supuesto distaba del que después ha sido objeto de discusión. Se discutía si, de la entrega de la vivienda por favor al hijo del propietario al contraer matrimonio, podía extraerse la existencia de un derecho de habitación o, por el contrario, se trataba de una situación de precario. Descarta el Alto Tribunal la existencia de ningún tipo de derecho, en tanto que ni existe documento alguno ni se induce racionalmente de la prueba: “*la cesión del uso y disfrute de una vivienda, a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente*”.

<sup>484</sup> En el supuesto de hecho de la STS de 21 de mayo de 1990, anterior a esta y que defendió la existencia de precario, no había existido una cesión como tal del uso de la vivienda, sino que —como se recordará de lo expuesto en la primera nota de este epígrafe— fue el hijo del primer matrimonio quien toleró, una vez convertido —por fallecimiento de su madre— en propietario de la vivienda, que en la misma continuase viviendo su padre con su nueva pareja, a la cual se le acabó atribuyendo el uso de la casa. El uso atribuido se mantendría, pues, mientras continuase la tolerancia. Así, mantiene el Tribunal Supremo: “*lo que no dice la sentencia ni puede decir es que de la mera tolerancia de un cotitular del piso, como es el señor M. hijo, puede surgir una adscripción definitiva en favor de personas con las que ningún vínculo de sangre ni afecto le unen*”. Vid. los comentarios a esta sentencia por GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, pp. 94-95, y por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a la STS de 21 de mayo de 1990”, en *CCJC*, núm. 23, 1990, pp. 667-674.

unas sentencias entendiendo que el uso no tenía un carácter específico y otras considerando que sí lo tenían<sup>485</sup>.

En su consideración de la existencia del comodato, el Alto Tribunal atiende, asimismo, a que “*tampoco se ha justificado ni alegado siquiera en la misma la necesidad urgente de los dueños para recuperar el piso*”; es decir, descarta la única excepción que —como vimos— contiene el art. 1749 CC para posibilitar la reclamación de la restitución de la cosa por el comodante antes del transcurso de los plazos referidos: la urgente necesidad de la cosa.

El Tribunal, en aras de proteger, por encima de todo, a la familia y la vivienda familiar, acude a un título —el comodato—, amparado en un uso, al que considera concreto y determinado, que es, cuanto menos, discutible<sup>486</sup>, pero que le sirve a fin de evitar el inevitable lanzamiento que conlleva la confirmación del precario<sup>487</sup>. Como mantiene HORNERO MÉNDEZ, hay un interés previsible “dada la índole de las historias que subyacen en estos supuestos, por salvaguardar la justicia del caso”<sup>488</sup>.

Lo resuelto en esta sentencia tuvo, dentro de la doctrina, tanto sus defensores<sup>489</sup>, como sus detractores. Entre estos últimos cabe citar a RAMS ALBESA, quien consideró que el concepto de vivienda familiar y su proporcionada o desproporcionada protección —según los casos— en interés de los hijos menores, no deroga en un ápice la disciplina de la propiedad y de los demás derechos reales, ni sus normas de generación, transmisión, protección y defensa: “no constituye en sí misma un título, ni un interés de orden públi-

---

<sup>485</sup> Entre las primeras —que sostenían la existencia de un precario—, *vid.*, entre otras: SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995, SAP de Córdoba 185/1996 de 16 de julio, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de diciembre de 1996, SAP de Córdoba de 5 de febrero de 1997, SAP de Jaén de 17 de junio de 1997 o SAP de Baleares de 31 de julio de 1997. Entre las que seguían lo dispuesto por la STS de 2 de diciembre de 1992 —defendiendo, así, la existencia de comodato—, *vid.*, entre otras: SAP de Burgos de 10 de marzo de 1994, SAP de Barcelona de 12 de mayo de 1994, SAP de Zaragoza de 30 de noviembre de 1994, SAP de Guadalajara de 2 de febrero de 1995, SAP de Cádiz de 2 de febrero de 1995, SAP de Huesca de 13 de marzo de 1996 o SAP de Soria de 12 de diciembre de 1996.

<sup>486</sup> Así lo considera también PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 117.

<sup>487</sup> Ese interés del Tribunal Supremo por la protección, por encima de todo, de la familia y la vivienda familiar, puede apreciarse de forma quizás aún más evidente en la STS 905/1994 de 18 de octubre. Aunque también niega la existencia de una situación de precario, en esta ocasión no es porque admita la existencia de un comodato, sino porque el Tribunal Supremo considera que el título posesorio del beneficiario del uso deriva del convenio regulador que “*hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar*”, descartando, así, que se tratase de un uso ocupacional meramente tolerado o clandestino. En esta ocasión, pues, el Tribunal llega a admitir que la atribución constituye un derecho nuevo, posibilidad que ya descartamos nosotros al estudiar la naturaleza dinámica del derecho de uso. *Vid.* BELLO JANEIRO, D., “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, en *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 331-346.

<sup>488</sup> HORNERO MÉNDEZ, C., “Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”, en *RADP*, núm. 5, 2000, p. 142.

<sup>489</sup> *Vid.* PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 141.

co civil que sirva de causa para justificar una expropiación forzosa del uso, que es como en el caso a examen opera”<sup>490</sup>.

Hasta tal punto es discutible que exista tal uso concreto y determinado que llama la atención que el Tribunal, en la sentencia, tenga que recurrir a valoraciones sobre la buena o mala fe (*cf.* art. 7.1 CC) respecto a la acción reivindicatoria instada, factor irrelevante a estos efectos. Afirma, así, la antedicha sentencia, que el ejercicio de la acción de reclamación es “*sospechosamente posterior al divorcio del hijo y adjudicación a la esposa —nuera de los actores—, y a las hijas —nietas de los demandantes—, para que ellas continúen habitando el piso en concepto de hogar conyugal o familiar*”<sup>491</sup>. Frente a ello, se ha de decir que, en los casos de los que nos ocupamos, la acción de desahucio se apoya en preceptos legales que la amparan (art. 250.1 Ley de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC]); es más, hay un fin legítimo como es recuperar la utilidad del inmueble —beneficiándose de lo que es suyo—, lo cual comportará al cónyuge atributivo del uso, más que un perjuicio, el cese de un beneficio<sup>492</sup>.

## 2.1 Conversión del comodato en precario tras la disolución del matrimonio

Es, sin embargo, la STS 1022/2005 de 26 de diciembre, la que sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. En esta sentencia, y en otras que la siguen, el Tribunal Supremo considera la existencia de un comodato durante la estabilidad matrimonial, aunque sin ofrecer mayor explicación.

---

<sup>490</sup> RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 30, 1992, pp. 1080-1082, y añade: “la solución del problema de la vivienda no puede pasar por la expropiación judicial del uso sin justificación legal alguna a sus legítimos propietarios o titulares, convirtiéndolos en los financiadores involuntarios y forzosos de una crisis en la que por principio son ajenos; en todo caso la solución debe provenir de los propios cónyuges con los arreglos económicos que procedan”.

<sup>491</sup> También en la STS 905/1994 de 18 de octubre, se hace referencia a una sospechosa situación de con-fabulación por parte de la familia del marido contra la recurrente y sus hijos. O la STS 253/2009 de 13 de abril, que apunta la posible mala fe ya que, solo tras el convenio que atribuye el uso a su nuera y nieto, la propietaria decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble. *Vid.* CREMADES GARCÍA, P., “Comentario a la STS de 13 de abril de 2009”, en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 707 y ss., quien apunta la posibilidad de considerar la mala fe atendiendo a los datos concretos del caso, como el hecho de que se adquiriera un usufructo sabiendo que no lo podría disfrutar o la proximidad en las fechas entre la constitución del usufructo y la ruptura matrimonial. A ello, podríamos nosotros objetar que, si la entonces esposa no estaba de acuerdo con la venta del usufructo de la vivienda familiar, debió haberse opuesto al acto de disposición (art. 1320 CC) o haber instado la nulidad del contrato en aquel momento (art. 1322 CC).

<sup>492</sup> *Vid.* SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.; en el mismo sentido, TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Comentario al artículo 1750” (actualizado por LÓPEZ MAZA, S.), en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 2283, para quien el que ejercita un derecho para satisfacer el interés que el derecho ampara, no abusa del mismo, sino que simplemente lo usa.

Entre las sentencias que la siguieron, a fin de justificar el comodato, la STS 910/2008, de 2 de octubre, afirma que el uso concreto y determinado —en cuya importancia venimos insistiendo— puede consistir en la utilización del inmueble *“como hogar conyugal o familiar”*, precisando que la cesión de la vivienda por sus titulares se hizo *“en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar”*; la STS 1025/2008 de 29 de octubre, tras reiterar lo afirmado en la anterior, fija ese uso concreto y determinado en *“su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no contase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación”*.

En cambio, a diferencia de aquella sentencia de 1992, el Tribunal, en estas otras sentencias, concluye, aun sin extenderse en su fundamentación, que, una vez acaecida la disolución del matrimonio, se produce una conversión del comodato en precario, por cesar la razón de ser del contrato: *“al haberse convertido en un precario la posesión concedida inicialmente”* dice STS 1022/2005 de 26 de diciembre. La STS 910/2008 de 2 de octubre, por su parte, acaba fijando, como doctrina jurisprudencial, seguida por otras muchas sentencias<sup>493</sup>, la siguiente:

*“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”*<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> Vid., entre las pertenecientes al Tribunal Supremo, las siguientes: SSTS 1025/2008 de 29 de octubre, 1037/2008 de 30 de octubre, 1077/2008 de 13 de noviembre, 653/2009 de 22 de octubre, 859/2009 de 14 de enero o 178/2011 de 18 de marzo.

<sup>494</sup> Lo cual no obsta a que haya casos en los que sí sea posible que el comodato se mantenga después de la disolución matrimonial, según las circunstancias concretas de la cesión. Es el caso de la SAP de Murcia de 21 de octubre de 2010, en la que se acuerda la custodia compartida del hijo menor en la vivienda familiar de forma alternativa, hasta que el menor alcance la independencia económica. Se advierte la existencia de comodato por considerar que no se trata de un mero uso del inmueble como vivienda, sino de un uso concreto y determinado que tiene como fin atender al hijo común, y que durará mientras que el hijo sea dependientemente económicamente y precise de la atención de los padres. Un dato importante que se tiene en consideración es que la suegra, propietaria de la vivienda, acompañó a su hijo al Juzgado el día del divorcio y mostró su conformidad con el convenio que allí se ratificó.

Llama, por otra parte, la atención, por su excepcionalidad respecto a lo expuesto en el texto principal, la STS 253/2009, de 13 de abril. El propietario de la vivienda es el cónyuge no beneficiario, que, durante la estabilidad matrimonial, vende el usufructo de la casa a sus padres, quienes, en el momento en que se atribuye el uso a su nuera, instan el desahucio. El Tribunal defiende la calificación de la relación jurídica como de comodato, pero *“no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque (...) la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar*

### 3. Situación de precario *ab initio*

En la propia doctrina<sup>495</sup>, la gran totalidad de los autores están de acuerdo en considerar que, al menos, tras la crisis matrimonial, la situación es la de un precario, aun siendo cierto que, entre ellos, los hay que defienden la existencia de comodato durante la estabilidad matrimonial, y otros que no lo consideran así.

#### 3.1 Defensa de la tesis propuesta

No cabe duda de que no es posible dar una solución apriorística y general para todos los casos, siendo necesario indagar las circunstancias en que se produjo la cesión del inmueble y, consiguientemente, la voluntad de las partes en orden a configurar una u otra situación —la de comodato o la de precario—.

A diferencia de las sentencias señaladas en el apartado segundo, no considero que durante la estabilidad matrimonial pueda defenderse, con carácter general, la existencia de un contrato de comodato, aun convirtiéndose posteriormente en precario. Considero, así, con carácter general —sin perjuicio del análisis de cada supuesto—, la existencia de un precario desde el mismo momento de la cesión —precario *ab initio*—. Sobrevenida la crisis matrimonial, mediante la aplicación del art. 96 CC, se dará continuidad a tal uso en precario hasta que el propietario reclame la cosa; una vez instado el lanzamiento, si el excónyuge que vive en ella se opone a irse, ya no habrá precario, sino *interversio possessionis*.

---

*familiar, sino que continuara ese uso*”, a lo que añade “*estando determinado el uso a que había de destinarse la cosa prestada, no puede la comodante reclamarla a su voluntad*”. Vid., sobre esta sentencia: VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 22 y AGUILAR RUIZ, L., “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009”, en *RADP*, núm. 24, 2010, pp. 255 y ss.

<sup>495</sup> Vid.: PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 44; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 47; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss.; ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, p. 23 y en “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Los terceros ante la adjudicación...”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 72-73; CREMADÉS GARCÍA, P., “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, en *Revista de Sociales y Jurídicas*, núm. 3, 2008, pp. 16-23, y en “Comentario a la STS de 13 de abril de 2009”, *op. cit.*, pp. 704-711; MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006, [LA LEY 1535/2006]; SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

Esta consideración que hacemos de la situación de precario desde el mismo momento de la cesión de la vivienda se debe a varias razones:

En primer lugar, téngase de nuevo en cuenta aquí, como ya se ha tenido en consideración en otras partes de esta obra, que ha de partirse de los principios de presunción de libertad del dominio —interpretación restrictiva de las cargas—<sup>496</sup> y de autonomía de la voluntad, de modo que: ante todo, habrá que atenderse a lo acordado, pero si nada quedase claro —si comodato o precario—, debe presumirse la propiedad lo más libre posible, *ergo* entender que el uso de la vivienda es en precario<sup>497</sup>.

Es al cesionario a quien corresponde la carga de la prueba de haber estado en comodato. Así se contempla en el segundo párrafo del art. 1750 CC. Habrá de probar que se pactó la duración del comodato o el uso al que había de destinarse la cosa prestada. Ningún tipo de prueba, en principio, recae sobre los cedentes —los suegros, por lo general—; en ellos, salvo prueba en contrario, se ha de presumir la tolerancia.

Nótese, además, que, desde Roma, uno de los indicios para pensar en la precariedad es, precisamente, la familiaridad (una familiaridad que, en el tiempo, y por obra de la jurisprudencia, se ha ido ampliando para incluir la amistad, la vecindad, etc.). Es decir, *“el precario no es incompatible con la relación de parentesco por consanguinidad del dueño de la vivienda con uno de los cónyuges; por el contrario, se justifica por dicha relación”* (cfr. STS 1036/2008 de 30 de octubre)<sup>498</sup>.

En segundo lugar, se ha de atender a ese uso concreto y determinado que venimos requiriendo para poder hablar de comodato, a efectos de considerar si supone, o no, una referencia temporal concreta. A tales efectos hemos de referir dos tesis que, sobre este particular, considero interesantes.

Por una parte, PÉREZ DE ONTIVEROS mantiene que el término uso designa en el lenguaje corriente bien el empleo de una cosa o la utilidad o finalidad de ese mismo empleo. Considera que, en términos generales, puede decirse que el empleo de la cosa determina la existencia de una finalidad a la que se dirige ese mismo uso, pero que, desde un punto de vista teórico, y a efectos de su estudio, puede separarse uno y otro aspecto.

---

<sup>496</sup> También CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 3172, dice que si el contrato es gratuito las dudas habrán de resolverse en favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

<sup>497</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1269, en aplicación de aquel principio, señala que, si la duda es tan fundamental, para saber si hay o no derecho, en la duda hay que presumir la mera tenencia de cosa ajena, en precario, sin derecho a poseer.

<sup>498</sup> También BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, *op. cit.*, p. 76, mantiene que, existiendo una relación familiar o de parentesco, “es razonable presumir la existencia de graciosa concesión por el dueño y condición de precario del poseedor que ocupa le inmueble por acto de simple liberalidad, tolerancia o condescendencia de su familiar”.



De esta manera, “si el contrato de comodato tiene como objeto el préstamo de uso de un automóvil, considerando el uso como la finalidad a la que se dirige el empleo de este objeto, las partes podrán pactar la entrega del mismo a efectos de realizar un determinado viaje. A diferencia, desde la primera de las perspectivas fijada, la entrega del vehículo supone la posibilidad en general de la utilización del mismo, es decir, que el comodatario pueda conducirlo”<sup>499</sup>.

Por otra parte, es de interés la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993, que ha sido reiteradamente reproducida con posterioridad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. La referida sentencia apunta que es necesario diferenciar entre el “uso” concreto de la cosa para el cual se presta y el “destino” específico o “finalidad” de la misma. En este sentido —concreta—, mientras el destino se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos (v. gr. una vivienda para habitar en ella o un coche para circular), por el contrario, el uso al que alude el art. 1750 CC se refiere a una aplicación o servicio determinado “*como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración*”<sup>500</sup> (v. gr. préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.; a lo que nosotros podríamos añadir la cesión del uso de una vivienda a la familia hasta que termine y entregue por la promotora la casa en la que va a vivir la familia, etc.).

En virtud de lo expuesto, la cesión de la vivienda para habitarla por el cesionario y su familia —para satisfacer sus necesidades— corresponde con el destino y la finalidad propia y genérica del inmueble que sirve de habitación; no se refiere a una aplicación o servicio determinado o específico en el sentido que requiere el art. 1750 CC, como sería el caso —referido— de que la vivienda se cediese para pasar unas vacaciones, o para cubrir las necesidades de la familia mientras reparan la suya, o hasta que los hijos menores cumplan la mayoría de edad, etc.<sup>501</sup>

---

<sup>499</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 134; MARÍN LÓPEZ, M., “Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008”, en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 688-689, precisa que cuando se requiere que el uso lo sea “determinado” o “específico”, no se le está exigiendo que sea uno distinto al uso normal o genérico de la cosa (v. gr. vivienda para habitar), no se hace referencia al cómo, sino al para qué, es decir, la finalidad a la que se va a destinar la cosa prestada y cuyo cumplimiento se haya asociado a un periodo de tiempo concreto.

<sup>500</sup> Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, *op. cit.*

<sup>501</sup> Vid. TRUJILLO DÍEZ, I. J., *op. cit.*, p. 2283 y PARRA LUCÁN, M. A., “Comentario al artículo 1750”, en *Comentarios al Código Civil (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11960.

Téngase en cuenta que ese uso determinado al que ha de destinarse la cosa prestada es el que sirve como criterio de delimitación temporal del comodato; es decir, el tiempo de duración del comodato se fija en función del periodo de utilización del bien para el uso convenido<sup>502</sup>. En cambio, el uso del inmueble como vivienda familiar, sin más, no nos sirve a efectos de identificar un periodo de tiempo determinado. Es más, estaríamos sometiendo la duración del contrato a un hecho futuro o incierto — ¿la finalización de la necesidad económica de los beneficiarios? ¿el fin del matrimonio?— lo cual supone una condición que impide acotar temporalmente el contrato<sup>503</sup>.

Considerar el referido uso como concreto y determinado, conllevaría prácticamente la desaparición de la figura del precario: por un lado, porque bastaría alegar el mantenimiento de esa necesidad habitacional para que subsistiese el comodato<sup>504</sup>; en segundo lugar, porque, en la práctica totalidad de los casos, la finca urbana se cederá para tal fin —servir de habitación—.

Han existido resoluciones, como la STS 1034/2008 de 30 octubre, que parecen acercarse a lo que nosotros venimos defendiendo en este epígrafe, ya que rechazan, tras el análisis del caso concreto, que haya existido un comodato incluso antes de la ruptura de la convivencia conyugal<sup>505</sup>. En este sentido, dice:

*“ni el hecho en sí mismo de haber cedido la vivienda para su uso por el matrimonio sirve para definir los derechos y obligaciones propios de una relación de comodato, ni ésta se infiere de tal hecho, cuando no se ha concretado y determinado el uso específico de la vivienda cedida, más allá del genérico que le es propio de servir de morada o lugar de residencia”.*

Esta misma postura fue acogida, asimismo, por distintas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo<sup>506</sup>.

---

<sup>502</sup> Vid. BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, *op. cit.*, pp. 5-6, se refiere a tal uso como: “uso concreto que se debe realizar en cuanto tal uso en un espacio temporal, en el que se conoce su vencimiento, pero no se conoce su duración”.

<sup>503</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, M., “Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008”, *op. cit.*, pp. 685-686.

<sup>504</sup> Vid. TRUJILLO DÍEZ, I. J., *op. cit.*, p. 2283.

<sup>505</sup> La situación de precario durante la estabilidad matrimonial se observa claramente en la STS 386/2012 de 11 de junio, en la que el desahucio se insta por los propietarios no existiendo crisis matrimonial alguna y se concluye que la posesión de la vivienda por parte del matrimonio lo es en calidad de precaristas.

<sup>506</sup> Vid. SSTS 1036/2008 de 30 de octubre, 1078/2008 de 14 de noviembre, 443/2010 de 14 de julio, 727/2010 de 11 de noviembre, 299/2011 de 30 de abril, 160/2013 de 14 de marzo y 548/2014 de 14 de octubre.

### 3.2 La no alteración de la situación de precario por la atribución judicial del uso

Partiendo de la situación de precario, como ya anunciamos en el estudio de la naturaleza dinámica, la atribución judicial del uso de la vivienda familiar no altera o afecta esta situación en beneficio del atributario: el derecho de uso atribuido no es susceptible de otorgar a uno de los cónyuges un título de entidad superior al ostentado con anterioridad. Así lo decía el Alto Tribunal en la STS 1199/1994 de 31 de diciembre:

*“siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda”.*

La necesaria protección de la vivienda y de la familia es un argumento “*absolutamente aceptable cuando se trata de las relaciones entre cónyuges, pero no puede afectar a terceros que nada tienen que ver con el matrimonio*”, cuando estos ni tan siquiera han sido parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial (*vid.* SSTS 1022/2005 de 26 de diciembre y 910/2008 de 2 de octubre)<sup>507</sup>. En fin, como mantiene la STS 861/2009 de 18 de enero, la solución a estos conflictos debe enfocarse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios.

Nosotros, a lo largo de esta tesis, estamos abordando el problema patrimonial desde un enfoque del Derecho de familia —recuérdese cuando hablamos del carácter patrimonial y familiar al mismo tiempo del derecho de uso—: un enfoque personalista, social, propio del Derecho civil justo, que se traduce en la protección del interés más necesitado de protección —la protección del más débil—, acudiendo incluso a la función social de la propiedad para limitar el derecho de propiedad de aquél que es propietario de la

---

<sup>507</sup> Con anterioridad a estas resoluciones se había pronunciado en tal sentido BELLO JANEIRO, D., “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, *op. cit.*, pp. 341-342. En sentido contrario se muestra SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 227 y ss., quien se posiciona a favor de la atribución en caso de precario cuando los intereses que originaron el art. 96 CC sean especialmente relevantes.

vivienda, ahora bien, siempre que este último sea uno de los cónyuges y no un tercero ajeno a la relación<sup>508</sup>. Por eso, cuando estudiamos —en el epígrafe I de este capítulo— la vivienda familiar arrendada, criticamos el perjuicio que para el arrendador —tercero— conlleva la atribución del uso de la vivienda familiar y, con ella, la posible subrogación del arrendatario. En aquel supuesto —el de vivienda arrendada—, aunque lo criticamos, tuvimos que asumir tal solución porque es lo que el legislador ha contemplado expresamente en la LAU. Ahora, y aquí, al no existir una norma específica que resuelva el problema ni excepciones a los principios de libertad presunta de la propiedad, de interpretación restrictiva de sus cargas, etc.—, lo hemos interpretado de acuerdo con la tesis que venimos manteniendo y con los principios generales que hemos aplicado; de ahí que no hayamos considerado justificado hacer cargar al tercero con la necesidad habitacional de la familia, siguiendo con nuestra tesis.

En esta línea que venimos apuntando se pronuncia ya el art. 233-21.2 CCcat.<sup>509</sup>, que establece que “*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*”<sup>510</sup>, tenor que en el Preámbulo del Código catalán se justifica en los mismos términos en los que se han pronunciado las sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de referir<sup>511</sup>.

Nosotros, aun justificando, con carácter general, la situación de precario desde el momento de la cesión, defendemos —al igual que lo hace la STS 30 de octubre de 2008—, a fin de no dejar lugar a dudas, que, incluso en el supuesto de haberse considerado que existió título —comodato durante la estabilidad matrimonial— “*en cualquier caso, habría de considerarse desaparecido tras la ruptura de la convivencia conyugal*”.

---

<sup>508</sup> RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad: causas y remedios”, en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 129, mantiene que, por muy dignas de protección que sean las necesidades familiares, su satisfacción ha de hacerse por quien tiene la obligación de cubrirlas, y no con cargo a un tercero ajeno al vínculo conyugal. Y añade: “imponerles el mantenimiento *sine die* de un cesión que inicialmente creyeron pasajera y encima sin compensación alguna, se parece demasiado a una expropiación”. De expropiación habla también CUADRADO PÉREZ, C., *op. cit.*, p. 3173.

<sup>509</sup> En el mismo sentido al contemplado en el Código catalán se pronunciaba el art. 96 ALCP.

<sup>510</sup> Al tener la atribución del uso de la vivienda familiar un valor patrimonial, y ser tenida en consideración para fijar la cuantía del resto de pensiones, si posteriormente se procede al desahucio, podrá, asimismo, solicitarse una modificación de las pensiones. El art. 233-21.2 CCcat., en su último inciso, establece que “*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*”.

<sup>511</sup> Dice el Preámbulo: “*quienes ocupan la vivienda familiar en condición de precaristas no pueden obtener una protección posesoria superior a la que el precario proporciona a la familia*”. Aclara MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Análisis crítico...”, *op. cit.*, p. 207, que el legislador no excluye la atribución de la vivienda, sino que la ley lo que dice es que, en estos casos, la atribución cesará de forma automática en cuanto el titular del bien reclame el mismo.

Así, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, y desaparecido el comodato, a lo más, el uso podría continuar en precario.

En apoyo de la afirmación anterior, cabe decir que —como afirmamos al estudiar la naturaleza jurídica—<sup>512</sup> en el supuesto de hecho al que nos venimos refiriendo, es muy probable que la cesión se haya realizado —el comodato se haya constituido— en consideración a la persona del comodatario (*intuitu personae* [cfr. art. 1472 CC]) —el hijo o la hija, de los propietarios, por lo general—, para lo cual bastaría una consideración tácita, a la vista de su gratuidad (art. 1740.II CC). Considerándolo como contrato personalísimo, la cesión del uso de la vivienda a un tercero, distinto del inicial cesionario, extingue el contrato. El dato relevante sería el abandono del hijo de la vivienda de sus padres a causa de la crisis matrimonial, y no el que se haya dictado una sentencia judicial de separación o divorcio que atribuye su uso en exclusiva a la nuera<sup>513</sup>.

Se ha de reconocer, para concluir, que la solución a la cuestión que hemos defendido —precario *ab initio*— o incluso la adoptada por el Tribunal Supremo en otros muchos supuestos —precario desde la disolución del matrimonio—, da lugar a posibles supuestos de fraude por parte del cónyuge propietario de la vivienda. En tanto que la naturaleza del derecho de uso dependerá de cuál fuese el derecho en virtud del cual el matrimonio viniese usando la vivienda, el cónyuge propietario procurará que, en el momento de la atribución, sea propietario de la vivienda un tercero, para que así no tenga cabida el derecho de uso<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.4.

<sup>513</sup> Hay quien, como PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *op. cit.*, p. 141, considera que la realidad del uso de la vivienda por la totalidad de la familia del prestatario inclina a considerar que el préstamo de uso se otorgó en atención a dicha finalidad, “y este objetivo subsiste con independencia de que la misma sea ocupada por cualquiera de los cónyuges”. Frente a ello, considero que, no existiendo nada expreso, no puede interpretarse que esa haya sido la voluntad del cedente quien, con toda probabilidad, ha cedido la vivienda atendiendo, principalmente, a la necesidad de su hijo o hija.

<sup>514</sup> *Vid.*, en este sentido, la STS 69/2014 de 13 de febrero, en la que el propietario de la vivienda dona esta a su padre poco antes de que sobrevenga la crisis matrimonial y se atribuya el derecho de uso de la misma a la que había venido siendo su pareja. Nos encontramos, aunque el juzgador no lo haya advertido, ante una simulación contractual, la cual se produce, como contempla la STS 1065/2004 de 3 de noviembre, cuando la partes “*formalizan un contrato con el propósito de crear una apariencia de su existencia, pero sin voluntad de celebrarlo, de manera que la apariencia formal no se corresponde con la situación real*”. No existe la causa que nominalmente expresa, por responder a otra finalidad jurídica (*vid.*, en el mismo sentido, las SSTS 1 de julio de 1988, 221/1997 de 13 de marzo o 760/2006 20 de julio), siendo la consecuencia de la simulación contractual “*la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1.261-3º del Código Civil*” (SSTS 208/2007 de 22 de febrero y 236/2008 de 18 de marzo). Es más, como mantiene BLANDINO GARRIDO, M. A., “Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014”, en *RADP*, núm. 34, 2014, pp. 399 y 412., al vulnerarse una norma jurídica de carácter imperativo, podrá el juez actuar de oficio en defensa del ordenamiento (*vid.* SSTS de 1 de diciembre de 1964 y 1 de octubre de 1991).

### 3.3 Crítica a la postura del Tribunal Supremo

Nos parece incoherente el tratamiento que recibe el tercero propietario de la vivienda, por una parte, en el art. 15 LAU cuando la vivienda es arrendada y, por otra parte, en la jurisprudencia cuando existe un comodato, aun siendo uno y otro supuestos en los que los cónyuges han venido usando la vivienda propiedad de tercero en virtud de un derecho personal. Si bien en la LAU se superpone la protección de la familia y de la vivienda familiar al derecho de propiedad del tercero, no sucede lo propio cuando lo que existe es una cesión gratuita, supuesto en el que se defiende que el comodato pasa a ser una situación de precario, protegiéndose, así, al tercero.

Si se parte —como hace la jurisprudencia— de un comodato durante la estabilidad matrimonial, si lo que se quiere —que no es lo defendido por nosotros— es proteger la familia y la vivienda aun perjudicando a los terceros —como ocurre en el art. 15 LAU—, una opción consistiría en defender la continuidad de tal uso (en comodato) por aplicación *ope legis* del art. 96 CC cuando, pese a la crisis matrimonial, sigan persistiendo los intereses o las necesidades que, a buen seguro, motivaron el comodato; máxime teniendo en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, los terceros propietarios de la vivienda serán los padres de uno de los cónyuges, familiares —abuelos—, por tanto, de los hijos menores comunes del matrimonio en el casos de haberlos. Podría plantearse, incluso, si se quiere, aplicar aquí, para el art. 96 CC, el art. 15 LAU por analogía, pero la dificultad sería que, aunque arriendo y comodato son ambos derechos personales (aunque uno esencialmente oneroso y el otro gratuito), el art. 15 LAU es una norma excepcional —que excepciona principios generales— y, como tal, no es aplicable por analogía *ex art. 4.2 CC*.

### 3.4 El tratamiento de la cuestión en Italia

Precisamente la continuación del comodato es la opción por la que se apuesta en Italia, con el fin de favorecer la continuidad de los hijos en la vivienda familiar.

---

Sí se estima, en cambio, el fraude de ley, en la STS 232/2008 de 18 de marzo, en el que, fallecidos los propietarios de la vivienda —suegros de la beneficiaria del uso—, se adjudica por los herederos (*ex art. 1058 CC*) el referido inmueble a todos ellos por iguales partes excepto al excónyuge de la ahora beneficiaria —a su vez, el mayor partícipe en la herencia y el que tenía concedida la posesión de la casa—. Considera el Alto Tribunal que la partición se ha realizado con la finalidad de crear un título para la reivindicación, siendo de aplicación el art. 6.4 CC.

Se ha de partir de que el Código Civil italiano regula, asimismo, dos formas de “comodato”: el precario, que es como se le denomina cuando no se determina el plazo y no hay posibilidad de deducirlo del uso al que se destina la cosa (art. 1810 CCit.)<sup>515</sup> y el comodato propiamente dicho, en el caso de que la entrega de la cosa se realice por un plazo determinado o para un uso convenido (art. 1803<sup>516</sup> y 1809<sup>517</sup> CCit.). Dicho lo cual, el problema que se plantea es, prácticamente, el mismo que se ha planteado en España. Se trata, como mantiene PIETRO VIRGADAMO<sup>518</sup>, de resolver una cuestión: si el uso consistente en el destino del bien a residencia de la familia contiene, en sí mismo, un término —plazo— implícito de duración.

Para la Corte de Casación, el pacto de destinar el inmueble a casa familiar hace que el contrato surja para un uso determinado y, por ello, encuadrable en la figura del comodato *stricto sensu* de los arts. 1803 y 1809 CCit., siempre que la común intención de las partes fuese, efectivamente, la de destinar el bien a las exigencias habitacionales de la familia. Así, aun no habiendo establecido las partes un término expreso de finalización, será determinable *per relationem*, por la destinación a residencia de la familia del comodatario. Hasta aquí, los pronunciamientos de la jurisprudencia española e italiana no difieren en demasía<sup>519</sup>.

Ahora bien, se ha de partir de que el comodatario es solo uno de los cónyuges, normalmente el hijo al que sus padres —propietarios— ceden la vivienda, pues se entiende que —aunque nada se diga— estos últimos, realmente, se la ceden a su hijo para que viva con su familia —como nosotros hemos defendido en párrafos anteriores—. Pese a ello, en Italia, el fin coincidirá con la extinción de la exigencia habitacional de la familia

---

<sup>515</sup> Art. 1810 CCit.: “*Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede*”.

<sup>516</sup> Art. 1803 CCit.: “*Il comodato è il contratto col quale una parte consegna all'altra una cosa mobile o immobile, affinché se ne serva per un tempo o per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta. Il comodato è essenzialmente gratuito*”.

<sup>517</sup> Art. 1809 CCit.: “*Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto. Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata*”.

<sup>518</sup> VIRGADAMO, P., “Il comodato di casa familiare: un rapporto precario”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, pp. 150 y ss.

<sup>519</sup> Téngase en cuenta, además, que, en caso de duda en la interpretación, el art. 1371 CCit. establece que el contrato gratuito debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado —en este caso, el comodante—: “*Qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obligato, se e' a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti, se e' a titolo oneroso*”.

del comodatario, independientemente de que surja una crisis conyugal<sup>520</sup>. Es decir, la Corte de Casación admite, en este sentido, la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no comodatario en tanto que sea custodio de los hijos menores o conviva con hijos dependientes económicamente.

Y es aquí donde radica la diferencia con el tratamiento en España. En Italia, pese a la crisis matrimonial, y la atribución del uso al otro cónyuge, el comodante está obligado a consentir la continuación del uso previsto en el comodato; en definitiva, el comodato sigue vigente, por lo que el comodante no dispone de derecho para recuperar la cosa en cualquier momento (art. 1810 CCit.). Este derecho, en cambio, como hemos visto, sí le es reconocido por la jurisprudencia española al comodante una vez acaecida la crisis matrimonial, y atribuido el uso de su vivienda al otro cónyuge, en tanto que se entiende que se produce la conversión de comodato a precario. En virtud de lo referido, en Italia, tras la crisis matrimonial, y cumpliéndose los requisitos referidos, la única posibilidad del comodante de recuperar el inmueble será, pues, alegar una necesidad urgente y sobrevenida del comodante<sup>521</sup>, mientras que en España, al considerarse que el comodato ha derivado en precario tras la crisis, podrá pedirse la restitución en cualquier momento.

A la vista de lo anterior, bien es cierto que la solución aplicada por la jurisprudencia italiana favorece y protege a los hijos, que pueden conservar su *hábitat* —su entorno—. Sin embargo, no es menos cierto que se sacrifica de una forma excesiva al comodante, quien asiste a una sustitución del comodatario originario por otro —el beneficiario del uso—, pese al carácter personal del contrato<sup>522</sup>. De hecho, una opinión doctrinal italiana considera que el respeto al derecho de propiedad del comodante debería determinar, no solo la inoponibilidad de la asignación, sino también su imposibilidad jurídica<sup>523</sup>.

---

<sup>520</sup> Vid. Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448 (comentada por FANELLI, V., “Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione”, en *Diritto e Giustizia*, 30 de septiembre de 2014 [consultado el 9 de mayo de 2017], disponible en: [http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000069995/Casa\\_familiare\\_in\\_comodato\\_ed\\_interessi\\_protetti\\_quando\\_il\\_proprietario\\_ha\\_diritto\\_alla\\_restituzione.html](http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000069995/Casa_familiare_in_comodato_ed_interessi_protetti_quando_il_proprietario_ha_diritto_alla_restituzione.html)); Cass., 18 de diciembre de 2012, núm. 23361; Cass., 7 de agosto de 2012, núm. 14177; Cass., 21 de junio de 2011, núm. 13592.

<sup>521</sup> Vid. FREZZA, G., “Appunti e spunti...”, *op. cit.*

<sup>522</sup> Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3423.

<sup>523</sup> Vid. GABRIELLI, G., *op. cit.*, pp. 137 y ss.: “il diritto di proprietà del terzo, qui del comodante, deve essere integralmente rispettato, se preesistente all’assegnazione, come del resto, ad altro proposito, la stessa giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto. Il rispetto del diritto di proprietà del comodante esige, a ben vedere, non già che l’assegnazione gli sia semplicemente inopponibile, ma che essa non venga affatto disposta”; OBERTO, G., *Famiglia e rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 583; BARBIERA, L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 61.



#### 4. Vivienda propiedad de tercero y de uno de los cónyuges

Una característica especial, respecto a los casos anteriores, presentan aquellos otros supuestos en los que uno de los cónyuges es copropietario de la vivienda. Si el resto de copropietarios ha permitido el uso de la vivienda por este y su cónyuge con carácter exclusivo, sin haberse pactado contraprestación a cambio, duración de ese uso ni uso determinado del cual pudiera resultar el plazo, ¿cabe hablar de precario? ¿Es posible el precario entre copropietarios? La cuestión es clave pues, como hemos venido diciendo, el uso atribuido es oponible y defendible en la medida que lo sea el derecho del excónyuge copropietario.

Consideramos que sí es posible el precario entre comuneros, aunque no estemos de acuerdo con la fundamentación recogida en la sentencia STS 861/2009 de 18 de enero, que contempla este supuesto. Defiende el Tribunal que, pese a lo dispuesto en el art. 445 CC, el condominio no conlleva siempre coposesión, tratando, así, de evitar que, a la reclamación de la posesión por uno de los comuneros se le pueda oponer que, al existir indivisión, dicho comunero es poseedor<sup>524</sup>; acaba, en fin, reconociendo la existencia de precario, así como la posibilidad del otro comunero de ejercitar la acción de desahucio al ser favorable para la comunidad<sup>525</sup>.

No se encuentra, en cambio, en el art. 445 CC, la clave para resolver este supuesto. El art. 445 CC se refiere a “*la posesión como hecho*”, mientras que, si nos situamos en sede de precario, lo determinante es que el bien sea ajeno o sea poseído sin título y que

---

<sup>524</sup> Vid., al respecto, defendiendo la coposesión aunque uno solo tuviera la tenencia: MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.), t. VI, EDERSA, Madrid, 2005 [consultado el 2 de julio de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/253333>; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al artículo 394”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.), t. V, vol. II, EDERSA, Madrid, 1985 [consultado el 6 de junio de 2017], disponible en <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229939>. En sentido contrario: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, op. cit., pp. 70-71.

<sup>525</sup> STS 861/2009 de 18 de enero: “*la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el art. 445 CC admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla D<sup>a</sup> Amparo por haberla cedido a su hermano. (...) El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor (...) 2º La demandante ahora recurrida, D<sup>a</sup> Amparo, está legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad”.*

quien reclama el desalojo tenga el derecho a poseer<sup>526</sup>. Como se mantiene en el voto particular de la referida sentencia:

*“Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (artículo 394 del Código civil) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. 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”.*

Ahora bien, partiendo del art. 394 CC, si ese uso solidario no es posible o resulta incómodo, habrá de acudir al art. 398 CC, debiéndose organizar tal uso a través del acuerdo de la mayoría de los partícipes o, si no se alcanza tal mayoría, por parte del juez.

En el caso de que el comunero posea contra el acuerdo de la mayoría —una vez cumplida la finalidad para la que se prestó—<sup>527</sup>, existen distintas posturas sobre si tal comunero está en precario<sup>528</sup>.

---

<sup>526</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011, p. 359; HERNÁNDEZ GIL, A., “La posesión como institución jurídica y social”, en *Obras completas*, t. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, p. 405.

<sup>527</sup> En el supuesto de la STS 861/2009 de 18 de enero —de la que nos ocupamos—, se considera por el Tribunal que hubo cesión del uso unido a una finalidad concreta (el matrimonio) que se vuelve precario cuando sobreviene la crisis matrimonial.

<sup>528</sup> Autores como MARÍN VELARDE, A., “Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010”, en *RADP*, núm. 25, 2010, p. 293, o BELLO JANEIRO, D., *El precario...*, *op. cit.*, p. 51, entienden que no existe precario. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980, p. 270, reconoce cierta situación de precariedad desde el momento en que los restantes comuneros manifiestan al usuario su intención de no emplear ellos la cosa hasta nuevo aviso; tampoco descarta el precario MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al artículo 394”, *op. cit.*, o ARANA DE LA FUENTE, I., “Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987)”, en *Poder Judicial*, núm. 12, 1988, p. 124.

Nosotros entendemos, con MARTÍN MELÉNDEZ<sup>529</sup>, que resultará insuficiente el título del demandado para defender su posesión exclusiva cuando —atendiendo a las cuotas— quienes interpongan la acción representen la mayoría. En el supuesto al que se refiere la sentencia citada, ambos copropietarios tienen la misma cuota, por lo que no puede hablarse de precario a efectos de desahucio<sup>530</sup>. Lo procedente será, entonces, que se acuda al juez, en virtud del art. 398 CC, para que sea él quien decida sobre la distribución del uso. Tras la resolución del juez, estará en precario quien posea la vivienda en contra de lo establecido en la sentencia. Es la solución que parece acabar proponiéndose en el voto particular de la sentencia que comentamos, cuando, *in fine*, dice: “*no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios*”.

De esta forma, se cumpliría con lo que ya defendimos al tratar la naturaleza dinámica del derecho de uso<sup>531</sup>: si la vivienda es copropiedad de uno o ambos cónyuges y de uno o varios terceros, el derecho reconocido en el proceso matrimonial únicamente tiene eficacia *inter partes*, no afectando a otros titulares de derechos sobre la vivienda familiar, quienes podrán actuar en el sentido que se acaba de referir en el párrafo anterior.

## 5. Principio de tracto sucesivo

En relación con estos supuestos en los que la vivienda, propiedad de tercero, ha sido cedida gratuitamente, se ha pronunciado también, en numerosas ocasiones, la DGRN, denegando la inscripción con base en el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH)<sup>532</sup>. El Centro Directivo, partiendo del principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (*cfr.* art. 24 CE), afirma “*la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo*

---

<sup>529</sup> *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Procedencia o no...”, *op. cit.*, p. 362.

<sup>530</sup> Cierta relación con lo que venimos tratando guarda la STS 279/2016 de 28 de abril, en la que el Tribunal mantiene que la relación de precario no se ve modificada por la copropiedad sobrevenida, pues habría comenzado siendo también una relación de precario si el cónyuge hubiera sido cotitular de la vivienda en el momento en que se estableció en la misma el domicilio conyugal. En virtud de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 CC, la suscripción, por el marido —titular minoritario en la copropiedad—, del convenio en el que se atribuye el uso a la esposa, no puede modificar la situación de precario precedente, pues “*no tenía título dominical bastante*”.

<sup>531</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.1.

<sup>532</sup> *Vid.*, con relación al principio de tracto sucesivo con carácter general: RRDGRN de 19 de enero de 1993, 17 de febrero de 1993, 12 de febrero de 1998, 26 de marzo de 1998 o 12 de febrero de 2008.

*titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana” (vid. RDGRN de 25 de junio de 1998)<sup>533</sup>.*

De no procederse así —mantiene el Centro Directivo—, se estarían quebrantando, entre otros, el principio constitucional de salvaguarda jurisdiccional de derechos e intereses legítimos o principios registrales tales como el de salvaguarda jurisdiccional de asientos registrales (*cf.* arts. 1 y 40 LH), legitimación (*cf.* art. 38 LH) o tracto sucesivo (*cf.* art. 20 LH)<sup>534</sup>.

Sobre este principio de tracto sucesivo, al que reiteradamente ha recurrido la DGRN, se han de hacer dos observaciones:

La primera, que, no obstante lo referido, cabrá inscribir el uso en aquellos casos en los que, aun habiendo otros propietarios registrales, tenga inscrito a su favor uno de los cónyuges —el no beneficiario— un derecho que comprenda facultades de posesión y uso de la vivienda, según lo que afirmamos al estudiar la naturaleza dinámica del derecho de uso (*v. gr.* si el derecho que sirve de base es un usufructo: derecho sobre derecho)<sup>535</sup>.

La segunda observación, que estos pronunciamientos de la DGRN sobre el tracto sucesivo están realizados partiendo de su consideración del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho familiar, no real, pero eficaz frente a terceros y, por ello, inscribible en el Registro de la Propiedad. En cambio, nosotros le hemos reconocido a ese derecho de uso del art. 96 CC una naturaleza dinámica, que dependerá del título en virtud del cual se viniese usando la vivienda por los cónyuges. Desde el punto de vista de nuestra tesis, en los casos de los que nos venimos ocupando —vivienda propiedad de tercero cedida gratuitamente—, el uso atribuido no accederá al Registro de la Propiedad,

---

<sup>533</sup> En este mismo sentido se pronuncian, entre otras: RRDGRN de 25 de junio de 1998, 21 de junio de 2004 —vivienda cuyo usufructo pertenecía a personas distintas de las que suscribieron el Convenio Regulador—, 21 de enero de 2008 o 4 de septiembre de 2017. *Vid.*, asimismo, las RRDGRN de 18 de octubre de 2003, 23 de noviembre de 2012 y 30 de mayo de 2013, en las que se deniega la inscripción por pertenecer la vivienda a una sociedad —aunque uno de los cónyuges fuese su único accionista o administrador—.

Se ha de destacar, asimismo, por su particularidad, la RDGRN de 28 de mayo de 2005 que, en virtud del principio de tracto sucesivo, admite la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la esposa, pero solo sobre la cuarta parte indivisa de la vivienda que pertenece a su excónyuge —el resto se encuentra inscrita a nombre de tercero—. Entiende que, si bien la utilización de la cosa podrá tener limitaciones como consecuencia del usufructo existente, tal utilización será perfectamente posible cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide en la nuda propiedad. Por otra parte, mediante la referida constancia registral, se impide que la beneficiaria se vea afectada por un acto dispositivo de su excónyuge.

<sup>534</sup> *Vid.*, entre otras, las RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 o 17 de diciembre de 2002.

<sup>535</sup> BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar: aspectos registrales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015, p. 131.

pero no porque lo impida el principio de tracto sucesivo, sino porque no le hemos reconocido al derecho naturaleza real ni se trata de un derecho de crédito cuya inscribibilidad prevea la ley, por lo que no puede acceder al Registro de la Propiedad —no es un derecho inscribible—.

Supuesto distinto es el contemplado en la RDGRN de 19 de septiembre de 2007, en el que, aun siendo la vivienda propiedad de un tercero en el momento de atribuirse el uso, posteriormente, al solicitarse su inscripción, aquella ha pasado a ser titularidad del cónyuge no adjudicatario del derecho (por haberlo heredado tras fallecimiento de aquel tercero propietario). Mantiene el Centro Directivo que, de no haberse producido dicha adquisición, la sentencia no hubiera podido inscribirse, pero *“para cuando el fallo judicial se presenta en el Registro la finca está inscrita a nombre de la esposa, por lo que, conforme a lo antes razonado, nada se opone a la inscripción”*. En este caso, siendo la vivienda ya propiedad de un cónyuge, no existe tercero propietario, por lo que, siguiendo nuestra tesis, y atendiendo al fin de justicia social —familiar— de la medida del art. 96 CC, cabría configurar el uso como un derecho real y así proteger el interés familiar más débil.



# CAPÍTULO TERCERO

## INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Concluimos el capítulo primero afirmando que, atendiendo a los elementos que componen uno y otro derecho —real y personal—, el derecho contemplado en el art. 96 CC, es susceptible de ser calificado como un derecho de naturaleza real.

Siendo, pues, susceptible de tal calificación, la justificación de su naturaleza real — como ya advertimos— viene apoyada, fundamentalmente, en dos motivos: el primero, la necesidad de dotar al derecho de los efectos propios del derecho real y reconocer su inscripción en el Registro de la Propiedad para alcanzar el fin previsto con la norma; el segundo, que en la práctica, de hecho, se venga reconociendo la eficacia *erga omnes* del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscribibilidad, pese a que la propia jurisprudencia y gran parte de la doctrina le nieguen la naturaleza real. A ello nos referiremos en los epígrafes que siguen.

### **I. El necesario reconocimiento de la eficacia propia de los derechos reales**

#### **1. Necesidad de su eficacia *erga omnes***

Ante la ausencia de pronunciamiento expreso, por parte del legislador, sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y, con ello, de sus efectos, cabe plantearse hasta dónde quiso el legislador hacer llegar los efectos de la atribución del reiterado derecho.

En este punto, hemos de partir, una vez más, de lo que ya dijimos más atrás sobre el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar<sup>536</sup>. En el referido estudio, concluimos que el mantenimiento del régimen jurídico especial de que goza la vivienda familiar aun después de la ruptura del matrimonio, se justifica tanto en el deber de velar por los hijos como en las expectativas que el matrimonio genera en los cónyuges, siendo

---

<sup>536</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.

el fin de la medida la protección del más débil en lo que a necesidad de la vivienda se refiere. Vimos también la especial importancia que, a través de diferentes textos legales, se promulgaba de la familia —en general— y de la vivienda familiar —en particular—.

Pues bien, a la vista del referido fin, y de la consabida importancia de la vivienda familiar, si realmente se quiere proteger esa necesidad social —de los hijos— o incluso personal y económica —del cónyuge no titular— respecto a la que ha venido siendo la vivienda familiar, si verdaderamente no queremos dejar vacíos de contenido los enunciados recogidos en la Exposición de Motivos del texto de la reforma por la que se incorpora el art. 96 al CC, no podemos considerar al cónyuge beneficiario del uso —no titular de la vivienda— como un mero poseedor, sino como titular de un derecho con eficacia *erga omnes*, eficaz frente a terceros.

Un dato que apoya la tesis que nosotros venimos defendiendo sobre la necesidad de esa mayor protección es que, aun habiendo existido varias posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno a la naturaleza del derecho de uso, prácticamente todas son unánimes en la defensa de la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso y en su inscripción en el Registro de la Propiedad. En este sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal Supremo como la DGRN, aun negando la naturaleza real e incluso declarando la indiferencia en cuanto a la naturaleza atribuida.

Entre los pronunciamientos del Alto Tribunal referentes al carácter oponible del derecho, cabe citar, entre otras, la STS 1149/1992 de 11 de diciembre, que, aun calificando el derecho como *sui generis*, afirma:

*“Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes [art. 1320 y art. 96 ambos del Código Civil, 94.1 del Reglamento Hipotecario y disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 julio], que obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral”.*

La sentencia anterior es citada en la posterior STS 278/1997 de 4 de abril, en virtud de la cual:



*“la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, (...) no es un derecho de usufructo (...) sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (S 11 diciembre 1992) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real”*<sup>537</sup>.

Entre las resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado que justifican la inscripción del derecho de uso, cabe citar, entre otras, la RDGRN de 25 de octubre de 1999:

*“sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos «erga omnes», por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido”*.

Especialmente interesante resulta la —más recientemente— RDGRN de 5 de septiembre de 2016 que, tras hacer un repaso por las diferentes posturas que ha adoptado la doctrina respecto a este derecho, mantiene la posibilidad de considerar el derecho de uso como un “verdadero derecho real”:

*“La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos «erga omnes»”*<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> En este mismo sentido de defensa de la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso se pronuncian, entre otras, las SSTs 1199/1994 de 31 de diciembre —“esta decisión judicial, oponible «erga omnes», aunque no generadora de un derecho real”—, 1187/2003 de 10 de diciembre o 310/2004 de 22 de abril.

<sup>538</sup> Sobre la inscribibilidad y la oponibilidad a terceros se pronuncian, asimismo, entre otras: RRDGRN de 31 de marzo de 2000, 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008, 9 de julio de 2013, 20 de febrero de 2015 o 20 de octubre de 2016.

## 2. Justificación del carácter real del derecho

### 2.1 La eficacia *erga omnes* como propia del derecho real

No obstante lo anterior, no es suficiente con alegar la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso de la vivienda familiar y su acceso al Registro de la Propiedad, sino que también se reputa imprescindible justificarlo en atención a la naturaleza de ese derecho de uso.

La oponibilidad *erga omnes* de los derechos es una característica propia del derecho real que proviene del concepto mismo que se acuña de tal derecho. El mismo viene caracterizado por la inherencia, al existir un señorío directo e inmediato del titular sobre la cosa. En tanto que el derecho real es poder en la cosa —de naturaleza objetiva— y se adhiere a ella, afectará a cualquier persona que entre en contacto, lícito o ilícito, con dicha cosa, pues cualquier persona puede atentar contra el contenido nuclear de dicho derecho, contando por ello este con una eficacia esencialmente absoluta y con una tutela procesal *erga omnes* (la acción real)<sup>539</sup>. El derecho real prevalece a pesar de las perturbaciones de hecho o de derecho que pueda soportar. Su titular puede accionar en defensa de su derecho contra cualquiera que atente contra él, ya sea pretendiendo la titularidad sobre la cosa o privando —o pretendiendo hacerlo— de hecho de la misma a su titular<sup>540</sup>.

Esa inherencia del derecho real lleva, pues, consigo, la reipersecutoriedad<sup>541</sup>: sigue a la cosa allá donde se halle y quienquiera que sea su poseedor. Decían los romanos “*ubi rem meam invenio, ibi vindico*”: “en cualquier lugar donde se halle la cosa objeto de mi derecho, allí puedo influir directamente sobre ella, sin necesidad de que otra persona me facilite esta influencia”. El derecho real se constituye o transmite frente a todos, de modo absoluto<sup>542</sup>, y no respecto a un concreto obligado.

---

<sup>539</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)”, en *RADP*, núm. 20, 2008, p. 152. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., *op. cit.*, pp. 342-343, se refiere al aprovechamiento directo y su atribución de forma exclusiva y excluyente, como dos elementos —interno o de contenido y externo o de defensa, respectivamente— que necesitan el uno del otro para cobrar sentido.

<sup>540</sup> OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, p. 358, define la eficacia *erga omnes* como “la virtualidad del derecho real que otorga a su titular el poder de dirigirse contra cualquier persona para hacer valer o defender tal derecho”.

<sup>541</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III...*, vol. I, *op. cit.*, p. 3; GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, p. 56.

<sup>542</sup> Con “absolutidad” nos referimos, pues, a esta constitución del derecho frente a todos, muy distante de la concepción que del referido término tenían las teorías obligacionistas del derecho real, que hacían uso

En virtud de los principios *nemo dat quod non habet* o *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, reconocidos por nuestra doctrina y jurisprudencia, nadie puede transmitir más de lo que tiene o, dicho de otra forma, el adquirente no podrá adquirir del transmitente más de lo que este podía transmitir. Ello se traduce en que, si el derecho de propiedad de un bien se encuentra limitado por un derecho real correspondiente a persona distinta del propietario, este no podrá transmitirlo como libre. En el caso de que el bien sea transmitido, el adquirente recibirá la propiedad con las limitaciones señaladas, aunque el mismo no tuviera conocimiento de ellas<sup>543</sup>. De ahí que los *iura in re aliena* permitan la acción de su titular frente a quien quiera que sea en todo momento propietario de la cosa, constituyendo un gravamen respecto de la cosa<sup>544</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por su parte, ha asumido de forma incuestionable la eficacia *erga omnes* como característica de los derechos reales<sup>545</sup>.

El derecho real es oponible sin que sea requisito necesario para su eficacia la publicidad o el conocimiento efectivo, independientemente de la protección que pueda dispensar el Derecho inmobiliario registral al tercero hipotecario<sup>546</sup>, lo cual no constituye más que en una excepción que no desvirtúa o quiebra la regla general de la eficacia *erga omnes*<sup>547</sup>. En este sentido, el derecho real es susceptible de acceder al Registro de la Propiedad, con el fin de evitar que posibles terceros se amparen en la protección que las

---

del referido término para referirse a la obligación a cargo de todas las personas de respetar el derecho real. Tampoco hacemos referencia, con la absolutividad, a su carácter ilimitado.

<sup>543</sup> Vid.: GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1945, p. 29; ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal”, en *RDP*, núm. 1, 1980, pp. 128 y 132; LUCINI CASALES, A., “El principio de la relatividad del contrato y sus excepciones; eficacia del aplazamiento de pago del precio no garantizado especialmente y otras cuestiones (comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975)”, en *ADC*, núm. 1, 1977, p. 240.

<sup>544</sup> Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000, p. 187 y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales: derechos reales e hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 56.

<sup>545</sup> Vid., en este sentido, entre otras: SSTs 21 de noviembre de 1929, 3 de octubre de 1963, 14 de junio de 1996, 7 de julio de 1987, 191/1995 de 3 de marzo, 1190/2006 de 29 de noviembre, 12 de marzo de 2007, 1332/2007 de 13 de diciembre, 176/2008 de 27 de febrero, 234/2008 de 28 de noviembre o 72/2010 de 4 de marzo.

<sup>546</sup> Vid. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 187. GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente: una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 377 ss., considera que así se evita la inseguridad inmobiliaria y se garantiza la seguridad de las adquisiciones; el mismo autor, en “Bases del derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español”, en *ADC*, núm. 2, 1995, p. 548, afirma que “Una cosa es que el Derecho pueda supeditar, en favor de terceros desconocedores de buena fe, la oponibilidad de los derechos reales inmobiliarios a la inscripción de los mismos, y otra bien diferente, que el derecho adquirido carezca por completo de su peculiar oponibilidad hasta el momento de su inscripción. Buena prueba de ello es que, sin inscripción, el derecho real perjudica a los terceros que saben de su existencia”.

<sup>547</sup> Como excepción lo configuran ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. I, *op. cit.*, p. 294; y CARRIÓN OLMOS, S., *Curso básico de derechos reales* (coord. LLOPIS GINER, J. M.), Valencia, 2006, pp. 29-30.

normas hipotecarias dispensan a los terceros de buena fe. Con la referida inscripción se refuerza la connatural eficacia *erga omnes* de todo derecho real; de no inscribirse, sería más vulnerable la protección del beneficiario del uso, sería más fácil burlar o eludir esa “carga” consistente en permitir el uso exclusivo de la vivienda familiar por el cónyuge no titular beneficiario del uso de la misma, pues el tercero podría alegar su desconocimiento y ser considerado, cumpliendo el resto de requisitos, como tercero hipotecario.

Teniendo, pues, en cuenta, que el derecho real, *per se*, es oponible *erga omnes* aun no estando inscrito, el tercero será de mala fe si dice ignorarlo cuando lo conoce efectivamente o pudo conocerlo por otro medio. Y en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar, es muy probable que hubiera podido conocer el derecho, aun no estando inscrito, a través de la apariencia posesoria. La familia vive, posee, la vivienda. El uso que implica posesión de la vivienda tiene una publicidad posesoria; aunque, desde luego, la misma no es inequívoca —pues el tercero puede pensar que se posee en arriendo, en precario,...—, tal tenencia ya le exige la diligencia de comprobar con qué título se tiene la vivienda, no pudiendo ya alegar de buena fe la ignorancia del derecho real.

## 2.2 La eficacia *erga debitorem* como propia del derecho personal

Frente al tratamiento anterior, ha de tenerse en cuenta que el derecho de crédito tiene una eficacia *erga debitorem*<sup>548</sup>, por lo que, por regla general, solo surte efecto directo frente al deudor, a su vez, sujeto pasivo de la relación; solo autoriza a exigir una conducta del deudor. Esa eficacia relativa pertenece a la naturaleza del derecho de crédito, en tanto que este nace y existe en referencia a esa persona concreta. De ahí que, aun recayendo medianamente sobre una cosa, no autorizan al titular del derecho de crédito a reclamar el cumplimiento de la conducta debida de cualquiera que tenga la cosa y que no sea el que contrajo la obligación referente a ella. El derecho de crédito solo permite al titular dirigirse por incumplimiento contra su deudor<sup>549</sup>: *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest o ex alterius contractu neminem obligari*.

---

<sup>548</sup> Vid., en tal sentido, la STS de 25 de abril de 1975, en la que el Alto Tribunal mantiene que el derecho de propiedad “no puede decirse disminuido ni limitado por la concurrencia de unas obligaciones de carácter estrictamente personal —por voluntad espontánea y libremente manifestada de los contratantes— no vinculadas al mismo y que solo personalmente podrían ser reclamadas de aquel que se obligó a su cumplimiento”. Se refiere, a efectos de la subrogación, a la necesidad de declaración de voluntad en este sentido por parte del asuntor, así como al conocimiento y consentimiento expreso del acreedor.

<sup>549</sup> Vid. GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, pp. 53-54; OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, pp. 227 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

Esta característica de las obligaciones, en virtud de la cual estas solo obligan a las partes, encuentra apoyo jurídico en el art. 1091 CC que, al referirse al principio *pacta sunt servanda*, hace explícita mención a las partes<sup>550</sup>. Se trata, por norma general, de una característica de todas las obligaciones *stricto sensu*, aunque el precepto mencionado únicamente se refiera a las nacidas *ex contractu*.

En virtud de lo anterior, la pretendida protección del derecho de uso de la vivienda familiar no puede venir de la mano de un derecho de crédito, pues, pese a la existencia del art. 96.IV CC, el cónyuge beneficiario del uso no quedaría suficientemente protegido. Nótese que, de considerarlo un derecho personal, en el caso de que el bien fuese enajenado por el otro excónyuge no habiendo transcurrido aún el plazo de vigencia de la obligación, el derecho —al carecer de inherencia— no resiste a las sucesivas enajenaciones, quedando, así, frustrada, la satisfacción del derecho. Sería necesario, para que el tercero asumiese la deuda que contrajo el anterior propietario, el consentimiento —no el mero conocimiento— del tercer adquirente, e incluso —según declara la jurisprudencia refiriéndose al derecho personal en general— el asentimiento del acreedor.

Aun no entendiéndose que la obligación queda extinguida, al no ser posible imponer al tercer adquirente el cumplimiento de la misma, el beneficiario del derecho de uso —titular del derecho obligacional— con lo que contaría entonces sería con la acción de responsabilidad contractual por incumplimiento contra su excónyuge —deudor y anterior propietario—; teniendo en cuenta la gratuidad del derecho atribuido, tal acción de responsabilidad no consistiría más que en exigir una indemnización por posibles daños, así como, principalmente, que le proporcionase los medios para gozar de un alojamiento durante el tiempo que quedase por transcurrir de aquel derecho de uso de la vivienda familiar atribuido (*v. gr.* hasta que los hijos alcanzasen la mayoría de edad)<sup>551</sup>.

Teniendo en cuenta el fin que, según hemos estudiado, persigue la atribución del uso de la vivienda, y que la necesidad habitacional de que se trata solo se colma, *a priori*, con la atribución concreta de la vivienda que ha sido familiar, puede concluirse que con

---

<sup>550</sup> *Vid.*, en tal sentido: SSTS de 25 de abril de 1975, 6 de febrero de 1981 —que cita, a su vez, a las de 12 de noviembre de 1960, 3 de junio de 1967, 23 de diciembre de 1969 y 15 de junio de 1978—, 209/1994 de 15 de marzo y 668/1999 de 23 de julio.

<sup>551</sup> Un tratamiento especial tendría el supuesto en el caso de que hubiera mediado mala fe en el tercer adquirente (en cuyo caso cabría tanto la demanda por incumplimiento contra el excónyuge como por responsabilidad aquiliana contra el tercero; e incluso la acción de nulidad del contrato dañoso *ex art.* 1275 CC), que el negocio fuese simulado (en cuyo caso procede la acción de simulación, que, en el caso de ser absoluta, conllevaría que el hasta entonces propietario continuase siéndolo *ex art.* 1276 CC) o que la vivienda se hubiera enajenado a una sociedad constituida exclusivamente con el fin de eludir la consabida obligación (donde cabría aplicar la doctrina del levantamiento del velo). *Vid.*, en tal sentido, OCAÑA GÁ-MIZ, J., *op. cit.*, pp. 280 y ss.

la mera indemnización no tiene por qué cumplirse el fin perseguido por la norma contemplada en el art. 96 CC; la satisfacción de la necesidad habitacional quedará, así, a expensas del cónyuge titular.

### 2.2.1 La especial oponibilidad absoluta del derecho personal

No obstante lo anterior, al igual que vimos que es posible que la eficacia *erga omnes* del derecho real ceda en ocasiones ante la falta de publicidad registral (arts. 32 y 34 LH), también por razones de política legislativa y para la solución de conflictos, como por razones de cognoscibilidad y en aras de la seguridad del tráfico jurídico y de la buena fe, es posible que por medio de los mismos mecanismos externos (publicidad, concesión legal) se intensifique la natural eficacia relativa de algunos derechos crediticios haciéndoles adquirir con ello una oponibilidad absoluta semejante a la del derecho real. No obstante lo anterior, “ni lo primero desvirtúa el derecho real, que sigue siendo poder inmediato en la cosa y adherido a ella con eficacia absoluta, aunque entumecida frente a un determinado tercero protegido al respecto; ni lo segundo convierte al derecho personal en real”<sup>552</sup>.

En fin, existe la posibilidad de que la ley, por excepción, en atención a una serie de intereses, pueda establecer que un derecho personal adquiriera una eficacia superior a la mera eficacia *erga debitorem* que caracteriza a los derechos de crédito, adquiriendo estos trascendencia —eficacia— frente a terceras personas y siendo, así, exigible el cumplimiento de la prestación —que habitualmente afecta únicamente a la parte deudora en el derecho de crédito—, a quien no contrajo la obligación de que se trata. Se provee, en fin, artificialmente, del derecho de persecución al derecho de crédito.

No obstante, esa especial eficacia que se le puede otorgar a ciertos derechos personales no equivale exactamente a la eficacia *erga omnes* del derecho real —que viene a ser más amplia—, sino más bien, a los efectos que nos interesan, a una eficacia frente al tercer adquirente de la cosa a la que se pueda referir el derecho.

Por una parte, la asunción automática de deuda solo resulta posible en aquellos supuestos en que así lo dispone la ley, así como en las obligaciones *propter rem* —que

---

<sup>552</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)”, *op. cit.* p. 153.

únicamente pueden establecerse al amparo de un precepto legal— como accesorias del derecho real de propiedad<sup>553</sup>, no encontrándonos en ninguno de tales supuestos.

Por otra parte, en aquellos otros casos en los que el derecho, a través de su inscripción registral, afecta a terceros adquirentes —como el derecho arrendaticio *ex art. 14.I LAU y 2 LH* o el de opción *ex art. 14 RH*—, no se está gravando la cosa, sino que la inscripción conlleva la subrogación automática del adquirente en el contrato de arrendamiento o en el de opción<sup>554</sup>.

En cualquier caso, se trata de una oponibilidad artificial, no connatural, que le viene prestada, ora por el Registro de la Propiedad (cuando así lo dispone expresamente la ley), ora impuesto *ope legis*, no derivada de la estructura propia del derecho<sup>555</sup>. No supone un cambio de la naturaleza jurídica del derecho<sup>556</sup>.

En fin, la conclusión a la que queríamos llegar es que las posibilidades apuntadas — en definitiva, excepciones a la norma general— requieren que el legislador así las haya contemplado expresamente —a buen seguro, por razones de política legislativa— en normas de rango no inferior al Código Civil, con rango de ley. Es decir, requiere de una especial previsión legislativa que contemple dos aspectos esenciales. Por una parte, la asignación de esa especial eficacia al derecho de crédito o la subrogación del adquirente en la posición de deudor. Por otra parte, en su caso, la posibilidad de que el referido derecho pueda tener acceso al Registro de la Propiedad como excepción a la regla general del art. 1 LH, en virtud de la cual solo el derecho real tiene cabida en el mismo —*v. gr. art. 2.5º LH*, respecto al arrendamiento, cuya inscripción se establece como requisito para la subrogación—.

---

<sup>553</sup> OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, p. 272.

<sup>554</sup> *Vid.* RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 185 y HERNÁNDEZ GIL, A., “Derechos reales...”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>555</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil III...*, vol. I, *op. cit.* p. 10. Apunta ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 16, que estas excepciones se presentan, bien porque la ley directamente las establece, o bien porque las autoriza mediante ciertos requisitos —*v. gr.* que el derecho haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad—.

<sup>556</sup> Sí llegó a ser considerado como real el derecho de arrendamiento por una parte de la doctrina: *vid.* SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 12; GALINDO Y DE VERA, L., *Comentarios a la legislación hipotecaria de España (4ª ed. corregida y aumentada por DE LA ESCOSURA ESCOSURA, R.)*, t. I, Establecimiento Tipográfico de Antonio Marzo, Madrid, 1900, pp. 437 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 118-119. En tal sentido se llegaron a pronunciar, incluso, la propia DGRN y el Tribunal Supremo: RDGRN de 12 de marzo de 1902 “*la inscripción del arrendamiento convierte a este en un derecho real*”; RDGRN de 24 de marzo de 1919; o STS de 9 de junio de 1913, donde se establece que la inscripción del derecho arrendaticio constituye “un derecho real a favor del arrendatario”.

No obstante, de admitir tal posición, estaríamos aceptando que la naturaleza de un derecho depende de la repercusión del mismo frente a terceros adquirentes cuando es objeto de inscripción registral. Sin embargo, nótese que el Registrador de la Propiedad, cuando se enfrenta a la calificación, ha de juzgar sobre la naturaleza del derecho que pretende acceder al Registro, debiendo encontrarse, pues, dicha naturaleza, definida con anterioridad.

Llegados a este punto, cabe hacer una breve precisión: es muy común —y puede que ello haya influido en las RRDGRN sobre el uso de la vivienda familiar— defender que la diferencia importante es, no entre derechos reales y derechos de crédito, sino entre derechos oponibles *erga omnes* y derechos que no lo son, entre derechos inscribibles y derechos no inscribibles<sup>557</sup>. Sin embargo, esa diferencia entre tales derechos no informa de la naturaleza intrínseca, del contenido interno del derecho. Y esto importa en general —y en nuestra tesis en particular—: no solo interesa saber si el uso del art. 96 CC es o no inscribible. Ello no nos resuelve el problema de su régimen jurídico. Para conocer este hay que ver su naturaleza: real o personal, y calificado con una u otra naturaleza, concretar, determinar a qué tipo de derecho —real o personal— pertenece, para así ya, por fin, conocer su entero régimen jurídico.

### **2.3 Distinción entre el derecho real y el que, no siéndolo, es oponible al tercer adquirente**

¿Cómo distinguir lo que la ley por propia naturaleza considera real de lo que, no siéndolo, existe interés en que sea oponible, por ejemplo, a un tercer adquirente de la cosa a la que se refiere el derecho? “Solo habrá derecho real cuando estemos ante una situación activa de poder que, además de ser esencialmente oponible *erga omnes* (absolutividad) por su inhesión a la cosa (inherencia real), contenga en su estructura *ad intra* un señorío, pleno o parcial, en dicha cosa (inmediatez), esto es, que confiera un *ius in re*”. Es en la inmediatidad pues, donde se sitúa “el pilar básico que sostiene el edificio del Derecho de Cosas”<sup>558</sup>.

Para GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX<sup>559</sup>, “en los derechos reales, la ley no tiene que declarar sus efectos frente a terceros aunque a veces lo haga por propia definición del derecho (propiedad), mientras que en los personales lo tiene que hacer de una forma expresa (...) o que se desprenda del contexto de su regulación (derecho de opción en el Reglamento Hipotecario)”. Es decir, en el supuesto de los derechos de crédito, estas excepciones necesitarán de una especial previsión legislativa que contemple dos aspectos esenciales: por una parte, la asignación de esa especial eficacia al derecho de crédito

---

<sup>557</sup> Vid. AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario a los arts. 605 a 608”, en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, vol. II, EDERSA, Madrid, 1990 [consultado el 1 de julio de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/sources/676/chapter:8604/chapter:8605>.

<sup>558</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)”, *op. cit.*, p. 153.

<sup>559</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, p. 21.



o la subrogación del adquirente en la posición del deudor y, por otra parte, en su caso, la posibilidad de que el referido derecho pueda tener acceso al Registro de la Propiedad.

Es más, en su caso, el derecho de crédito únicamente adquiere la eficacia *erga omnes* a partir de la citada inscripción en el Registro. En el supuesto de aquellos derechos que —no siendo reales— no estuvieran inscritos, no serían oponibles frente a terceros, ni el conocimiento extrarregistral del mismo implicaría mala fe a los efectos del art. 34 LH, pues de hecho tampoco la implica el conocimiento de derechos de naturaleza personal<sup>560</sup>. En cambio, si se admite que el uso no inscrito es oponible a terceros que lo conozcan al margen del registro —eficacia *erga omnes* incluso sin haber accedido al Registro de la Propiedad—, es porque se considera al derecho de uso como un verdadero derecho real<sup>561</sup>.

Teniendo en cuenta que los efectos de los derechos reales están determinados minuciosamente por razones de orden público<sup>562</sup> —al contrario de lo que ocurre con los efectos de las obligaciones—, se ha de hacer hincapié en que las excepciones a la eficacia *erga debitorem* de los derechos personales se rigen por un *numerus clausus*<sup>563</sup>, gozando de vigencia en base a la aplicación del principio de especialidad —*lex specialis derogat generalis*—<sup>564</sup>. El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de abril de 1975, hace hincapié en la necesaria interpretación restrictiva de estas excepciones:

*“si bien es cierto que la regla no es absoluta puesto que el mismo art. 1257 en su párr. 2º permite las estipulaciones en favor de terceros y como después se dirá existen casos en que pueden repercutir los efectos obligacionales en persona que no intervino en la celebración del pacto, no lo es menos que son excepcionales y que, en cuanto derogatorios de lo que es*

---

<sup>560</sup> CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>561</sup> Por su parte, CERVILLA GARZÓN, M. D., “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 19, pese a reconocer que el derecho personal —en que basa su teoría— únicamente puede hacerse valer entre las partes afectadas (titular no usuario y usuario no titular), ello —continúa diciendo— “no es óbice para observar que la buena fe del tercero fundada en la apariencia posesoria dimanante del ejercicio del derecho de uso (...), le obliga a respetar tal situación y no realizar ningún acto jurídico que la entorpezca. No debe confundirse dicha eficacia obligatoria de la buena fe con la eficacia *erga omnes*, pues el deber de respeto de las situaciones o relaciones jurídicas conocidas por ser públicas no es propia de los derechos reales, sino de cualquier derecho, sea real o personal, donde se ejerza la posesión sobre bienes”.

<sup>562</sup> RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 95.

<sup>563</sup> OCAÑA GÁMIZ, J., *op. cit.*, pp. 348 ss.

<sup>564</sup> Vid. STS de 26 de mayo de 1989, con relación al rango de la norma en la que la excepción se contiene, y la STS 3 de diciembre de 1990, relativa a la necesaria contemplación de la excepción por el legislador, sin que pueda resultar suficiente la mera autonomía de la voluntad de las partes para establecer mecanismos contractuales por medio de los cuales un tercero quede constreñido al cumplimiento de obligaciones ajenas.

*modo normal y general de suceder, deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo”.*

Por tanto, fuera de estos casos —derecho real por propia naturaleza y derecho personal con declaración de eficacia *erga omnes*—, el resto de derechos únicamente tiene eficacia obligacional.

En atención a lo anteriormente referido, se concluye que al Registro de la Propiedad pueden acceder actos que no se refieran a la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, por lo que no es necesario defender la naturaleza real de un derecho como premisa para acceder al Registro. Consecuentemente, no por el hecho de que la DGRN admita la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad tendría que calificarse como real, pues no todo lo que accede al Registro de la Propiedad es un derecho real, y tampoco se convierte en tal por el mero hecho de ser inscrito.

Extrapolando lo expuesto al supuesto de hecho objeto de nuestro estudio, que el tercer adquirente de la vivienda familiar se halle obligado a soportar el derecho de uso atribuido al cónyuge no propietario de la misma —se vea perjudicado por el mismo—, significa dotar al derecho en cuestión de una eficacia o repercusión superior a la mera eficacia *erga debitorem*. Por lo tanto, si consideramos el derecho de uso a la vivienda familiar como un derecho de crédito, en virtud de lo anteriormente expuesto, es evidente que necesitará de una expresa previsión legal en tal sentido para que el tercer adquirente de la vivienda se vea perjudicado por el mismo.

Y lo cierto es que esa previsión, como tal, no existe, por lo que no podríamos defender su inscripción en el Registro de la Propiedad y su oponibilidad frente a un tercer adquirente, pues, entre otros motivos, la ley no lo declara expresamente ni tampoco se extrae del contexto de la norma. Es decir, si, no siendo un derecho real, realmente existen razones e intereses dignos de protección, la ley se puede pronunciar respecto a esa eficacia frente a tercer adquirente y, sin embargo, no lo ha hecho<sup>565</sup>.

---

<sup>565</sup> GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, p. 21.

### 2.3.1 La inscribibilidad expresa en Cataluña e Italia

De lo expuesto anteriormente cabría concluir que, contrariamente a lo que se pudiera pensar, el pronunciamiento expreso por el Código Civil catalán, en su art. 233-22<sup>566</sup>, de la posibilidad de inscripción del derecho de uso<sup>567</sup>, podría llegar a convertirse más bien en un argumento en contra de su naturaleza real, pues si así fuera, no necesitaría, como hemos dicho, que se contemplara expresamente su inscribibilidad<sup>568</sup>; máxime teniendo en cuenta que el art. 2.2 LH, cuando enumera los derechos reales inscribibles, contiene una enumeración abierta, olvidando algunos derechos reales típicos como el de superficie y permitiendo que haya otros que no menciona —“y otros cualesquiera reales” termina diciendo— (cfr. art. 7 RH y el sistema *numerus apertus*). De la disposición expresa podría extraerse que es el Registro de la Propiedad el que le otorga la eficacia real al derecho de uso, como hemos visto que ocurre con aquellos derechos que, no siendo reales, acceden al Registro. No obstante, su incorporación podría justificarse, precisamente, en zanjar el manido debate en el que nos encontramos inmersos<sup>569</sup>. Nótese que, incluso el Alto Tribunal, en la STS 861/2009 de 18 de enero de 2010, se apoya —en nuestra opinión, equivocadamente—, en el art. 233-22 CCcat. para justificar la naturaleza real del derecho de uso en el Derecho catalán:

*“el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en*

---

<sup>566</sup> Art. 233-22 CCcat.: “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”.

<sup>567</sup> En este mismo sentido se pronunciaba el art. 96.8 CC, según la reforma que proyectó el ALCP: “El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad”.

<sup>568</sup> Vid. ESPIAU ESPIAU, S., “La disposición de la vivienda familiar en el libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia* (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.), Bosch, Barcelona, 2011, p. 426. También DÍAZ FRAILE, J. M., *op. cit.*, p. 438, refiere que no se puede afirmar su carácter real ni siquiera su carácter patrimonial. ANDRÉS ROMERO, M. E., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-11”, en *Derechos reales de Cataluña: comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña*, (coord. VALLE MUÑOZ, J. L., y ARNÁIZ RAMOS, R.), t. II, Atelier, Barcelona, 2017, p. 1019, mantiene que si el legislador hubiese querido configurarlo como derecho real, podría haberle dedicado un precepto *ad hoc* en la regulación de los derechos de uso y habitación, como así se ha hecho para los usos especiales; si se ubica en el Título III del libro segundo del CCcat., dedicado a la familia, la naturaleza del derecho ha de ser del mismo orden.

<sup>569</sup> Vid., entre los autores que consideran la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar en el CCcat.: PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, *op. cit.*, p. 426; MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Atribución y distribución...”, *op. cit.*, p. 241, quien partiendo de este precepto mantiene que se trata de un derecho real y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad; BERROCAL LANZAROT, A. I., “El uso de la vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 475; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 17-79, defiende que el código civil catalán reconoce la naturaleza real del derecho, siendo uno de sus argumentos para deducir que, en el Derecho común, nos encontramos ante un derecho personal, es precisamente el silencio al respecto, pues —considera— que el legislador podría, si hubiese querido, dotar de naturaleza real al derecho de uso en cualquiera de los escenarios.

*el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han 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”.*

También en el Derecho italiano, ya advertimos —al referirnos al tratamiento de la naturaleza jurídica del derecho en Italia—<sup>570</sup> que la cuestión, aun no estando resuelta, sí perdió interés desde el momento en que se faculta la inscripción del derecho, centrándose, entonces, el debate, en torno a las condiciones en las que se sustenta la oponibilidad del derecho; oponibilidad que, valga decir, es trascendental en el ordenamiento jurídico italiano, ya que en el mismo no existe norma similar a nuestro art. 96.IV CC<sup>571</sup>.

La posibilidad de su inscripción ya se contenía en el anterior art. 6.6 Ldiv., aún vigente, que establece que la referida atribución, en tanto que inscrita, es oponible al tercer adquirente con arreglo a lo dispuesto en el art. 1599 CCit.<sup>572</sup>, lo cual parece reconocerle una naturaleza obligacional: *“L’assegnazione, in quanto trascritta, e’ opponibile al terzo acquirente (...)”*.

Con posterioridad, aparece el art. 337-*sexies* CCit. —que trae causa del anterior art. 155-*quater* CCit.—, en cuyo párrafo primero dispone que la atribución judicial, así como la revocación, son susceptibles de inscripción y oponibles a terceros en el sentido del art. 2643 CCit., precepto, este último, que contiene la relación de actos sujetos a inscripción<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> Vid. *supra*, cap. primero, III.1.

<sup>571</sup> Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3415.

<sup>572</sup> Art. 1599 CCit.: *“Il contratto di locazione è opponibile al terzo acquirente, se ha data certa anteriore all’alienazione della cosa.*

*La disposizione del comma precedente non si applica alla locazione di beni mobili non iscritti in pubblici registri, se l’acquirente ne ha conseguito il possesso in buona fede.*

*Le locazioni di beni immobili non trascritte non sono opponibili al terzo acquirente, se non nei limiti di un novennio dall’inizio della locazione.*

*L’acquirente è in ogni caso tenuto a rispettare la locazione, se ne ha assunto l’obbligo verso l’alienante”.*

<sup>573</sup> En este art. 337-*sexies* CCit. la inscripción aparece como requisito para la oponibilidad, no haciéndose referencia alguna al art. 1599 CCit. precepto, este último, en virtud del cual, en caso de que se transmita el bien al que se refiere el contrato de arrendamiento, si este último tiene fecha anterior, será oponible a terceros adquirentes, aun no estando inscrito, por un plazo de nueve años desde el inicio del arrendamiento. Ello provoca una disociación entre el art. 337-*sexies* CCit. y el referido art. 6.6 Ldiv., aún en vigor. Ante tal situación la *Corte Costituzionale* y la *Corte di Cassazione* han alcanzado un punto de equilibrio entre los derechos de los cónyuges y los derechos de terceros, teniendo en consideración el carácter preminente del interés de los hijos. Este principio fundamental explica la oponibilidad incluso en defecto de inscripción dentro del límite de los nueve años, en tanto que el derecho de los niños a permanecer en el hábitat doméstico no puede depender de la rapidez con que el padre custodio proceda a la inscripción. Asimismo, lo contrario llevaría a grandes diferencias entre los supuestos en que la vivienda se venía disfrutando en virtud de un arrendamiento y los que no fuera así.

En definitiva, en nuestro Derecho común, al no haberse otorgado carácter *erga omnes* de forma expresa por la ley, en virtud de lo expuesto, la única alternativa para reconocer tal eficacia al derecho de uso es la de admitir su naturaleza real. Pues bien, pese a que gran parte de la doctrina y la jurisprudencia —como hemos visto— niegan el carácter real del derecho de uso, lo cierto es que —como veremos en epígrafes sucesivos— se le está reconociendo un tratamiento propio de derecho real: acceso al Registro de la Propiedad<sup>574</sup> y eficacia *erga omnes*<sup>575</sup>. Y es por ello por lo que cabe preguntarse, ¿por qué negar la naturaleza real a ese derecho de uso para posteriormente atribuirle la eficacia *erga omnes* y posibilitarle su acceso al Registro de la Propiedad, tratamiento propio de los derechos reales o de los de crédito solo cuando así expresamente lo prevea la ley?

#### 2.4 El acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad

Como acabamos de afirmar, pese a ser negada su naturaleza real por la jurisprudencia y parte de la doctrina, y pese a no existir norma *ad hoc* que, de considerarlo como derecho personal, posibilite su acceso al Registro de la Propiedad y, con ello, su eficacia *erga omnes*, la realidad es que este derecho de uso viene accediendo al Registro de la Propiedad, sin que nada —reitero— se contemple expresamente en la ley, como sí ocurre en Cataluña e Italia. Dicho lo cual, ¿cuál es la base legal y de qué forma accede este derecho de uso al Registro?<sup>576</sup>

Hay que partir de que, no siendo real ni existiendo norma que posibilite su inscripción como derecho personal, el acceso al Registro de la Propiedad se antoja, cuanto menos, problemático. Aún más si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 5 Ley Hipotecaria, en virtud del cual “*Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles*”; de ahí que, si hubiéramos considerado la adjudicación del uso como una transformación posesoria —conversión de coposesión a posesión exclusiva— como cierta corriente apuntaba, poco podría hacer el Registro, en tanto que a él no llega la

---

<sup>574</sup> *Vid. infra*, cap. tercero, I.2.4.

<sup>575</sup> *Vid. infra*, cap. tercero, III.

<sup>576</sup> La realidad es que, como refiere también GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, p. 89, es práctica habitual de los Juzgados de Familia ordenar la constancia registral de la atribución de uso, sin más especificaciones, e incluso existen casos en que ello ha sido admitido, y llevado a efecto por el Registro, cuando ninguno de los cónyuges gozaba de un derecho real sobre la vivienda que le autorizara al uso de la misma. Ahora bien —se ha de añadir—, lo que realmente se pretende ver en estas páginas de la obra es si existe fundamento para que ese derecho acceda al Registro, pues para ello ha de contar con una previsión en la ley, no siendo suficiente con el mero criterio de los registradores de la propiedad.

posesión (art. 5 LH), ni le añadiría nada su constancia en el Registro, pues la posesión, como “pública apariencia”, no precisa de la tutela registral.

Aquellos que descartan la naturaleza real del derecho de uso parten, para defender el acceso de este derecho al Registro de la Propiedad, de la limitación establecida en el párrafo cuarto del art. 96 CC. El contenido negativo del derecho de uso de este párrafo cuarto le sirve a las corrientes apuntadas, en primer lugar, como justificación de su teoría en contra de la naturaleza real del derecho de uso, al considerar un sinsentido la existencia del art. 96.IV si el derecho fuera de naturaleza real; y, en segundo lugar, como forma de acceder este derecho de uso al Registro de la Propiedad. Veamos ahora este segundo planteamiento y dejemos el primero para el epígrafe II del presente capítulo.

### **2.4.1 Inscripción de medidas provisionales**

Ya advertimos que, respecto al derecho de uso de la vivienda familiar, no solo se pronuncia el juez en la sentencia de separación, nulidad o divorcio como medida definitiva, sino también en las medidas previas a la demanda y en las medidas provisionales derivadas de la admisión de la misma. Poca discusión plantea el acceso al Registro de estas medidas.

Durante el periodo de vigencia de esas medidas, ese derecho de uso también necesita ser asegurado o protegido de los posibles riesgos a los que puede estar expuesta la posible medida definitiva que se dicte posteriormente. A ello, además, se unirá la protección prestada por el art. 1320 CC, en tanto que aún existe matrimonio; ahora, en cambio, al constar ya registralmente el derecho de uso de la vivienda —y por ello el carácter familiar de la misma—, será exigible el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial (art. 91.1 RH), pues ya no cabe alegar el carácter no familiar de la vivienda<sup>577</sup>.

En estos supuestos, y atendiendo a la provisionalidad de la medida (arts. 106 CC y 774 LEC), la forma de hacer constar el derecho de uso en el Registro de la Propiedad no es otra que la anotación preventiva de demanda en la inscripción de la finca<sup>578</sup>, ya que se produce una modificación jurídico-real provisional que puede convertirse en definitiva con la sentencia.

---

<sup>577</sup> GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 147 y ss.

<sup>578</sup> *Vid.*: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza...”, *op. cit.*, p. 2523, y en “La oponibilidad...”, *op. cit.*, p. 1907; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 32; ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 172 y ss.

La posibilidad de llevar a cabo esta anotación preventiva es contemplada por el art. 42.10ª LH, en virtud del cual podrá pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente “*El que en cualquier otro caso tuviese derecho a exigir anotación preventiva conforme a lo dispuesto en ésta o en otra Ley*”, posibilidad contemplada en los arts. 103.2º *in fine* CC y 727.5ª LEC; el primero de ellos establece que el juez determinará las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho que nos ocupa<sup>579</sup>, mientras que el segundo de los preceptos contempla como medida cautelar la anotación preventiva de demanda cuando esta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos. Concretamente, en el caso de las medidas previas a la demanda, la anotación preventiva no es precisamente de demanda – que no la hay– sino una anotación genérica, de forma tal que, una vez interpuesta la demanda y confirmada la medida adoptada, se hará constar esta circunstancia por nota marginal.

Esta anotación será posible siempre que dicha vivienda constara previamente en el Registro de la Propiedad a través de un título de dominio u otro derecho real, o bien lo que constara fuese la inscripción del arrendamiento de la misma en virtud de lo dispuesto en el art. 2.5º LH.

El sentido de la anotación de esta adjudicación provisional del uso no es otro que el de advertir a posibles adquirentes del carácter familiar de la vivienda y de las limitaciones disponibles que afectan a su titular no usuario. Con ello se enerva, mediante la publicidad registral, la posible buena fe que pudiera invocar el adquirente por desconocimiento de esta situación. Es decir, si adquieren en el periodo de pendencia del procedimiento, habrán de soportar la posterior adjudicación definitiva que se realice, en su caso, del derecho de uso.

---

<sup>579</sup> De la posibilidad apuntada de realizar una anotación preventiva como garantía de la medida previa o provisional acordada por el juez respecto al uso de la vivienda familiar, se deriva el rechazo a la enmienda número 12 al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, presentada por el senador independiente por Ávila, Sr. BOSQUE HITA, del Grupo Parlamentario Mixto, y que proponía añadir, al primer párrafo del art. 103 CC: “...judicialmente, las medidas siguientes, estableciendo las garantías reales y personales necesarias para asegurar su eficacia y cumplimiento”.

## 2.4.2 Inscripción de medidas definitivas

### 2.4.2.1 Las distintas posturas tendentes a justificar el acceso del uso al Registro, aun no considerándolo un derecho real

Pese a negar su naturaleza real y aun no existiendo previsión a tal efecto, pronunciamientos diversos se han dado en la doctrina a la hora de concretar la base legal que justifica el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad a través de esta limitación del párrafo cuarto del art. 96 CC.

Centrándonos en la atribución del uso de la vivienda familiar acordado en la sentencia y, por tanto, medida definitiva, se ha de apuntar que nada obsta, si el contenido de la medida sigue siendo el mismo —se confirma la medida provisional—, a que la anotación preventiva se convierta en inscripción.

En cualquier otro supuesto, hasta su derogación por el punto 2.10 de la Disposición Derogatoria Única de la LEC, una de las posibilidades que se apuntaron para el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad vino de la mano de la Disposición Adicional 9ª de la Ley 30/1981<sup>580</sup>, la cual establecía que “*a petición de parte, podrán ser anotadas o inscritas en los Registros de la Propiedad y Mercantil las demandas y sentencias de separación, nulidad y divorcio*”<sup>581</sup>. Esta la podríamos entender actualmente sustituida por el art. 755 LEC<sup>582</sup> (*cfr.* art. 89 *in fine* CC). Un precepto —el art. 755 LEC—, cuanto menos genérico y del que, en ningún momento, puede extraerse que permita el acceso al Registro de la Propiedad del derecho que nos ocupa; más bien pare-

---

<sup>580</sup> Esta posibilidad fue apuntada, entre otros, por: MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 1999, p. 166, y en “Derecho de uso de la vivienda...”, *op. cit.*, pp. 16-17; COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 43-44; ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 99; MONDÉJAR PEÑA, M. I., “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 4 diciembre 2000”, en *RADP*, núm. 8, 2002, p. 441; CORTADA CORTIJO, N., *op. cit.*, p. 619; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>581</sup> La referida Disposición Adicional tuvo su antecedente inmediato en el art. 1437 CC, el cual establecía que “*La demanda de separación y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayeran sobre bienes inmuebles*”. La pérdida, en la posterior Disposición Adicional, de la referencia a los bienes inmuebles puede haberse debido a la innecesariedad de hacerlo constar.

<sup>582</sup> Art. 755 LEC: “*Cuando proceda, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. A petición de parte, se comunicarán también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan*”.



ce este precepto remitirse a la existencia de otra norma que, efectivamente, permitiese la citada inscripción, cosa que no ocurre.

No obstante, en tanto que el párrafo cuarto del art. 96 CC supone una limitación o prohibición que afecta a la libertad de disposición del titular de la vivienda, ha sido defendido el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad a través de otros preceptos de la legislación hipotecaria. Así, se ha recurrido al art. 96.2 RH, en virtud del cual “*Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal*”<sup>583</sup>. Es obvio que lo dispuesto en el párrafo cuarto del art. 96 CC afecta al titular de la vivienda en cuanto a la disposición de la misma. Sin embargo, no lo es tanto que este precepto sea aplicable a la sentencia de nulidad, separación o divorcio<sup>584</sup>. En virtud del art. 95 CC, “*la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*”. Además, con el divorcio se produce la disolución del matrimonio (art. 89 CC) y en la separación, pese a no romperse el vínculo, “*cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica*”, por lo que, una vez dictada la sentencia, ni podremos seguir hablando de cónyuges —en el caso del divorcio— ni podremos seguir hablando de bienes de los cónyuges, ya que estos no existirán —en ningún caso—. Se suele, pues, entender que el referido precepto solo se refiere a los casos de los arts. 1387 a 1389 y 1333 CC, es decir, a resoluciones judiciales dictadas en situación de normalidad matrimonial.

Pese a las anteriores posibilidades señaladas, defendidas por una u otra parte de la doctrina, hemos de hacer referencia a unos preceptos de la legislación hipotecaria que parecen ser los utilizados por la propia DGRN a la hora de permitir el acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad. Se trata del art. 7 RH en relación con los arts. 1 LH<sup>585</sup> y 2 LH<sup>586</sup>. Establece el art. 7 RH, que:

---

<sup>583</sup> Vid.: GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013, pp. 87 y ss.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza...”, *op. cit.*, p. 2523; ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, pp. 98 y 99; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 152.

<sup>584</sup> Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, pp. 1607-1608.

<sup>585</sup> Art. 1.I LH: “*El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*”.

<sup>586</sup> Art. 2 LH: “*En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:*

1. ° *Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos.*
2. ° *Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.*
3. ° *Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.*

*“Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.*

Como anticipábamos, parece ser este el precepto en el que se ampara la propia DGRN. Así se extrae, entre otras, de la RDGRN de 31 de marzo de 2000 que, pronunciándose sobre el alcance del art. 96 CC, concretamente de su párrafo cuarto, hace referencia a que *“este derecho de uso es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1, 2 de la Ley Hipotecaria, 7 del Reglamento Hipotecario)”*. De las posibilidades contempladas en los diversos incisos del referido precepto, parece evidente que el derecho de uso no pueda ser encuadrable en lo que se denomina como *“cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza”*, pues, precisamente, por la Dirección General, se está negando su naturaleza real. Pero tampoco parece tener encaje en el inciso final referido a *“cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”*<sup>587</sup>. Con este inciso, parece que se hace referencia a los derechos reales innominados, es decir, a aquellos constituidos por las partes: el art. 7 RH, al igual que el art. 2 LH, son los pilares en que se asienta el sistema del *numerus apertus*. Frente a ello, el derecho de uso de la vivienda familiar se encuentra, obviamente, contemplado en el Código Civil. En definitiva, qué sentido tiene apoyar la inscripción en estos preceptos, referidos en todo momento a la naturaleza real del derecho, cuando dicha naturaleza es negada por la propia jurisprudencia y la Dirección General. De apoyarse las distintas resoluciones en los re-

---

4. ° *Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.*

5. ° *Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.*

6. ° *Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos”.*

<sup>587</sup> *Vid.* RDGRN de 25 de octubre de 1999, que considera indiscutible la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos *erga omnes*.

feridos preceptos para justificar el acceso al Registro de la Propiedad, se estaría reconociendo, implícitamente, el carácter real del derecho.

#### 2.4.2.2 La consideración del párrafo cuarto del art. 96 CC como una prohibición legal de disponer

El párrafo cuarto del art. 96 CC establece que *“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”*.

Una de las posiciones más contundentes, a fin de justificar el acceso del derecho de uso al Registro, ha sido la de considerar el art. 96.IV CC como una de las prohibiciones de disponer o enajenar a las que el art. 26 LH da acceso al Registro de la Propiedad<sup>588</sup>. Una prohibición<sup>589</sup> que, no obstante, puede quedar sin efecto por la sola voluntad de los interesados, tal y como refleja el propio art. 96.IV CC. La configuración del art. 96.IV CC como una prohibición es una de las posibilidades que recoge la —ya citada— RDGRN de 5 de septiembre de 2016<sup>590</sup>, que plantea la naturaleza real del derecho o su configuración como prohibición de disponer como formas para que el derecho de uso acceda al Registro de la Propiedad:

*“La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer ex artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos erga omnes”*.

---

<sup>588</sup> Apuestan por esta forma de acceso al Registro de la Propiedad, entre otros, LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 361. En sentido contrario, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*, niega tanto que estemos ante una prohibición de disponer como que sea posible la aplicación analógica del referido precepto, debido al carácter de *numerus clausus* de las anotaciones preventivas.

<sup>589</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Derecho real de uso y poder de disposición”, *RCDI*, núm. 584, 1988, p. 94, quien considera que en los supuestos en que el titular de un derecho se ve perjudicado por una prohibición de disponer, más que de una privación de la facultad dispositiva, mejor cabría hablar de una situación jurídica transitoria de paralización del poder —que subsiste— de disponer del derecho.

<sup>590</sup> Y ello pese a la apuesta de la Dirección General por una interpretación restrictiva de las prohibiciones, como alude en la RDGRN de 19 de enero de 1963, al afirmar que las *“prohibiciones de enajenar son tratadas con disfavor por las disposiciones legales, (...)”*. Vid. CAÑIZARES LASO, A., “Obligación de no disponer y prohibición de disponer: comentario a la STS de 26 de julio de 1993”, en *ADC*, núm. 1, 1995, p. 420, quien advierte de la gravedad de hacer a un bien inalienable.

En este sentido, lo primero que habría que plantearse es si lo contemplado en el párrafo cuarto del art. 96 CC se trata realmente de una prohibición de disponer o si más bien se trata de una obligación de no disponer u obligación de disponer con el consentimiento del otro cónyuge.

Optar por una u otra consideración tendrá consecuencias prácticas en caso de incumplimiento. Si se tratase de una simple obligación de no disponer, el propietario seguiría teniendo entero el *ius disponendi*, no cercena su poder de disposición, por lo que si llegara a realizar un acto dispositivo, el mismo sería válido, aunque con todos los efectos que se derivarían del incumplimiento de una obligación (*vid.* RDGRN 25 de febrero de 1943), en definitiva, la indemnización por daños y perjuicios<sup>591</sup>. Efectos a los que ya nos hemos referido al estudiar el derecho obligacional y que, qué duda cabe, darían al traste con el fin del art. 96 CC, pues el cónyuge beneficiario no lograría permanecer en la vivienda que ha sido familiar. Si, por el contrario, lo configuramos como una prohibición de disponer, el dominio queda cercenado de la facultad de disposición, de modo que si se vulnerase la prohibición, no es que haga lo que no debe, es que hace — intenta— lo que no puede —si carecía de la legitimación suficiente para la enajenación, no pudo transmitir nunca el bien—, por lo que el acto de disposición sería nulo<sup>592</sup> (art. 6.3 CC; RDGRN 30 de diciembre de 1946), con los matices que más adelante concretaremos.

Nótese que el art. 96.IV CC no establece que no se pueda disponer de la vivienda familiar, sino que, para disponer de la misma, habrá de contarse con el consentimiento del cónyuge no titular<sup>593</sup>. Es más, incluso sin contar con el consentimiento de este, será

---

<sup>591</sup> *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54.

<sup>592</sup> *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, pp. 319-320; MAGRO SERVET, V., “Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles”, en *Diario La Ley*, núm. 7389, 2010 [LA LEY 2166/2010]. Recuérdese que, según adelantamos, PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, pp. 55-56, pese a reconocer que el incumplimiento de la prohibición de disponer conlleva, con carácter general, la nulidad (art. 6.3 CC), defiende, en caso de incumplimiento de esta prohibición del 96.IV CC, la anulabilidad por asimilación al art. 1320 CC; en un sentido similar, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos”, en *RCDI*, núm. 554, 1983, p. 13, quien, asimismo, considera que el acto que contravenga la prohibición no procede que sea en principio considerado absoluta y radicalmente nulo y sí sólo impugnabile. Por su parte, para CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 424, “se afirme que el negocio jurídico contrario a la prohibición es nulo de pleno derecho, de lo que derivaría una legitimación para cualquiera incluido el propio vendedor, la distinción entre contrato obligatorio y acto dispositivo (tradición) permite mantener la validez del primero y afirmar la ineficacia del segundo. En este sentido hay que entender que el acto sea nulo, es decir, no hay transmisión de la propiedad, pero igual que en el caso de venta de cosa ajena, el contrato es válido y eficaz”.

<sup>593</sup> *Vid.*, entre quienes discuten que se trate de una prohibición de disponer: ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, p. 614, quien considera que nos hallamos ante una obligación de disponer con determinados requisitos; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil IV...*, *op. cit.*, p. 104, quien precisa que sería defendible la aplicación analógica del art. 26

posible disponer de la vivienda si así lo autorizase el juez. Ahora bien, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, de acuerdo con la definición otorgada por la jurisprudencia, pueden existir prohibiciones de disponer en las que el acto de disponer no se prohíba absolutamente, sino que se exijan para él requisitos especiales, como el consentimiento de otra persona<sup>594</sup>. La doctrina suele reservar la denominación de “obligaciones de no disponer”, más bien, para aquellas prohibiciones de disponer voluntarias establecidas en actos o negocios a título oneroso, en virtud de lo dispuesto en los arts. 26.3 y 27 LH<sup>595</sup>.

Refiriéndose a las prohibiciones de disponer voluntarias, GÓMEZ GÁLLIGO, pese a aclarar que no se trata de un derecho real, apunta la semejanza existente entre la eficacia de estos y la de la prohibición de disponer: “no sólo se trata de que la prohibición de disponer sea inscribible porque limite la facultad de disposición de un derecho frente a todos, sino que sólo mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad puede existir una propia prohibición de disponer”, refiriéndose con ello a que, sin tal inscripción, la prohibición de disponer no es oponible *erga omnes* porque queda a salvo el tercero favorecido por la fe pública registral<sup>596</sup>. En fin, son las prohibiciones de disponer voluntarias las que requieren de inscripción.

El art. 26 LH establece la susceptibilidad de las prohibiciones de disponer o enajenar de hacerse constar en el Registro, así como las normas conforme a las cuales producirán

---

LH; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 154 y ss. Cabe, por último, citar a JUÁREZ TORREJÓN, A., “La prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad: prioridad, cierre registral y fe pública”, en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena* (dir. EMBID IRUJO, J. M., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. y MORALES MORENO, A. M.), CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2017, p. 497, quien considera que nos encontramos más próximos a la figura del modo que a la prohibición de disponer: de ahí que la no obtención de esa autorización no prejuzgue la adquisición del tercer adquirente, simplemente la hace atacable si le fuere oponible el modo que afecta a su transmitente.

<sup>594</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 320; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 276; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 29. La SAP de Madrid de 1 de marzo de 2004, define la prohibición de disponer como la privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que este pueda ser enajenado, gravado, o de otro modo ser objeto de disposición con mayor o menor amplitud, o sin llenar determinados requisitos.

<sup>595</sup> Vid. CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 419; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, núm. 743, 2014, p. 1405, quien bajo la denominación de obligaciones de no disponer sitúa a aquellas prohibiciones que se deriven de actos o negocios onerosos, las cuales considera que no pueden calificarse como de prohibiciones de disponer con carácter real e inscribibles (*cf.* arts. 26 y 27 LH, RDGRN de 19 de enero de 1963), salvo excepciones; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. V, *op. cit.*, p. 635, considera al respecto que “El art. 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a la prohibición de disponer en sentido propio, y no a las obligaciones de no disponer. De ahí que sea dudoso si la prohibición voluntaria de disponer, que sea ineficaz como tal, conserva valor obligacional”.

<sup>596</sup> GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 33. En esta misma línea, GORDILLO CAÑAS, A., “El «acto o contrato de trascendencia real» y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. II, La Ley, Madrid, 2006, p. 40, para quien “en buena doctrina, la prohibición de disponer no es real porque se inscriba, sino que se la inscribe por tener trascendencia real”; en el mismo sentido, ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. V, *op. cit.*, p. 635.

efecto. Sin embargo, *a priori*, el encaje de la prohibición del art. 96.IV CC en uno de los tres números de aquel precepto se presta a discusión debido a su aparente complejidad.

De los tres números que componen el art. 26 LH, hemos de descartar primeramente el 3º, que se refiere a las prohibiciones voluntarias, establecidas por el propietario al transmitir un bien.

Se ha de descartar, asimismo, el encaje de la prohibición del art. 96.IV CC en el número 2º del art. 26 LH, que establece que se harán constar en el Registro, mediante anotación preventiva, aquellas prohibiciones “*que deban su origen a alguna resolución judicial o administrativa*”. La prohibición del art. 96.IV CC no encuentra su origen en una resolución, sino en la propia ley que la contempla. El juez no impone la prohibición en cuestión, sino que determina quién resulta beneficiario de la aplicación de los criterios establecidos en el art. 96 CC. Fundamentalmente, la prohibición contenida en este número 2º viene siendo considerada como una medida cautelar (*cfr.* art. 145 RH); así la define la RDGRN de 8 de julio de 2010 cuando se refiere a ella como una “medida cautelar” cuya finalidad es la de “*asegurar la efectividad de la sentencia o resolución que finalmente recaiga en el procedimiento principal, declarativo o ejecutivo, en cuyo ámbito se dicta*”. No obstante, aunque considerásemos que el art. 96.IV CC tiene cabida en este segundo apartado del art. 26 LH, nos encontraríamos con que la constancia registral se prevé mediante anotación preventiva. Y se ha de considerar que el acceso de un derecho que, aun temporal, tiene permanencia en el tiempo, casa mal con el acceso por medio de una anotación preventiva; requiere más bien de una inscripción propiamente dicha.

La del art. 96.IV CC es una clara prohibición —aunque no absoluta— de disponer *ex lege*: impuesta por la ley cuando haya sentencia o escritura pública de separación o divorcio en la que se disponga sobre el uso de la vivienda familiar.

Así, habríamos de acudir al número 1º del art. 26 LH, que se refiere a las prohibiciones establecidas por ley —“prohibiciones legales”—. Estas prohibiciones tienen naturaleza de límites ordinarios de la propiedad, razón por la que el propio precepto dispone que “*no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio*”<sup>597</sup>. Son eficaces con independencia del Registro de la Propiedad: si el sujeto sometido a una prohibición de disponer, dispone sin tener facultad para ello, no habrá transmitido la propiedad.

---

<sup>597</sup> Como derivan de la ley, será esta la que le atribuya la eficacia, haciendo innecesaria la publicidad legal registral.

Sin embargo, nos encontramos con el escollo de que el número primero del precepto se refiere, concretamente, a las prohibiciones de disponer establecidas por la ley que tengan plena eficacia jurídica “sin expresa declaración judicial o administrativa”<sup>598</sup>. ¿Es la sentencia o la escritura pública que declara la separación o el divorcio un impedimento para el encaje de la prohibición del art. 96.IV CC en el supuesto del art. 26.1ª LH y su consideración como prohibición legal?

La respuesta ha de ser claramente negativa: se trata de una prohibición legal; cuestión distinta es la de si, aun siéndolo, requiere, o no de inscripción.

Hay quien, como PRETEL SERRANO<sup>599</sup>, defiende que, aun siendo la contemplada en el art. 96.IV CC una prohibición de disponer de origen legal, la misma no arranca su fuerza directamente de la ley, sino de un acto específico (resolución del juez, decreto del letrado de la Administración de Justicia o escritura notarial) que es el que afecta el inmueble a ese estatuto especial de la vivienda que ha sido familiar<sup>600</sup>. La prohibición de disponer forma parte, pues, del régimen especial a que queda sometido el derecho, como prohibición legal que es. En nuestro supuesto, para producir efectos contra terceros, mantiene PRETEL que la prohibición debe aparecer en la inscripción de la finca de que se trate (*cfr.* art. 9 LH y 51 RH), en tanto que está establecida en atención a intereses particulares (los hijos o el cónyuge). MATEO SANZ considera que lo dispuesto en el 26.1º LH no obsta a que se lleve a cabo la inscripción “cuando la prohibición resulta de hallarse los bienes en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa por completo a la publicidad de la ley”<sup>601</sup>. En fin, se defiende que, aun considerándose una prohibición legal de disponer, se requiere su inscripción.

Nosotros, en cambio, consideramos que la publicidad y la eficacia *erga omnes* de la prohibición legal de disponer del art. 96.IV CC deriva de la propia ley, del principio *ignorantia juris non excusat* (art. 6.1 CC).

Cuestión distinta es que haya de darse publicidad de que un determinado inmueble es vivienda familiar atribuida a persona distinta del dueño —que es el único que, como tal,

---

<sup>598</sup> En cierta contradicción parece incurrir CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1610, cuando considera la prohibición del párrafo cuarto del art. 96 CC “no como una de las establecidas por la Ley, ya que no resulta evidente en cuanto a cuáles sean los supuestos de que se trate, sino como constituida a título gratuito por imperativo legal”.

<sup>599</sup> PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54.

<sup>600</sup> *Vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 321, quien apunta a una distinción entre prohibiciones de disponer puramente legales y prohibiciones que forman parte de la configuración legal de estatutos especiales del derecho de propiedad, distintos del estatuto ordinario.

<sup>601</sup> MATEO SANZ, J. B., “Comentario al artículo 26”, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 492.

en principio aparece en el Registro de la Propiedad—. Sabido por cualquiera que esa casa es vivienda familiar atribuida al excónyuge, ya debe saber, o no puede alegar de buena fe ignorarlo, que le es aplicable el art. 96.IV CC. Téngase en cuenta, aquí, como ya se advirtió más atrás, que en el supuesto del que nos ocupamos existe una publicidad posesoria; aunque, desde luego, la misma no es inequívoca —pues el tercero puede pensar que se posee en arriendo, en precario,...—, tal tenencia ya le exige la diligencia de comprobar con qué título se tiene la vivienda, no pudiendo ya alegar de buena fe la ignorancia del derecho real.

A tal fin de publicidad de la prohibición, no tiene ni por qué ser necesaria una inscripción o una anotación. Valdría acudir a lo que ya defendió CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: a una simple mención registral. El autor, en su obra *La mención registral: su justificación y contenido*<sup>602</sup>, se refiere a aquellas menciones que, relativas a una situación jurídico-real o derecho no susceptible de inscripción especial y separada —no inscribible autónomamente—, se diferencia de las menciones previstas, para su eliminación, en los arts. 29 y 98 LH. Se refiere, entre otras, a las prohibiciones de disponer de origen legal (art. 26.1ª LH), que no es, porque no lo requiere, objeto de inscripción en el Registro. En este ámbito, existen quienes<sup>603</sup>, ante la creciente desmesura cuantitativa de tales limitaciones legales, proponen como conveniencia ocasional, sobre todo cuando no sean notorias, su publicidad registral para hacerlas así efectivamente cognoscible: “no basta con que la ley sea pública; es menester que también lo sea la verificación del supuesto determinante de su aplicación”. Como se pregunta CERDEIRA: no siendo tal límite susceptible de inscripción separada y especial, ¿por qué no admitir su mencionabilidad como útil para su efectivo conocimiento y como viabilizadora de su plena eficacia frente a terceros? Se trataría, pues, como mantiene CERDEIRA, “de habilitar la mención en el Registro, aunque fuera brevemente o por remisión, de cualquier límite o limitación legal y natural de la propiedad —especialmente, los de utilidad privada— que no sea de suyo aparente”.

La referida mención se trataría, no obstante, de una propuesta *de lege ferenda*. En el Derecho suizo ya existe, en el folio hipotecario, una columna de menciones<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La mención registral: su justificación y contenido”, en *RCDI*, núm. 652, 1999, pp. 885 y ss.

<sup>603</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 243 y DE LA RICA Y MARITORENA, R.: “Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, núm. 490, 1972, p. 528.

<sup>604</sup> Vid. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho hipotecario (orígenes, sistemas y fuentes)*, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1924, pp. 290 y 291.



Para concluir este apartado, hemos de referir que —como ya ha sido advertido en esta obra—, recientemente (mes de septiembre de 2018), ha sido aprobado por el Consejo de Ministros el ALD, que, entre las modificaciones que propone del art. 96 CC, valga destacar, aquí, la del actual párrafo cuarto (párrafo sexto en el ALD), contemplando expresamente la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad la limitación establecida. Tal previsión parece, a su vez, no estar coordinada con el nuevo inciso final del referido párrafo, en virtud del cual, la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe<sup>605</sup>.

#### 2.4.2.3 El reconocimiento de la naturaleza real como única posibilidad del derecho de uso de acceder al Registro

Nosotros, en este apartado, nos estamos preguntando si es posible, jurídicamente, que aun sin reconocérsele naturaleza real al derecho de uso de la vivienda familiar, este pueda acceder al registro y adquirir eficacia *erga omnes*; eficacia, ésta, que, recuérdese, hemos defendido, con el común de la doctrina y la jurisprudencia, como necesaria atendiendo al fin de la norma.

Ya vimos que ninguna norma habilitaba tal acceso —como ocurre con algunos derechos personales—. Por otra parte, pese a que parte de la doctrina se apoya en la limitación del párrafo cuarto del art. 96 CC para justificar el acceso al Registro de la Propiedad, acabamos de ver que la inscribibilidad de la prohibición legal del art. 96.IV CC también es controvertida; recientemente —como hemos advertido— en la redacción del art. 96 CC propuesta por el ALD sí se contempla de forma expresa la posibilidad de hacer constar, en el Registro de la Propiedad, la limitación de la disposición.

No obstante lo anterior, y aunque se permitiese el acceso de tal prohibición al Registro de la Propiedad, las corrientes doctrinales, así como el Tribunal Supremo, la DGRN —tal y como se apuntó al estudiar la patrimonialidad del derecho—, y el propio legislador en el ALD, suelen olvidar, recurriendo a tal solución para el acceso al Registro, quizás, el factor más importante del derecho de uso: su contenido positivo, el de la propia ocupación. Reducen el derecho de uso de la vivienda familiar a la mera prohibición del

---

<sup>605</sup> Art. 96.VI según la reforma propuesta por el ALD: “Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”. Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 224.

párrafo cuarto del art. 96 CC (*vid.* RDGRN de 19 de septiembre de 2007 o la STS de 14 de enero de 2010).

Sin embargo, esta prohibición depende del derecho principal de uso, al que se encuentra aparejada, no entendiéndose por sí sola. Nótese que la prohibición de disponer, por sí, no constituye un derecho real, en tanto que no atribuye derecho subjetivo o facultad dispositiva al beneficiado por ella; se trata de una restricción que limita la facultad dispositiva de un derecho, sin atribución de un correlativo derecho a otras personas, pudiéndose catalogar como “carga”<sup>606</sup>. Si defendemos el acceso al Registro de la Propiedad de la prohibición de disponer está accediendo precisamente eso, la prohibición, nada más.

El contenido principal del derecho de uso consiste en la ocupación de la que ha venido siendo la vivienda familiar y es este contenido positivo, olvidado por la jurisprudencia, el que nosotros precisamente utilizamos para defender su contenido patrimonial y llegar a plantearnos si es un derecho personal o un derecho real. Ese contenido positivo, asimismo, debe acceder al Registro por sí mismo, por ser diverso de aquella prohibición<sup>607</sup>. La prohibición de disponer, en tanto que existe, hemos de entenderla como una medida de reforzamiento.

Para el acceso al Registro de la Propiedad de ese contenido positivo del derecho de uso de la vivienda familiar, ya hemos descartado —epígrafe I.2.4.2.1— los distintos recursos a los que ha acudido la doctrina para lograr justificar el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso aun sin reconocerle naturaleza real. Por tanto, la única forma de garantizar el acceso al Registro de la Propiedad es la de reconocerle al derecho de uso la naturaleza real. De no ser así, no hay sustento legal alguno que posibilite el acceso del uso al Registro de la Propiedad y el reconocimiento de su eficacia *erga omnes*, por más que la doctrina y la jurisprudencia afirmen su inscribibilidad en el Registro. Lo que no puede sostenerse, como advierte RIGAUD, es que sea “preferible destruir el edificio tradicional y suprimir la antigua técnica del derecho real y el derecho de cré-

---

<sup>606</sup> *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)”, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; SABATER I SABATÉ, “Los efectos de la prohibición de disponer como carga en la ejecución forzosa, el concurso de acreedores y el decomiso”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2016, p. 387.

<sup>607</sup> GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La oponibilidad...”, *op. cit.*, p. 1898. Por su parte MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit.*, p. 224, refiriéndose a la redacción del art. 96 CC propuesta por el reciente ALD, califica de excesivo e inapropiado proteger el derecho de uso a través de la vía indirecta de limitación de la disposición; defiende que tal protección habría de realizarse de forma directa mediante la inscripción del propio derecho.

dito para abandonar la decisión del conflicto al arbitrio del juez. Puestos en esta pendiente es difícil detenerse”.

Si continuamos en la línea que venimos defendiendo, el reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso hace que el mismo acceda directamente a los libros registrales, en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2 LH<sup>608</sup>. Su naturaleza real permite su inscripción específicamente como tal y no como una toma de razón genérica de la demanda o de la sentencia, lo cual permitirá oponerlo a los adquirentes y/o acreedores posteriores. Cabe tener presente que sólo los asientos de inscripción de un derecho real y no el mero reflejo en el Registro de los pactos que consistan en derechos personales, ni los asientos de anotación, gozan de la fe pública registral a que se refiere el artículo 34 LH (*cfr.* art. 29 LH, sobre menciones registrales)<sup>609</sup>.

El título a inscribir será la propia sentencia de separación, nulidad o divorcio, o la escritura pública en caso de que se hubiera tratado de una separación o divorcio ante notario. En el caso de anotación preventiva durante el procedimiento y como medida cautelar (art. 165 y 166 RH), será el mandamiento expedido por el juez con certificación literal de la providencia recaída acordando su expedición.

Y, reconociéndose la naturaleza real del derecho, cabe preguntarse qué ocurrirá con la prohibición de disponer del art. 96.IV CC. Pues bien, volviendo a la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de las prohibiciones legales de disponer, BERNALDO DE QUIRÓS, a la hora de tratar este tipo de prohibiciones con carácter general, mantiene que no hace falta expresar de modo especial, en cada inscripción, las prohibiciones, sino que “basta con que quede claro respecto de cada bien inscrito que está afecto al régimen peculiar o estatuto especial típico que, conforme a la ley, comporte la prohibición de disponer”<sup>610</sup>. O, dicho de otro modo, si extrapolamos esto último a nuestro supuesto de hecho y consideramos el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real y, por tanto, inscribible en el Registro, con dicha inscripción ya se estaría dando publicidad de ese especial estatuto otorgado al inmueble con la atribución, el cual comporta, ya

---

<sup>608</sup> No resulta, en cambio, inscribible, cualquier acuerdo de los cónyuges en relación con la vivienda familiar. La aprobación judicial del convenio no convierte en inscribibles pactos que, por la forma en que se establecen, carecen de trascendencia real (*vid.* RDGRN de 11 de septiembre de 2003).

<sup>609</sup> COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, p. 44.

<sup>610</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 321. En el mismo sentido, GORDILLO CAÑAS, A., “El «acto o contrato de trascendencia real»...”, *op. cit.*, p. 35, apunta que esa innecesariedad de inscripción a la que se refiere el art. 26.1º LH, se comprende cuando las prohibiciones legales de disponer se integran en el estatuto especial y objetivo de determinados bienes; no, en cambio, cuando deban entrar en acción por encontrarse el bien en unas circunstancias cuya verificación fáctica escapa en absoluto a la publicidad de la ley.

de por sí, la prohibición de disponer que la propia ley contempla; de esta forma, sería innecesaria, a efectos del art. 51.6 RH, la constancia expresa de la prohibición de disponer en el asiento de inscripción del derecho de uso, pues en el Registro ya figuran las circunstancias que concurren a formar el supuesto de hecho que da lugar a la misma (art. 6.1 CC)<sup>611</sup>. Es decir, si antes aludíamos a la dificultad de poder conocer que una determinada vivienda es familiar y se encuentra atribuida a quien no es su propietario, con la inscripción del derecho real tal dificultad queda salvada. Cuestión distinta es que pueda defenderse —como hemos defendido en el apartado anterior— la conveniencia de una mención registral sobre la prohibición del art. 96.IV CC para el efectivo conocimiento de la prohibición.

#### 2.4.2.4 Especialidad del uso para su acceso al Registro de la Propiedad

En la práctica, algunas de las controversias que se han generado a la hora de inscribir el derecho de uso en el Registro de la Propiedad derivan del principio de tracto sucesivo —que fue abordado cuando tratamos la vivienda propiedad de tercero—<sup>612</sup>.

Las otras derivan del principio de especialidad registral del art. 9 LH en relación con el art. 51 RH. Al respecto, téngase en cuenta que el Registrador de la Propiedad ha de estudiar cuidadosamente el título en que se integre el derecho de uso de la vivienda familiar, pues de su trascendencia real o no dependerá la inscribibilidad de los pactos o cláusulas en el Registro de la Propiedad (*cf.* arts. 7, 9 y 51.6 RH). La RDGRN de 2 de junio de 2014, mantiene que el derecho de uso de la vivienda familiar, para ser inscribible:

*“debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un día certus, salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil Catalán— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción”*<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> Vid. CABALLERO LOZANO, J. M., *Las prohibiciones de disponer: su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 35.

<sup>612</sup> Vid. *supra*, cap. segundo, II.5.

<sup>613</sup> Vid., en este mismo sentido, entre otras: RRDGRN de 9 de julio de 2013, 24 de octubre de 2014 o 20 de octubre de 2016.

Es cierto que la RDGRN de 5 de junio de 2008, partiendo de que no es un derecho real, había considerado que “*no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen para la inscripción de los derechos reales*”. Frente a ello, lo cierto es que nosotros sí lo hemos considerado como tal y, aunque no hubiésemos llegado a tal conclusión, la mera posibilidad de su inscripción exige tal especialidad, como lo demuestra aquella otra resolución, más reciente, de 2 de junio de 2014.

Esta especialidad se manifiesta, fundamentalmente, en tres aspectos: el primero la naturaleza y extensión del derecho que se inscribe, conforme a lo dispuesto en el art. 51.5ª y 6ª RH, precisión que es suficiente con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se “denomine” o “califique” exactamente el derecho<sup>614</sup>; el segundo aspecto, la necesidad de señalar el plazo de duración del derecho —cuestión que abordaremos al estudiar la temporalidad del mismo en el capítulo sexto, I.2—. Y, en tercer lugar, la cuestión de la titularidad del derecho —en la que nos centraremos en el epígrafe V del capítulo cuarto—.

Al primero de esos aspectos que conforman la especialidad registral —naturaleza y extensión— parece referirse, entre otras, la RDGRN de 1 de septiembre de 1998 que, partiendo del pronunciamiento respecto a la vivienda familiar —“fallecida la esposa durante la convivencia de los hijos con ella, estos podrán seguir ocupando la vivienda (...) mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico”—, confirma lo alegado por el Registrador en cuanto a que:

*“la indeterminación del derecho en cuestión, que no sólo pone en entredicho su alcance sino incluso su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que se prestaría un eventual derecho de alimentos respecto de esos hijos), impide acceder a su reflejo registral (cfr. artículos 2.9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario)”*.

Al principio de especialidad se acude también en la RDGRN de 5 de junio de 2008, que trae causa de un supuesto en el que el convenio regulador atribuye a la esposa, no solo el uso de la casa, sino también un derecho de usufructo, originado, así, una confusión al respecto, “*dada la distinta naturaleza del derecho real de usufructo y el derecho familiar al uso de la vivienda habitual*”.

En un sentido similar a la anterior se pronuncia, más recientemente, la —ya referida— RDGRN de 2 de junio de 2014, que acaba reiterando la necesidad de que los cón-

---

<sup>614</sup> Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La oponibilidad...”, *op. cit.*, p. 1908.

yuges determinen claramente la naturaleza del derecho que se constituye en el convenio regulador.

#### 2.4.2.5 La consolidación del derecho de uso con el derecho de propiedad

Poca discusión genera la inscripción del derecho de uso atribuido en aquellos casos en los que la vivienda es propiedad del cónyuge no beneficiario, pues la disposición de la vivienda por el otro cónyuge puede perjudicar el derecho de uso atribuido.

Tal inscripción se considera también posible, y conveniente, en el caso de que la vivienda sea una propiedad proindiviso de ambos cónyuges. Téngase en cuenta que el art. 399 CC faculta para que cualquiera de los cónyuges pueda disponer de su cuota. En el supuesto en que el cónyuge no beneficiario dispusiera de la suya, si bien es cierto que ello no perjudicaría a la cuota del cónyuge beneficiario, no lo es menos que sí perjudicaría el uso que tiene atribuido, que resultaría inoponible al tercero adquirente.

Tratándose, por su parte, de una vivienda ganancial, si el cónyuge no usuario de la vivienda pretende disponer de la titularidad plena sobre la vivienda familiar postganancial es cierto que será necesaria la actuación conjunta de ambos partícipes —que ambos dispongan de su derecho de coparticipación—, por lo que la protección ya deriva de los arts. 1377 y 1378 CC, y 93, 94 y 95 RH. Sin embargo, considera BLANDINO GARRIDO que en este supuesto procede aplicar los principios de la “venta de cosa ajena”. Si concurren los requisitos del art. 1261 CC —entre los que no se encuentra el gozar del *ius disponendi*— el contrato será válido, pero no se producirá el efecto transmisivo o real, para el que se requiere ostentar la titularidad del derecho. Siendo un bien que solo parcialmente es ajeno, salvo que el comprador decida resolver la compra o anularla por error o dolo, se transmitirá la cuota que le pertenece al disponente; nos encontraríamos, pues, en el supuesto del párrafo anterior, por lo que es, nuevamente, conveniente, la inscripción a efectos de su plena protección<sup>615</sup>. Es más, si la liquidación hubiese de terminar con la subasta de la vivienda, la inscripción permitiría una plena aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial de oponibilidad del derecho de uso al tercero adquirente.

En cambio, si el uso es atribuido al cónyuge que ostenta la titularidad privativa de la vivienda familiar, la DGRN, seguida por gran parte de la doctrina, considera inadmisi-

---

<sup>615</sup> BLANDINO GARRIDO, M. A., “Actos dispositivos...”, *op. cit.*, p. 201 y en “Régimen jurídico...”, *op. cit.* En cambio, GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 153, considera que en el caso de que la vivienda sea ganancial o presumiblemente ganancial no es preciso acudir a los arts. 1320 y 96 para la protección.

ble la inscripción del derecho de uso. Los argumentos que se esgrimen para ello son, básicamente, dos:

El primero, que el derecho de uso atribuido queda embebido por el derecho de propiedad<sup>616</sup>; es decir, se produce una consolidación<sup>617</sup>. Se consolida el derecho de uso atribuido en la sentencia conyugal con el derecho más amplio de la propiedad con las facultades del art. 348 del Código Civil, entre las cuales destaca la de usar el bien adquirido en propiedad. Asimismo, si de la liquidación de la sociedad de gananciales resulta la adjudicación del inmueble a aquel de los cónyuges al que se había atribuido el uso, este último se extinguirá<sup>618</sup>. Como mantiene la RDGRN de 6 de julio de 2007 *“el uso y disfrute de la vivienda, en el presente caso, viene atribuido por el derecho de propiedad que sobre la vivienda se ostenta. Por ello, en principio, carece de interés y razón de ser la constancia registral que se solicita”*.

El segundo de los argumentos, que el beneficiario del uso, en tanto que único titular del inmueble, tendrá la libertad dispositiva normal, inherente a su titularidad<sup>619</sup>; es decir, que dándose este supuesto, la limitación del art. 96.IV CC carece de sentido, pues es más que evidente que no se va a disponer de la vivienda sin su consentimiento. En este argumento es en el que se apoya la DGRN con mayor asiduidad para denegar la inscripción en estos casos. Dice, entre otras, la RDGRN de 14 de mayo de 2009:

*“Consecuentemente, cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento, pues en tales hipótesis el consentimiento para enajenar siempre procederá del titular del derecho de uso, sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del excónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso (vid. STS de 22 de septiembre de 1988). En definitiva, la facultad de limitar la li-*

---

<sup>616</sup> Vid. LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 99, para quien en estos casos no se genera especialidad alguna, ni siquiera en torno al *ius possidendi* sobre la vivienda; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 50, y en “La vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 67; ROBLEDOS VILLAR, A., *op. cit.*; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 146; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 142; MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 72; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3464.

<sup>617</sup> Cabe destacar, en este sentido, el art. 561-16.1.c CCcat., en virtud del cual el derecho de usufructo se extingue, entre otras causas, por *“Consolidación, si el objeto del usufructo es un bien mueble, excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de su derecho”*. ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 1009, considera aplicable tal precepto al derecho de uso sobre inmueble.

<sup>618</sup> Vid., en tal sentido, la STS 278/1997 de 4 de abril.

<sup>619</sup> LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 111, considera que lo contrario sería llevar la protección más allá de sus justos límites. En sentido contrario parece mostrarse LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 268 y ss., quien considera que, si hay coincidencia entre propietario y usuario, también podrá enajenar la nuda propiedad, pero no el usufructo.

*bre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que sólo a su titular corresponde*<sup>620</sup>.

## **II. La existencia del art. 96.IV CC como obstáculo al reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar**

La protección contemplada en el párrafo cuarto del art. 96 CC constituye una clara medida de protección del cónyuge no titular beneficiario del uso<sup>621</sup>, mediante la cual se le reconoce la facultad de intervenir en algunos —no todos, como vamos a ver en este epígrafe— negocios dispositivos que afecten a la vivienda cuyo uso le ha sido atribuido en virtud de lo dispuesto en los anteriores párrafos del art. 96 CC<sup>622</sup>. La posible autorización judicial supletoria entrará en juego ante la negativa o la imposibilidad por ausencia o incapacidad del cónyuge beneficiario del uso.

Pese a su aparente claridad, en relación con este párrafo surgen varias cuestiones; nosotros nos detendremos, únicamente, en aquellas que puedan incidir en nuestro objeto de estudio: la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar<sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> En idénticos términos se pronuncian las RRDGRN de 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008, 9 de julio de 2013 y 24 de octubre de 2014.

<sup>621</sup> El art. 96 CC parece partir de la hipótesis de que, disuelto el régimen, se ha liquidado la sociedad y dividido su haber entre los cónyuges, olvidando los supuestos en que, pese a la disolución del régimen, se mantiene la situación de proindiviso. Pese al tenor literal del párrafo cuarto del art. 96 CC, que se refiere al “no titular”, lo cierto es que no existe ninguna justificación para que se otorgue más protección al cónyuge no cotitular beneficiario de la atribución del uso frente a aquél que, además de usuario por atribución judicial, es también cotitular de la vivienda. De ahí que debamos entender que, cuando el art. 96.IV CC —al igual que el párrafo tercero— se refiere al “cónyuge no titular”, se está refiriendo únicamente a la cuota de la que no sea titular el cónyuge beneficiario de la atribución del uso. *Vid.*, en tal sentido: MARTÍN AZCANO, E., “Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial”, en AC, núm. 9, 2014, [LA LEY 4820/2014]; HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 324; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, p. 92; LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 361; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Actos dispositivos...”, *op. cit.*, p. 201 y en “Régimen jurídico...”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 65-66; BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993”, *op. cit.*, pp. 820 y ss.

Esta parece ser la opción tomada por el art. 231-9.1 CCcat., cuando establece que “(...) *el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar (...), aunque se refiera a cuotas indivisas*” (el subrayado es nuestro) (*vid.* STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2003).

<sup>622</sup> Protección, esta, más allá de la que corresponde a todo poseedor y a la que se refiere el art. 446 CC; es decir, la protección interdicial o tutela sumaria de la posesión. El referido precepto se remite a la legislación procesal civil, la cual se ocupa de los medios procesales con los que cuenta el poseedor como instrumento de defensa. Simplemente, citamos especialmente los arts. 250.1.4º, 439.1 y 447.2 LEC, sin que sea oportuno entrar ahora en otras cuestiones más allá de su mera referencia.

<sup>623</sup> Obviaremos, pues, cuestiones tales como los efectos del incumplimiento de lo dispuesto en el art. 96.IV CC, sobre lo que tanto se ha escrito.



## 1. Interpretación del art. 96.IV CC

### 1.1 El paralelismo entre el art. 96.IV CC y el art. 1320 CC

Hemos de apuntar que esta protección de la vivienda familiar que se dispensa a través de este art. 96.IV CC ya existía durante la estabilidad matrimonial, es decir, cuando el inmueble en cuestión realmente tenía la consideración de familiar. El art. 1320.I CC, establece que “*Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial*”<sup>624</sup>. El mismo, incluido entre los preceptos que componen lo que se conoce como “régimen matrimonial primario”, resulta, así, de aplicación, a cualquier matrimonio, independientemente del régimen por el que se rija.

Entre uno y otro precepto existen más diferencias de las que, *a priori*, pudieran parecer. No obstante, comenzamos advirtiendo cómo muchos autores se han afanado en suavizar tales divergencias, interpretando el art. 96.IV CC desde el 1320 CC, y buscando una interpretación apropiada que no hace más que asimilar los efectos del incumplimiento a los propios de un derecho real.

Se ha de tener claro —y esto admite poco margen de discusión— que, pese al paralelismo de ambos, uno y otro precepto tienen una *ratio legis* diferente; las situaciones que les sirven como presupuestos de hecho son muy disímiles.

El art. 1320 CC está concebido para un momento de normalidad en la convivencia conyugal, constante el matrimonio, siendo ambos cónyuges coposeedores del bien que se pretende transmitir en virtud de la obligación de vivir juntos que pesa sobre ellos y la

---

<sup>624</sup> También en Francia, por ejemplo, durante la estabilidad matrimonial, e incluso durante el proceso de divorcio, el art. 215.III CCfr. establece que los cónyuges no podrán disponer a título individual de los derechos por los que se garantiza la vivienda familiar, ni de los muebles que esta contenga. En atención a ello, cualquier cónyuge que no hubiese dado su consentimiento al acto podrá solicitar su anulación en el plazo de un año tras la fecha en que tuviese conocimiento del acto, y siempre que no haya transcurrido un año tras la disolución del régimen económico matrimonial: “*Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation: l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous*”.

En un sentido similar, el art. 215 §1 CCbelg.: “*1. Un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer entre vifs à titre onéreux ou gratuit des droits qu'il possède sur l'immeuble qui sert au logement principal de la famille, ni hypothéquer cet immeuble.*

*Il ne peut sans le même accord, disposer entre vifs à titre onéreux ou gratuit, des meubles meublants qui garnissent l'immeuble qui sert au logement principal de la famille, ni les donner en gage.*

*Si l'époux, dont l'accord est requis, le refuse sans motifs graves, le conjoint peut se faire autoriser par le tribunal de la famille, à passer seul l'acte”.*

presunción que se establece al respecto (arts. 68 y 70 CC). Se intenta, así, conferir seguridad a la vivienda familiar frente a comportamientos de uno de los cónyuges titulares que pudieran ponerla en peligro. El art. 96 CC, por su parte, está pensado para una situación radicalmente opuesta: la de crisis del matrimonio o, más bien, inexistencia incluso del mismo. De ahí que no sea de extrañar que el tratamiento y los efectos que deriven de uno y otro precepto puedan ser diferentes, por más que su redacción sea muy similar. A nosotros, en esta obra, no nos compete el estudio del art. 1320 CC más que por la incidencia que pudiera tener a la hora de estudiar el párrafo cuarto del art. 96 CC.

En conexión con lo anterior, el *presupuesto* para la aplicación de uno y otro es evidente que ha de ser diferente, como se extrae de su propio tenor literal. En el art. 96 CC la intervención se condiciona a la previa atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges. Mantiene, en este sentido, ESPIAU ESPIAU, que la intervención contemplada “se condiciona a la existencia de posesión efectiva de la vivienda atribuida, siquiera sea porque el *ius possidendi* que le corresponde como consecuencia de la atribución comporta no sólo un *derecho a poseer*, sino también el deber de ejercitarlo”<sup>625</sup>. En la RDGRN de 31 de marzo de 2000, la Dirección General considera que una lectura atenta del art. 96.IV CC “*determina que la exigencia del consentimiento o autorización judicial para disponer de una vivienda privativa de un cónyuge sólo tiene aplicación cuando sobre la misma se ha constituido a favor del consorte el derecho de uso que la norma contempla*”, pero en ningún caso “*se establece una exigencia a observar en todo supuesto de disposición de vivienda privativa de un cónyuge separado judicialmente, en previsión de que pueda estar afecta a aquel gravamen y como garantía del mismo*”. Y continúa diciendo que, en tanto que se trata de un derecho —el de uso— inscribible:

*“el Registrador (...) sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del cónyuge disponente”.*

En el art. 1320 CC se prescinde, en cambio, de la condición de poseedor del cónyuge no titular de la vivienda. Poco margen de discusión cabe respecto a este presupuesto.

Ahora bien, durante la estabilidad matrimonial, si el cónyuge coposeedor no es, ni tan siquiera, cotitular de la vivienda, es un coposeedor de un bien ajeno, que posee por

---

<sup>625</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 98.

obra de la obligación de vivir junto al titular en su condición de cónyuge. Técnicamente no está legitimado —por carecer de título alguno— para consentir a los efectos del art. 1261 CC. De ahí que doctrina y jurisprudencia tengan establecido que, en estos casos, lo exigido del consorte en el art. 1320 CC no es un consentimiento *stricto sensu*, sino más bien un *asentimiento*<sup>626</sup>, una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno (*vid.* RDGRN de 25 de abril de 2005 y 7 de diciembre de 2007)<sup>627</sup>.

En cambio —añade CERVILLA—, en el art. 96 CC, en tanto que el usuario lo es en virtud de título —la resolución judicial— que le otorga y reconoce este derecho a poseer, el cónyuge que consiente lo hace en ejercicio de un derecho legítimo y reconocido, de ahí que considere que el consentimiento del titular que no va acompañado del consentimiento<sup>628</sup> del beneficiario no sería un consentimiento válido a los efectos del art. 1261 CC; se muestra, así, contraria a gran parte de la doctrina que aprecia un paralelismo entre ambas normas, exigiendo también un mero asentimiento en el supuesto del art. 96.IV CC<sup>629</sup>.

---

<sup>626</sup> *Vid.*, en tal sentido: ATIENZA NAVARRO, M. L., “Comentario al artículo 1320”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. III, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 815; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, pp. 25-27, así como en “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, pp. 18-19; COSTAS RODAL, L., “Comentario a los artículos 1315 a 1324”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 1802; PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 55.

<sup>627</sup> Durante la estabilidad matrimonial, resulta también aplicable el art. 91.1 RH, en virtud del cual “Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”. El motivo de su aplicabilidad durante la estabilidad matrimonial no es otro que, para que el art. 91 RH sea aplicable, los Registradores han de conocer la existencia de la familia del titular, conocimiento que se pierde desde el momento en que, por liquidación de la sociedad, la vivienda se adjudica a uno de los cónyuges en cuyos datos personales aparece ya desligado de vínculo matrimonial. GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, pp. 22 y 23, considera que existe también esta protección de la legislación hipotecaria en los supuestos de separación ya que no existe disolución del vínculo matrimonial. Incluso, en tanto que en los supuestos de nulidad y divorcio se sigue manteniendo la *conceptio familiaris*, una nota marginal de constancia del carácter familiar de la vivienda abriría la posibilidad de aplicación del art. 91 RH a través de una interpretación extensiva. Considera VALDECASAS que el titular asumiría la responsabilidad de la declaración, sin que afecte a terceros ni al tráfico inmobiliario. ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, p. 256, considera que el art. 91 RH, que en cualquier caso presupone la existencia de una relación matrimonial estable, presume el carácter familiar de forma implícita, lo cual demuestra que tal carácter no tiene acceso al Registro de la Propiedad.

<sup>628</sup> Al igual que CERVILLA, RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 107 y ss., considera el del art. 96.IV CC como un verdadero consentimiento en el sentido del art. 1261 CC.

<sup>629</sup> *Vid.* entre otros: HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, p. 324; LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, pp. 216 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*; PÉREZ CONESA, C., “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. STS de 27 de febrero de 2012”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2012 [BIB 2012/917]; MARTÍN AZCANO, E., “Limitación de las facultades...”, *op. cit.*; CORTADA CORTIJO, N., *op. cit.*, p. 618.

Cabe, por último, apuntar, aun sin podernos detener *in extenso* en ello, que, pese a lo defendido por algunos autores<sup>630</sup>, no existe paralelismo entre los arts. 1320 y 96 CC respecto a lo contemplado en el segundo párrafo del art. 1320 CC, no siendo el referido párrafo aplicable a los supuestos del art. 96 CC<sup>631</sup>.

## 1.2 Alcance de la “disposición”: su interpretación finalista

Una de las cuestiones que ha sido objeto de interpretación acerca de este párrafo cuarto del art. 96 CC ha sido la concerniente a la extensión del término “disponer”. Al respecto, se reputa necesario realizar una interpretación del precepto que sea finalista.

Ello conlleva, por una parte, una interpretación amplia del término “disponer” en el sentido de que comprenda, no solo los actos de disposición *stricto sensu*, sino todos aquellos actos —incluso de administración— que pudieran acarrear un perjuicio para el uso atribuido a uno de los cónyuges. Con lo apuntado se confirma lo que venimos defendiendo en esta obra: aunque como principio rija la libertad presunta de la propiedad y la necesidad de interpretar restrictivamente toda limitación dominical —en este caso la limitación a la facultad de disponer—, cuando la limitación dominical obedece a una razón de interés general (la función social, *ex art. 33.2 CE*), cabe su interpretación amplia, o incluso correctora, pues no podemos negar que, incluir la administración en la “disposición” del art. 96.IV CC, es modificar la letra de la ley, aunque —consideramos— se hace respetando su fin, su espíritu. Tiene pleno sentido que así sea,

---

<sup>630</sup> *Vid.*, entre otros, GORDILLO CAÑAS, A., “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia”, en *ADC*, núm. 4, 1982, pp. 1154-1155; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 152; o FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 281-282.

<sup>631</sup> En este mismo sentido, *vid.*, entre otros, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1610, o MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.* En definitiva, en el art. 96 CC no existe protección al tercero civil de buena fe, a diferencia de lo que ocurre durante la estabilidad matrimonial con el art. 1320.II CC, en virtud del cual el tercero civil solo necesitará la buena fe para quedar protegido. La razón más importante del diferente tratamiento en uno y otro supuesto, y por la que —consideramos— el legislador no vio necesario incluir el referido párrafo en el art. 96 CC es que, durante la estabilidad matrimonial, no hay posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad el carácter familiar de la vivienda, por lo que el adquirente cuenta con escasez de medios para conocer el destino familiar de la vivienda, que es la que hace aplicable el art. 1320.I CC. No ocurre lo mismo, en cambio, una vez acaecida la crisis matrimonial. En este caso, el tercero no requerirá de una especial protección, pues el derecho de uso atribuido en virtud del art. 96 CC puede acceder al Registro de la Propiedad, dotándosele de publicidad y pudiendo ser, así, conocido por el tercero que, de existir la referida inscripción, ya no podrá alegar la buena fe. Téngase, además, en cuenta, que de constar el uso atribuido en el Registro y, por tanto, el carácter de la vivienda y la necesidad de consentimiento para disponer de la misma, ello provoca que se deniegue el acceso al Registro de aquel acto dispositivo que no haya contado con el referido consentimiento (*vid.*, en tal sentido, GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, p. 89). Otra cuestión que ha sido objeto de debate, y en la que tampoco podemos detenernos, es la concerniente a si ese primer adquirente al que se refiere el art. 1320.II puede ser, o no, considerado tercero.

pues, *v. gr.*, ¿cómo va a poder arrendar la vivienda si el uso corresponde al cónyuge no titular o a este y los hijos?<sup>632</sup>

Por otra parte, de lo anterior se extrae, asimismo, que esa interpretación finalista nos lleva a una interpretación estricta en cuanto a los actos de administración o disposición que se encuentran limitados en virtud de lo dispuesto en el art. 96.IV CC: solo lo estarán aquellos que conlleven un perjuicio para el uso atribuido a uno de los cónyuges<sup>633</sup>.

Así lo considera también, en mayor o menor medida, la práctica totalidad de la doctrina. Estamos con GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, cuando “no considera necesario incluso ni tan siquiera acudir a la distinción entre actos de administración y actos dispositivos”, sino que habrá de requerirse el consentimiento cuando el acto en cuestión pueda conllevar la privación a los beneficiarios del uso que les había sido atribuido<sup>634</sup>.

Concretamente, entre los actos y contratos que se ven afectados, si nos acogemos a esta interpretación finalista, se encuentran aquellos que impliquen una enajenación —donación, venta, dación en pago, cesión para pago, la aportación del inmueble a una persona jurídica, etc.—, constitución de algún derecho sobre la vivienda —hipoteca<sup>635</sup>, arrendamiento, comodato, opción de compra, derechos reales de goce, etc.—, incluida

---

<sup>632</sup> Vid. ATIENZA LÓPEZ, J., “Nulidad de la hipoteca constituida por el esposo sobre la vivienda familiar cuyo uso había sido atribuido judicialmente a la esposa y los hijos comunes”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 111, 2010, p. 15.

<sup>633</sup> Precisamente por ello, BLANDINO GARRIDO, M. A., “Actos dispositivos sobre la vivienda familiar ganancial en las situaciones de crisis matrimonial”, en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D.)*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1997, p. 201 y “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, considera que la aplicabilidad o no del art. 96.IV CC cuando la vivienda fuese ganancial, y se halle inmersa en el patrimonio postganancial, pasa por comparar el régimen previsto, en general, para la gestión de los bienes mientras permanecen en la situación de indivisión postganancial, con el sistema de garantías del art. 96.IV CC. Así, “en la medida en que dicho régimen general sobre la gestión de los bienes postgananciales resulte más reforzado que el régimen especial derivado del art. 96.4 CC del Código Civil, este último precepto devendrá irrelevante”. Por el contrario, en aquellos supuestos en que la normativa general permita a los cotitulares realizar unilateralmente actos de disposición, habrá de recurrirse al art. 96.IV CC para evitar la desprotección.

<sup>634</sup> Vid. GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 154 y ss. En el mismo sentido: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 268, quien apunta que la prohibición no solo se refiere a los actos de enajenación y gravamen de la cosa, sino también a los de obligación (*v. gr.* arrendar la vivienda, darla en comodato, etc.); CAÑIZARES LASO, A., *op. cit.*, p. 419; MONDÉJAR PEÑA, M. I., “Oponibilidad al adquirente...”, *op. cit.*, p. 443. En cambio, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 28, no considera que esa prohibición de disponer excluya los actos de mera administración, como la percepción de frutos —incluso civiles mediante el arrendamiento del bien— y demás actos ordinarios de utilización y aprovechamiento. Tampoco —apunta— excluye los actos de “riguroso dominio”, que trascienden la mera administración ordinaria y habitual, pero sin constituir una limitación del derecho; se refiere, con estos últimos, entre otros, a los actos de modificación hipotecaria —segregación, agrupación— o de declaración de derechos —obras nuevas, división horizontal—.

<sup>635</sup> Téngase en cuenta que la hipoteca, aunque no implica una desposesión actual, lleva consigo una enajenación en potencia. En tal sentido, *vid.* GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 154 y ss., quien además estima preciso el asentimiento en el derecho de retorno arrendaticio, en la constitución del derecho de opción o de tanteo o retracto voluntario, así como para segregaciones y divisiones que supongan la desafectación de un elemento constitutivo de la vivienda familiar.

la renuncia al derecho sobre el local —usufructo, arrendamiento, etc.— en el que la vivienda esté establecida<sup>636</sup> o cualquiera otra omisión que pueda derivar en la privación del inmueble referido —consentimiento a la resolución del contrato, allanamiento...—<sup>637</sup>. Incluso, se vería afectada la celebración de una permuta sobre la vivienda pues, a pesar de obtener otra, estaría facultando al disponente para decidir cuál será la vivienda a ocupar por su excónyuge. Siendo la vivienda arrendada, podrá considerarse como actos de disposición aquellos que incidan sobre el derecho de prórroga forzosa, el subarriendo, la cesión del contrato de arrendamiento, la no renovación o el desistimiento.

No se considerará, en cambio, a estos efectos, un acto de disposición: la donación modal —si la carga impuesta fuera la de respetar el derecho a usar la vivienda—; la hipoteca, siempre que se acuerde la no ejecución hasta que el inmueble deje de servir como vivienda familiar<sup>638</sup>; o la disposición, por el cónyuge titular no beneficiario, de la nuda propiedad reservándose el usufructo<sup>639</sup> o reservándose, en definitiva, un derecho real de goce cuya entidad, contenido y estabilidad, aseguren el uso de aquella en las condiciones determinadas por la atribución judicial<sup>640</sup>; generan dudas casos como la reserva del derecho de uso o habitación —derechos que pueden suponer una restricción al uso— o el *lease back*<sup>641</sup>. La disposición del derecho de propiedad con reserva de un derecho de arrendamiento, también cabe interpretar que necesite del consentimiento del cónyuge no titular, pues, aun cuando la familia no quede sin alojamiento, qué duda cabe de que la estabilidad de su alojamiento es más débil con el derecho de arrendamiento que cuando su derecho base era la misma propiedad del inmueble<sup>642</sup>. Suele defenderse, por otro lado, que no afectan a la prohibición de disponer: el derecho de superficie, el mutuo o el depósito.

---

<sup>636</sup> Vid. LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 361; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil IV...*, *op. cit.*, p. 103; COBACHO GÓMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 152.

<sup>637</sup> Vid. PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 106.

<sup>638</sup> Hay quien admite este mismo criterio para la prenda, la anticresis, e incluso al tanteo y retracto convencional, el derecho de opción y para los casos de prohibición de disponer. Vid. MATEO SANZ, J. B., *op. cit.*, pp. 483 y ss.

<sup>639</sup> LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 268 y ss., añade que, incluso si el otro cónyuge simplemente fuese un usufructuario (art. 480 CC), podrá disponer del resto de los frutos que no corresponden al usuario.

<sup>640</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *op. cit.*, p. 281, añade que no considera aplicable el doble consentimiento en la asunción de obligaciones por el propietario, pese a que en virtud de la responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), de su incumplimiento pueda derivarse la realización de la vivienda familiar.

<sup>641</sup> Vid. POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 129.

<sup>642</sup> Vid. DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario al artículo 1320”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍEZ ALABART, S.), t. XVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 1982 [consultado el 20 de septiembre de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/263064>; ATIENZA NAVARRO, M. L., *op. cit.*, p. 818.

Esta misma interpretación de la “disposición” es la que se defiende del art. 1320 CC, aplicable durante la estabilidad matrimonial<sup>643</sup>. En tal sentido se ha pronunciado tanto el Alto Tribunal (*vid.* STS 584/2010 de 8 de octubre) como la DGRN (*vid.* la reciente RDGRN de 13 de junio de 2018). En esta última resolución, el Centro Directivo afirma que la función del art. 1320 CC es la necesidad de asegurar al otro cónyuge y, a través de él, a la familia, el espacio propio de convivencia frente a aquellos actos de disposición unilaterales que pudiera llevar a cabo el cónyuge propietario de la vivienda o titular de un derecho sobre ella; a este último se le impide cualquier actuación que pueda privar al consorte del uso compartido de la vivienda. Añade, además, que los arts. 1320 CC y 91 RH utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo (“disponer”), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento; reconoce, así, que la expresión legal del Código Civil es deliberadamente amplia: se entenderá que comprende todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar<sup>644</sup> (expresión utilizada por el art. 190.1 CDFFA)<sup>645</sup>. Más claro resulta, al respecto, el Código Civil catalán, cuyo art. 231-9.1, se refiere a actos “*de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso*” (el subrayado es nuestro)<sup>646</sup>. Es más, en el ámbito de la Unión Europea, el Comité de Ministros celebrado el 16 de octubre de 1981 (Resolución 81/1915) recomendó a los Gobiernos de los Estados miembros que garantizaran a los cónyuges el derecho de uso de la vivienda familiar, adaptando su legislación conforme a una serie de principios, entre los que destacamos el que se refería a que “Cualquier acto jurídico de uno de los cónyuges que pueda atentar directamente al derecho del otro cónyuge al uso de la vivienda familiar debe realizarse con el consentimiento de este último” (el subrayado es nuestro). Si acudimos al Derecho extranjero, por ejemplo al Código Civil fran-

---

<sup>643</sup> *Vid.* COSTAS RODAL, L., “Comentario a los artículos 1315 a 1324”, *op. cit.*, p. 1802; ATIENZA NAVARRRO, M. L., *op. cit.*, p. 813; DE LOS MOZOS, J. L., *op. cit.*

<sup>644</sup> La RDGRN de 13 de junio de 2018 concluye que no es necesario el consentimiento de la esposa para constituir una servidumbre de paso sobre la azotea de la vivienda familiar, ya que la misma solo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea), no existiendo, pues, elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma.

<sup>645</sup> Art. 190.1 CDFFA: “*Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad*”.

<sup>646</sup> *Vid.* PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 231-1 a 231-31”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña (coord. PUIG BLANES, F. y SOSPEDRA NAVAS, F.)*, t. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 274 y ss.

cés, en virtud del ya referido art. 215.III CCfr., durante la estabilidad matrimonial, los cónyuges tampoco podrán disponer a título individual de los derechos por los que se garantice la vivienda familiar; abarca, así, a todos los actos de disposición: venta, donación, cambio, hipoteca, arrendamiento, usufructo, etc. Sí se consideró, al igual que hemos defendido nosotros más arriba, que la venta con reserva de usufructo al cónyuge no requiere el consentimiento referido<sup>647</sup>.

En el caso de que el cónyuge beneficiario del uso de la vivienda consintiera la disposición o administración de la misma —consentimiento que ha de ser específico para el negocio de que se trate—, ello podrá suponer —no en cualquier caso— la extinción del derecho de uso que le hubiese sido atribuido, sin necesidad de que, para ello, exista aprobación judicial. En virtud de lo desarrollado en los párrafos anteriores, únicamente se necesitará ese consentimiento cuando el acto a realizar por el titular de la vivienda conlleve un perjuicio —actual o potencial— para el uso atribuido al cónyuge beneficiario —sea incompatible con el derecho de uso— y, por tanto, únicamente en tales casos, será cuando la prestación de tal consentimiento conllevará la extinción del derecho de uso del beneficiario. Que el cónyuge titular no usuario quiera conceder un derecho de vuelo para construir una segunda planta, en nada afecta al uso atribuido; ahora bien, si se trata de un acto dispositivo o de administración sobre la vivienda incompatible con su uso (v. gr. un derecho de arrendamiento), entonces cabe presumir que la voluntad del cónyuge no titular es la de poner fin a su uso; implica —tácitamente o por vía interpretativa— una renuncia al uso. La RDGRN de 19 de julio de 2011 afirma que el cónyuge titular del derecho de uso puede incluso “*renunciar al mismo consintiendo la enajenación de la vivienda*”<sup>648</sup>; por su parte, la RDGRN de 10 de diciembre de 2015 dice que el consentimiento, por el titular de un derecho de uso (general, no el específico del art. 96 CC), a la constitución de una hipoteca sobre la finca, lleva consigo la extinción del referido derecho en caso de ejecución de la hipoteca<sup>649</sup>.

También supondrá la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar que, dispuesta la vivienda, el referido derecho de uso no estuviese inscrito y el tercero ignorase

---

<sup>647</sup> BOSSE-PLATIÈRE, H., *Droit de la famille* (dir. RUBELLIN-DEVICHI, J.), Dalloz, París, 2001, p. 99.

<sup>648</sup> Sobre la renuncia al derecho de uso, *vid. infra*, cap. sexto, I.4.

<sup>649</sup> Así, incluso, aparece contemplado en algunas de las legislaciones civiles especiales (*vid.* arts. 562-4.2 CCcat.: “*La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución [...]*”; o 290.2 CDFa: “*Puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. [...]*”).



la existencia del uso —lo cual no es fácil teniendo en cuenta la publicidad posesoria a la que ya nos hemos referido—.

## 2. La pretendida incompatibilidad del art. 96.IV CC con la naturaleza real

La existencia del párrafo cuarto del art. 96 CC ha sido otro de los recursos utilizados a fin de negar la naturaleza real del derecho de uso. Los motivos son, fundamentalmente, dos:

El primero de ellos se refiere al propio tenor literal del art. 96.IV CC, cuando se refiere a uno de los cónyuges como “no titular” de la vivienda. Concretamente, el primer inciso del párrafo cuarto del art. 96 CC, mantiene, expresamente, que “*para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular (...)*”. Es decir, la (no) titularidad a la que alude se refiere a la vivienda familiar. Valga decir que, realmente, esa “titularidad” a la que alude el precepto no se refiere al derecho de uso atribuido, sino al derecho en virtud del cual se ha venido poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial; derecho que puede ser titularidad exclusiva del cónyuge no beneficiario, cotitularidad de ambos o incluso de ninguno de ellos.

El segundo de los motivos tiende a justificar que únicamente si nos encontramos ante un derecho personal, oponible solo al titular, la prohibición de disponer del art. 96.IV CC cobraría sentido<sup>650</sup>; se trataría, en ese caso, de una prohibición cuyo fin no sería otro que impedir que el titular perjudique una situación no oponible frente a tercero. Es decir, si lo que tiene el cónyuge no titular es un derecho de crédito, si no fuese por este párrafo cuarto, el titular podría disponer sin limitación alguna, convirtiendo así el derecho de uso en un derecho claramente vulnerable, pues sería relativamente fácil impedir el cumplimiento *in natura* de la obligación de mantener al cónyuge o excónyuge en la que había venido siendo la vivienda familiar. Es cierto que, de darse este último supuesto, podría defenderse la posibilidad de que el beneficiario exigiese una indemnización al titular de la vivienda, pero no es esta, precisamente, la finalidad que se persigue con el art. 96 CC que, en todo momento, apuesta, únicamente, por el cumplimiento *in natura*

---

<sup>650</sup> Vid.: PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 116; CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 41, y, en el mismo sentido, en “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, pp. 19-20, y en “Naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, p. 19; TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 111; MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 247; ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Actos dispositivo...”, *op. cit.*, pp. 210-211.

en la vivienda que había venido siendo familiar, ni tan siquiera, en principio, en otra distinta<sup>651</sup>.

Pese a la existencia del art. 96.IV CC, nuestra tesis de por qué al uso del art. 96 CC ha de reconocérsele naturaleza real no decae: el carácter real otorga una mayor protección a la parte —más débil— a la que le ha sido atribuido el uso. Si al art. 96 CC no se le reconoce naturaleza real, su párrafo cuarto, *per se*, no protege del todo al cónyuge titular frente a cualquier acto dispositivo o de administración: no alcanza al tercer adquirente de buena fe (al que ignora que el uso de la vivienda familiar está atribuido al cónyuge y, en su caso, a los hijos). Por más que se defienda —como hemos visto— desde la doctrina y la jurisprudencia, que el derecho de uso del art. 96 CC es inscribible aun no reconociéndosele naturaleza real, ello no encuentra fundamento legal —como hemos visto<sup>652</sup>—. La inscripción, en cambio, del uso como derecho real asegura su eficacia frente a todo tercero (ya nadie puede alegar, de buena fe, ignorancia de la existencia del derecho). Por tanto, la naturaleza real sigue estando justificada. Lo que hemos de preguntarnos es: si el derecho de uso del art. 96 CC tiene una naturaleza real, ¿para qué la existencia del párrafo cuarto del art. 96 CC?

Cierto es que, si se califica de real el derecho de uso, no es preciso el consentimiento que precisa el art. 96.IV CC para proteger al no titular frente a los actos dispositivos del titular. El derecho real es, por definición, oponible *erga omnes* desde el momento de su constitución, por lo que, aunque se dispusiera del derecho sobre el que recae el derecho de uso sin consentimiento del no titular, el referido derecho de uso no decae; es decir, aun no existiendo este párrafo, el adquirente adquiriría la vivienda con la carga del derecho de uso, por lo que el cónyuge beneficiario no se vería afectado.

Los defensores de la naturaleza real del derecho han vertido diferentes argumentos a fin de justificar la existencia del referido párrafo cuarto del art. 96 CC. Valga citar a ISAC AGUILAR, quien lo justifica en tanto que “de este modo se reconstruye la propiedad plena de la vivienda para disponer legítimamente de ella”<sup>653</sup>.

Hay incluso quien, en su defensa de que nos encontramos ante un derecho real, cree un error la limitación<sup>654</sup> a la libre disponibilidad de la vivienda familiar que el legislador establece en el art. 96.IV CC, considerándola como innecesaria. Se llega, incluso, a cali-

---

<sup>651</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*

<sup>652</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, I.2.4.2.3.

<sup>653</sup> ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1731.

<sup>654</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3464.

ficar de incoherencia<sup>655</sup> configurar el derecho de uso como un derecho con eficacia *erga omnes* y exigir, a la misma vez, el consentimiento del titular del derecho para la enajenación de la vivienda.

Quizás este párrafo cuarto del art. 96 CC sea consecuencia de la existencia del art. 1320 CC, en el que se establecía, asimismo, una limitación a la libre disposición durante la situación de estabilidad matrimonial, con la importante diferencia, más formal que material, de que durante el matrimonio no existe un derecho del tipo del que nos encontramos tras la ruptura, sino que la ocupación, durante la estabilidad, responde al derecho-deber de los cónyuges de vivir juntos<sup>656</sup>, mientras que, tras la ruptura, esa “continuación” en la ocupación es determinada legalmente.

O, simplemente, la explicación a la existencia del art. 96.IV CC se encuentre en su consideración como reforzamiento del derecho de uso<sup>657</sup>, un plus de protección del derecho de uso atribuido a fin de evitar la vulnerabilidad del mismo.

En este caso, de admitirse la acumulación de la limitación del art. 96.IV CC con la propia eficacia *erga omnes* del derecho real, conllevaría que, estando el derecho real inscrito, en el caso de realizarse por el titular de la vivienda un acto dispositivo, no es solo que el derecho real persista, sino que, además, al ser calificado, emanará del Registro la condición de vivienda habitual con uso atribuido al otro cónyuge, impidiéndose así, en virtud del párrafo cuarto del art. 96 CC, el acceso de este acto dispositivo al Registro de la Propiedad siempre que sea incompatible con el derecho de uso atribuido. Considero que, por su innecesariedad, la medida del art. 96.IV CC constituirá, en estos casos, un auténtico abuso de derecho<sup>658</sup>. Se trataría, pues, de un párrafo prescindible<sup>659</sup>.

---

<sup>655</sup> CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>656</sup> *Vid.* ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1731.

<sup>657</sup> *Vid.*, en este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *op. cit.*, p. 130, quien considera que el ejercicio del derecho —real— se garantiza con prohibición legal de disponer que se impone al titular de la vivienda cuyo uso no le ha sido atribuido.

<sup>658</sup> *Vid.* CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1610.

<sup>659</sup> En esta línea se pronuncia el Código Civil catalán que, reconociéndole —según se ha advertido— naturaleza real al derecho de uso, establece en el art. 233-25 CCcat. que “*El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso*”; es decir, el derecho persigue al inmueble, dando así la misma respuesta que nosotros venimos promulgando en cuanto a la subsistencia del derecho de uso y eliminando, como venimos defendiendo, esa limitación a la facultad de disposición que parece no tener sentido. *Vid.*, en tal sentido, MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Atribución y distribución...”, *op. cit.*, p. 242, quien precisa que esta regla es una consecuencia de las titularidades reales ostendidas por cada cónyuge. ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 1005, refiriéndose a la hipoteca de la vivienda familiar, dice que si se presta el consentimiento por el usuario o habitacionista o hay autorización judicial, de ejecutarse la hipoteca, los titulares perderían sus derechos, aunque constasen inscritos con anterioridad a la hipoteca (*cf.* art. 562-4.2 CCcat.).

No obstante, nótese que no siempre el derecho de uso es real, pues no hay más que atender a la naturaleza dinámica de la que hemos venido hablando; valga pensar en el caso de que el derecho por el que se hubiese venido ocupando la vivienda familiar fuese de naturaleza personal —*v. gr.* arrendamiento—, en cuyo caso, si bien es cierto que se trata de un supuesto ahora resuelto de forma expresa en la ley —a través de la subrogación, como vimos—, no lo es menos que cuando se incorporó este art. 96 CC no estaba resuelto —es más, no lo ha estado hasta hace poco—. Se trataba de un supuesto, cuanto menos, discutido, y en el que la disposición, por el cónyuge arrendatario, de su derecho —*v. gr.* desistiendo, renunciando, cediendo o subarrendando—, podía dar al traste con la medida establecida.

### **III. El reconocimiento de la eficacia *erga omnes* por la jurisprudencia**

Aunque doctrina y jurisprudencia nieguen la naturaleza real y únicamente reconozcan el contenido negativo del derecho de uso a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>660</sup>, veamos a continuación cómo se le reconoce al art. 96 CC una eficacia que va más allá de lo que le correspondería a una mera prohibición de disponer; en fin, una eficacia propia de derecho real.

#### **1. Disposición por parte del cónyuge titular**

En cuanto a las consecuencias de la disposición de la vivienda familiar, por parte del cónyuge titular no beneficiario del uso de la misma, se llegó a mantener, en alguna sentencia, que las facultades dispositivas del cónyuge propietario sobre la vivienda familiar no se ven alteradas por la atribución del derecho de uso —como se desprende del actual art. 96.IV CC—, sino que el referido derecho de uso es oponible al tercer adquirente, reconociéndole, así, una eficacia propia de derecho real. En este sentido se pronuncia la STS 1149/1992 de 11 de diciembre, cuya particularidad es que la disposición de la vivienda se llevó a cabo en el año 1979, con anterioridad a la reforma de 1981 con la que se incluyeron preceptos tales como el 1320 y el 96 CC. Al no estar regulado, el Tribunal

---

<sup>660</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, I.2.4.

Supremo, para resolver el supuesto, se hace eco de una interpretación doctrinal, en la que cabe destacar a DÍEZ-PICAZO<sup>661</sup>, que sostenía:

*“la naturaleza «sui generis» de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela”.*

Pese a la crítica, por parte de ESPIAU ESPIAU<sup>662</sup>, a la solución adoptada, la misma responde a una interpretación evolutiva de las normas entonces vigentes, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC). No es la única ocasión en la que el Tribunal Supremo ha hecho tal cosa, pues, como mantiene CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, nada impide que la interpretación evolutiva se fundamente en normas posteriores a la vigente, aún sin vigor, pero que, “en su *ocassio legis* reflejan una nueva realidad ya existente socialmente (aunque “jurídicamente” no vigente), conforme a la cual ha de interpretarse la norma anterior (vigente jurídicamente, pero anacrónica en la realidad social a la que daba respuesta normativa)”. Añade que, en ningún caso, “se trataría de una especie de retroacción tácita de la norma *in fieri* o en devenir, ni de la aplicación anticipada de una norma sin vigencia real (...), sino de adecuar esta [la norma anterior] a la realidad social ya existente a que aquella otra norma, próxima a entrar en vigor, responde”.<sup>663</sup>

En la misma senda de la sentencia de 1992 cabe citar otras como la STS 1199/1994 de 31 de diciembre, que, pese a afirmar que la decisión judicial no genera un derecho real, mantiene que el art. 96.IV CC “proporciona una protección de la vivienda fami-

---

<sup>661</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La situación jurídica...”, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>662</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 100, considera que el hecho de que ahora se regule expresamente la disposición de la vivienda familiar y se tienda a proteger al cónyuge no titular que ha resultado beneficiario, es síntoma de que en la legislación anterior el criterio no era este.

<sup>663</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Principio, realidad y norma...*, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

liar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» (...) que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio”.

La tesis por la que apuesta el Tribunal Supremo recuerda a la que ya defendiese ESPIAU ESPIAU<sup>664</sup>. El autor, al igual que el Alto Tribunal, pese a no reconocerle naturaleza real al derecho de uso, y calificarlo meramente como familiar<sup>665</sup>, defiende, apoyándose en el art. 96.IV CC, que el consentimiento “desarrolla la función de requisito de eficacia que, en rigor, le corresponde”. La consecuencia de la falta del consentimiento mutuo será —según defiende— que el negocio será parcialmente eficaz: producirá efectos frente al cónyuge titular, que perderá su titularidad, pero no frente al cónyuge no titular, respecto al cual la ineficacia es total y absoluta, pues mantiene la legitimación posesoria de que gozaba<sup>666</sup>. Nosotros, que sí le reconocemos naturaleza real, precisamos —como ya advertimos más atrás— que el consentimiento del excónyuge beneficiario solo podrá identificarse con la intención del mismo de poner fin al derecho de uso cuando este sea incompatible con el acto dispositivo realizado por el propietario; de ser compatible, aun consintiendo tal acto, el derecho real, como tal, subsistirá, siendo oponible al tercero.

Es más, por parte de la jurisprudencia, incluso, se llega a admitir la preferente protección del beneficiario frente a tercero aun no habiendo tenido acceso el derecho de uso al Registro de la Propiedad —acceso que, pese a serle reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, ya rechazamos nosotros si no se le reconocía naturaleza real—. No hay más que atender a aquellas sentencias que, refiriéndose al derecho de uso, lo consideran como “un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la propiedad”<sup>667</sup>, es decir, oponible antes de su inscripción. Se atribuye, pues, la eficacia frente a terceros *per se*. Es lo que ocurre, por ejemplo, en la —ya citada— STS 1149/1992 de 11 de diciembre, de cuyo contexto se extrae —no lo dice expresamente— que el derecho no estaba inscrito: el Tribunal Supremo se preocupa por justificar la falta

---

<sup>664</sup> ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, *op. cit.*, p. 98 y *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 251 y ss.

<sup>665</sup> Partimos de la base de que el autor, como ya apuntamos al estudiar las distintas corrientes doctrinales, considera que el beneficiario no adquiere derecho patrimonial alguno, sino que le es conferida una legitimación posesoria de carácter excluyente.

<sup>666</sup> Por su parte, la STS 73/2014 de 12 de febrero, declara extinguido el uso de la vivienda familiar en tanto que la misma ha sido transmitida a un tercero y el cónyuge beneficiario no ha procedido a impugnar la referida transmisión por los cauces legales establecidos al efecto, por lo que —afirma— solo cabría la mera tolerancia de un uso en precario, sin ningún otro tipo de justificación posesoria al respecto.

<sup>667</sup> *Vid.* SSTS 1149/1992 de 11 de diciembre, 310/2004 de 22 de abril, 859/2009 de 14 de enero de 2010, 584/2010 de 8 de octubre y 772/2010 de 22 de noviembre. En el mismo sentido, las RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2007, 10 de octubre de 2008 y 2 de junio de 2014.

de buena fe del tercero; si el derecho de uso estuviese inscrito, la inscripción, *per se*, haría decaer de forma directa la buena fe del adquirente<sup>668</sup>.

En fin, con los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo se acredita lo que veníamos afirmando: que, pese a negarse la naturaleza real del derecho de uso, se le acaba reconociendo las mismas consecuencias que se derivarían de haberlo considerado como tal; incluso sin estar inscrito en el Registro de la Propiedad, bastándole, pues, la publicidad —o apariencia— que genera la posesión, para asegurar su eficacia *erga omnes*.

En contra de este tratamiento por parte del Alto Tribunal se muestra BLANDINO GARRIDO que, basándose en los principios de libertad de dominio y agilidad del tráfico jurídico por los que está informado nuestro Derecho, considera que toda limitación del derecho de propiedad —como la contenida en el art. 96.IV CC— debe ser interpretada restrictivamente en sus efectos o, al menos, según el sentido propio de sus palabras (art. 3.1 CC)<sup>669</sup>.

Las razones de este tratamiento del derecho de uso por parte de la jurisprudencia 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 excónyuges*” (*vid.* STS 861/2009 de 18 de enero). En definitiva, se antepone la protección de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial frente a cualquier situación que entre en colisión con ella<sup>670</sup>.

Nosotros, cierto es que hemos aludido, en varias ocasiones en esta tesis, a la función social del art. 96 CC para justificar la limitación al derecho de propiedad constitucionalmente reconocido frente al principio de libertad presunta de la propiedad y de interpretación restrictiva de sus limitaciones. Ahora bien, eso lo hemos defendido partiendo, desde el comienzo de esta tesis, de un fundamento relacionado con la obligación de los padres de velar por los hijos menores, así como relacionado con las expectativas generadas por el matrimonio al que ambos cónyuges prestaron su consentimiento; en cualquier caso, tal fundamento implica a los que han sido cónyuges. Lo que la medida con-

---

<sup>668</sup> En cuanto a la apreciación de la ausencia de buena fe, apunta el Alto Tribunal en la referida sentencia que: “*la buena fe no existía como así se desprende de la propia donación a la hija del primer matrimonio ante la presencia del proceso de nulidad matrimonial, venta del piso por la donataria representada por su padre, poco después de conocerse el Auto de medidas provisionales, atribuyendo el uso y disfrute de lo que era vivienda familiar a la demandada y su hija, cuantía del precio fijado para la compraventa y forma de pago tan fácil establecida, habida cuenta de las calidades y condiciones del mismo y la inexistencia de reclamaciones entre el vendedor y comprador pese al incumplimiento contractual*”.

<sup>669</sup> BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*

<sup>670</sup> ALGARRA PRATS, E., *op. cit.*, pp. 28-28, considera que, de este modo, se crea una posición “blindada e intocable” respecto a la vivienda de su cónyuge frente a cualquier tercero.

templada en el art. 96 CC no puede conllevar es un menoscabo de intereses ajenos al conflicto matrimonial; es decir, no se puede proteger a la familia a toda costa, afectando así a los intereses de terceros ajenos al conflicto matrimonial. Si queremos que el derecho sea eficaz frente a terceros, reconozcámosle naturaleza real y nos situaremos, así, en la senda de unas reglas de juego conocidas por todos. Lo que no podemos aceptar es que se rechace su calificación como real para terminar reconociéndole los efectos propios de tal naturaleza.

## 2. Acción de división de la cosa común

En los casos de comunidad ordinaria por cuotas o romana, el Derecho no ampara la perpetuación de una situación que suele considerarse como potencialmente conflictiva y antieconómica (*communio est mater discordiarum*). Para poner fin a la misma, se otorga a los copropietarios, entre otros mecanismos, la *actio communi dividundo*. En este sentido, el art. 400 CC resulta bastante tajante cuando establece que “*Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común*”.

La acción de división es imprescriptible (art. 1965 CC), siendo un poder que, *a priori*, resulta incondicional, de cualquier propietario, sin que los demás partícipes puedan impedir su ejercicio<sup>671</sup>. Así, pues, la única salvedad a lo anterior es que —como dispone el art. 400.II CC— existiese pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años, prorrogable por nueva convención. Existiendo tal limitación, el otro cónyuge podrá oponer la *exceptio pactum in dividundo*, para enervar la división de la vivienda.

Esta acción de división de la cosa común llegó, en su momento, a suscitar un intenso debate. En virtud de la remisión realizada por el art. 406 CC, resultan aplicables, a la división entre los partícipes de la comunidad, las reglas concernientes a la división de la herencia. Si acudimos al referido articulado, el art. 1052 CC establece que “*Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia*”. Cabe, entonces, plantearse si la prohibi-

---

<sup>671</sup> En este sentido se pronuncian, aun no refiriéndose a supuestos concretos de atribución del uso de la vivienda familiar, entre otras: las STSS de 5 de junio de 1989, 531/1997 de 6 de junio, 175/1999 de 8 de marzo, 1131/1999 de 27 de septiembre, 314/2003 de 28 de marzo, 455/2006 de 8 de mayo o 723/2007 de 27 de junio.



ción establecida en el art. 96.IV CC supone una restricción al libre ejercicio de la facultad de instar la división de la vivienda común de los consortes.

Nótese, por una parte, que esa “disposición” que el art. 96.IV CC restringe es interpretada por la doctrina —como ya hemos visto— en un sentido amplio, finalista, incluyendo en ella, no solo la disposición dominical *stricto sensu*, sino cualquier acto, eso sí, siempre que restrinja o impida el uso que judicialmente se haya atribuido<sup>672</sup>.

Por otra parte, que la división puede conllevar un acto dispositivo como tal sobre el bien. En virtud de lo dispuesto en el art. 404 CC, “*Cuando la cosa fuere esencialmente indivisible, y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio*”. Con carácter general, la vivienda será una cosa esencialmente indivisible, no solo porque de dividirla resulte inservible para el uso que se destina (art. 401 CC), como también porque desmerezca mucho por su división (*cf.* art. 1062 CC). De ahí que, ante la imposibilidad de la división material, se acuda a la disolución de la comunidad. El primer criterio que rige es el de que los cónyuges acuerden quién se adjudica la vivienda e indemniza proporcionalmente al cónyuge no adjudicatario. Ni esta adjudicación a uno de los cónyuges ni aquella división material —cosa poco probable en la práctica— suponen obstáculo alguno para el mantenimiento del derecho de uso atribuido. En cambio, conforme contempla el precepto, en defecto de acuerdo y, por tanto, de forma subsidiaria, se procede a la subasta. Es aquí, precisamente, donde surge el debate; es en el supuesto en que la vivienda se transmita a un tercero, como consecuencia de la acción de división, cuando puede considerarse que se ha dispuesto de la misma.

## 2.1 Sobre la posibilidad de disolver la comunidad

Hubo, en su momento, quienes consideraron que la existencia sobre la vivienda de un condominio entre los cónyuges —ya fuera originario o ya fuese derivado de la liquidación de la sociedad de gananciales—, conllevaba la imposibilidad de disolver la comunidad mientras subsistiese la atribución del uso de la misma, considerando necesario contar con el consentimiento del otro cónyuge o con autorización judicial a fin de evitar

---

<sup>672</sup> Como mantienen GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, p. 79, resulta irrelevante si la acción de división se encuadra o no entre los actos de disposición, sino que más bien habrá que dilucidar si el ejercicio de la acción de división de la cosa común acarrearía necesariamente y en todo caso la extinción del uso atribuido.

un perjuicio para el cónyuge beneficiario<sup>673</sup>. POVEDA DÍAZ llega a manifestar que ejercer unilateralmente la *actio communi dividundo* sería un acto en fraude de ley<sup>674</sup>.

En cambio, ha sido mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia que ha considerado que el derecho del cónyuge no beneficiario a ejercer la acción de división de la cosa común no se ve alterado por la prohibición contemplada en el art. 96.IV CC.

La STS de 22 de septiembre de 1988, basándose en que el art. 96.IV CC se refiere al “*cónyuge no titular*”, afirma que “*respecto al piso común no establece el legislador ninguna restricción del poder de disposición*”<sup>675</sup>. Más allá de la referida sentencia, el argumento más utilizado, desde la STS 1194/1992 de 22 de diciembre, ha sido el de considerar que el criterio del art. 400 CC —fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión—, prevalece sobre el art. 96.IV CC, aunque condiciona el ejercicio de la acción a la subsistencia del uso atribuido. Con ello, el Tribunal está reconociendo la incidencia de la prohibición del art. 96.IV CC en la *actio communi dividundo*, lo único que ocurre es que, acudiendo a la interpretación finalista de este párrafo que venimos defendiendo, se admite la división en tanto se garantice la continuidad en la atribución del uso. Con esta garantía, ni se considera infringido el art. 96 CC ni, desde la perspectiva constitucional, la protección de la familia y de los hijos menores<sup>676</sup>.

## 2.2 Sobre la subsistencia del derecho de uso atribuido

La compaginación entre la acción de división de la cosa común y el derecho de uso de la vivienda familiar ha venido siendo prácticamente la tónica dominante<sup>677</sup> desde la —ya citada— STS 1194/1992 de 22 de diciembre<sup>678</sup>. En este supuesto, se considera que está garantizada la subsistencia del derecho de uso en la sentencia de instancia, que había resuelto dar lugar a la división mediante la venta del inmueble sin perjuicio del derecho a su uso de la beneficiaria.

---

<sup>673</sup> Vid. RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.; GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, p. 84; PÉREZ CONESA, C., “División de la copropiedad...”, *op. cit.*

<sup>674</sup> POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 129.

<sup>675</sup> Se basa, asimismo, en el hecho de que no se hubiese fijado plazo prudente de duración del uso; argumento, este, carente de relevancia.

<sup>676</sup> En este mismo sentido, *vid.* la STS 715/1994 de 14 de julio.

<sup>677</sup> Ha de resaltarse, no obstante, alguna excepción como la contenida en las SSTS 635/1993 de 14 de junio y 360/1999 de 3 de mayo.

<sup>678</sup> Previamente, si bien es cierto que, en la STS de 31 de octubre de 1989, el Tribunal se comienza a preocupar por la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar, se hace con un alcance *inter partes* —no respecto a posible tercer adquirente—, apoyándose en que la sentencia de instancia había establecido que, de recaer la vivienda en el lote del cónyuge no atributario del uso, este estaría obligado a respetar el referido derecho.

Así pues, la hipótesis en la que se sitúa actualmente tanto la jurisprudencia<sup>679</sup> como la doctrina<sup>680</sup> es la de considerar que el derecho de uso de la vivienda familiar subsiste pese al proceso declarativo liquidatorio y divisorio. Cuestión distinta son las dificultades que tal solución pueda conllevar<sup>681</sup>.

De interés resulta destacar un par de sentencias más recientes. En el supuesto recogido en la STS 1/2013 de 22 de enero, el bien cuya división se insta estaba integrado por un inmueble que contaba con un local y varias plantas, por lo que, atendiendo a la viabilidad de la división material y a la propia solicitud de las partes, así se procede. En lo que es importante detenernos es en que, de ese edificio, el recurrente tenía reconocido el uso de dos plantas por escritura de liquidación de gananciales, y el uso de una tercera planta en virtud de resolución dictada en juicio matrimonial, en la que se le adjudicó el uso junto a su hijo. Pues bien, resulta curioso destacar aquí la especial consideración que se le otorga al derecho de uso de la vivienda familiar, respecto al uso que pudiera tener reconocido por otros motivos. Esto se plasma claramente en esta resolución en la que el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia que, a consecuencia de la división realizada, extingue el uso que ostentaba el recurrente sobre dos de las plantas, subsistiendo únicamente el uso de la planta que le correspondía por tratarse de la vivienda familiar.

---

<sup>679</sup> *Vid.*, entre otras, además de la citada en el texto: las SSTs de 20 de mayo de 1993, 715/1994 de 14 de julio, 1073/1995 de 16 de diciembre, 211/1997 de 14 de marzo, 1131/1999 de 27 de diciembre, 1103/2000 de 4 de diciembre, 368/2002 de 26 de abril, 314/2003 de 28 de marzo, 1234/2004 de 14 de diciembre, 455/2006 de 8 de mayo, 715/2007 de 26 de junio, 723/2007 de 27 de junio, 27 de noviembre de 2007, 1123/2008 de 3 de diciembre, 78/2012 de 27 de febrero, 1/2013 de 22 de enero o 5/2013 de 5 de febrero. La STS 314/2003 de 28 de marzo, además de hacer uso de este último criterio apuntado, también recurre a aquel de la sentencia de 1988 y considera que la vivienda, al ser copropiedad de ambos cónyuges, no se ve afectada por el art. 96.IV CC.

<sup>680</sup> *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Código Civil comentado*, *op. cit.*, p. 523; FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, p. 66; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 69; ROBLEDO VILLAR, A., *op. cit.*; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 240, que alude al principio de la indemnidad del derecho de uso.

<sup>681</sup> Nótese que la solución apuntada puede implicar una mayor dificultad a efectos de encontrar postores así como incidir en la valoración que se haga del inmueble a efectos de su futura subasta (*cfr.* arts. 639.3 y 666 LEC), disminución del valor que habrá de ser soportado por ambos cónyuges por igual, según afirma la STS 723/2007 de 27 de junio. *Vid.*, al respecto, BARCONES AGUSTÍN, N., “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar: especial referencia a la subasta judicial”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2085, 2009, p. 1512.

A ello se unen, como mantiene BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, problemas a efectos prácticos en lo que se refiere a la legitimación del tercero adjudicatario para instar la modificación de la medida de atribución del uso —ya que no fue parte del procedimiento en que se fijó—, así como que las causas que motivan el cese de la atribución suelen pertenecer al ámbito interno de los cónyuges.

No obstante, considero que no puede eruirse esto como un inconveniente para la solución apuntada, pues será el comunero y, en su caso, el tercero adquirente, los que habrán de valorar a fin de tomar una decisión sobre si ejercitar la acción de división —el primero— y adquirir o no el bien —el segundo—.

Consentimiento de ambos cónyuges existe también en el supuesto en que trae causa la RDGRN de 19 de enero de 2016, en tanto que ambos excónyuges otorgan la escritura de disolución de la comunidad sobre la finca. Incluso en este caso, considera el Centro Directivo que subsiste el derecho de uso sobre la vivienda familiar: mantiene que, si bien es cierto que cuando se enajena la vivienda a un tercero con el consentimiento del titular del derecho de uso, dicho derecho queda extinguido y que incluso si se constituye hipoteca con ese mismo consentimiento, la ejecución de dicha hipoteca llevará consigo la extinción del derecho de uso; no obstante, afirma que la división de la cosa común es un supuesto diferente, que requiere de una declaración inequívoca para entender la renuncia, no existiendo manifestación explícita en tal sentido por parte del cónyuge beneficiario del uso. No consideramos esta resolución del todo acertada: en primer lugar, porque el consentimiento únicamente conlleva extinción del uso cuando este sea incompatible con el derecho que se dispone —como venimos reiterando—; en segundo lugar, porque no encontramos —y el Centro Directivo no precisa— el porqué de la diferencia apuntada cuando se trata de una división de la cosa común, pues, siendo los derechos posesoriamente incompatibles, podría entenderse que tal consentimiento del titular del uso conlleva, tácitamente, una renuncia al mismo. Sí es inequívoco el consentimiento prestado en el supuesto del que trae causa la STS 65/2018 de 6 de febrero. Por ambas partes de la pareja de hecho se había pactado en el convenio regulador de relaciones paterno filiales la atribución del uso a la madre y a la hija común hasta que se vendiese la vivienda, lo cual tuvo lugar en subasta pública tras la acción de división instada por el padre de la menor y a la que se allanó la madre. Considera el Tribunal Supremo que no se puede oponer el derecho de uso al adquirente o adjudicatario por más que este haya resultado el padre de la menor —uno de los miembros de aquella pareja de hecho y copropietario hasta entonces de la vivienda—.

Sí parece haber unanimidad respecto a aquellos supuestos en los que en el condominio de la vivienda participe un tercero ajeno al matrimonio. El condueño extraño estará plenamente legitimado para ejercitar la acción de división y posterior venta judicial, no siéndole de aplicación el art. 96.IV CC. El derecho de uso, por su parte, se extinguirá; no será oponible al adjudicatario del inmueble. Téngase en cuenta que el título en virtud del cual el matrimonio estaba poseyendo la vivienda era el derecho de cualquiera de los comuneros a usar la cosa común conforme a su destino siempre que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarla según su derecho (art. 394 CC). Así, “la debilidad de este derecho de uso del art. 394 es la debilidad del derecho de

uso del cónyuge comunero”, por lo que si el copropietario extraño al matrimonio decidiera ejercitar la acción de división, el derecho de uso no sería oponible al tercer adquirente, en tanto que la venta del inmueble con esta carga perjudicaría el interés de la comunidad<sup>682</sup>. Pese a la existencia del art. 405 CC —al que ahora nos referiremos— ya afirmamos, al comienzo de esta obra —al hablar sobre la naturaleza dinámica—<sup>683</sup>, que el derecho reconocido en el proceso matrimonial únicamente tiene eficacia *inter partes*, no afectando a otros titulares de derechos sobre la vivienda familiar; así, resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido<sup>684</sup>.

### 2.3 El fundamento jurídico de la subsistencia del derecho de uso: el art. 405 CC

La solución consistente en la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar —en tanto perduren los presupuestos que determinaron su atribución— pese a la acción de división de la cosa común y la adjudicación, en su caso, de la vivienda a un tercero, parece lógica y necesaria; y ello aunque tal subsistencia no se solicite expresamente por el beneficiario del uso (*vid.* STS 1123/2008 de 3 de diciembre). Si se hiciera prevalecer el interés patrimonial del cónyuge no beneficiario, facultándole para ejercer el derecho subjetivo del art. 400 CC, sin más, se le estaría posibilitando servirse del ejercicio de este derecho para evitar que se le impusiesen los efectos de una resolución judicial que crea un derecho —el de uso— que está obligado a respetar. Sería, entonces, especialmente fácil dejar sin eficacia el art. 96 CC y, con ello, desprotegidos los intereses que se procuran salvaguardar con el mismo.

Ahora bien, lo que considero realmente trascendente, a efectos de nuestra tesis, es discernir cuál es el fundamento jurídico en que el Tribunal Supremo se apoya para tal solución, es decir, para defender tal subsistencia del derecho de uso.

Ocurre, en cambio, que en el análisis de las diferentes sentencias que se han referido, resulta, cuanto menos complejo, encontrar un argumento jurídico en el que el juzgador haya fundamentado esa compatibilidad entre la división de la cosa común y la permanencia del derecho de uso incluso frente al tercero —nuevo propietario—.

Considero, llegados a este punto, que el argumento en el que poder fundamentar jurídicamente la subsistencia del derecho de uso se encuentra en el art. 405 CC, en virtud

---

<sup>682</sup> *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, p. 348.

<sup>683</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.

<sup>684</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3505.

del cual “*la división de una cosa común no perjudicará a tercero*”, protegiendo, así, excepcionalmente, a todo derecho —real o personal—.

El único escollo de aplicar, aquí, el art. 405 CC, es que hable de tercero, por lo que, rectamente, no está pensando en los propios copropietarios<sup>685</sup>. Sin embargo, siendo consecuentes con lo que hemos venido defendiendo en esta obra, en esa interpretación amplia de la que nos venimos sirviendo, hemos considerado que cuando el art. 96 CC se refiere al “*cónyuge no titular*” se refiere, asimismo, a aquel que es copropietario de la vivienda; y, en la misma línea, hemos considerado posible, en contra del principio *nemini res sua servit*, la constitución de un derecho real sobre cosa parcialmente propia, entendiendo, así, que la atribución del uso a uno de los cónyuges copropietarios conlleva que el beneficiario ostente el pleno dominio sobre su propia cuota indivisa (art. 392 CC), así como el derecho de uso sobre la totalidad de la misma, conforme al art. 398 CC<sup>686</sup>. Así, puede defenderse, para dar cabida al art. 405 CC en esta argumentación jurídica de que nos estamos ocupando, que, aquí, cabe compaginar que el cónyuge beneficiario del uso de la vivienda sea, a la vez, parte (copropietario) y tercero (por el uso que tiene atribuido en cosa parcialmente ajena). Con esta argumentación jurídica, ni tan siquiera habría que plantearse la incidencia, o no, del art. 96.IV CC, pues ya limitamos tal párrafo a los actos que pudiesen conllevar perjuicio en el uso, supuesto que aquí, por lo afirmado, no se presenta.

Entendemos, pues, que la norma del 405 CC —que protege excepcionalmente todo derecho de tercero frente a la división de la cosa común— es —o debe ser— la explicación a la subsistencia del derecho de uso del art. 96 CC pese a la acción de división. Que el art. 405 CC proteja todo derecho, sea cual fuere su naturaleza —real o personal—, hace que sea ésta una cuestión que no debería de tener mayor trascendencia en

---

<sup>685</sup> Entre los autores que no consideran tercero al cónyuge beneficiario del uso, *vid.*, entre otros: BERROCAL LANZAROT, A. I., *id.*; GARCÍA-MAURINO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., *op. cit.*, pp. 79 y 83; BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*, para quien “no existe motivo para excluir en estos casos el recurso al criterio más moderado presente en el art. 96.4 del Código Civil, cuya aplicación permite salvaguardar los intereses concurrentes en este conflicto sin privilegiar desmesuradamente al (ex)cónyuge atributivo del uso sobre la vivienda”. En relación con esta última opinión, valga apuntar que no hay antinomia entre los arts. 405 y 96.IV CC, pues ambos tienen fines y ámbitos de aplicación diferentes y compatibles.

En cambio, quien sí lo considera tercero a efectos del art. 405 CC es ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 282, quien califica el derecho de uso como real, y considera, conforme al art. 405 CC, que el uso no se ve perjudicado por la acción de división de la cosa común; o RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 47, quien critica, en este sentido, la STS 715/1994 de 14 de julio.

<sup>686</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.1.

nuestra tesis, cuyo fin es la defensa de la naturaleza real del derecho de uso del art. 96 CC.

Ahora bien, que no tenga trascendencia en nuestra tesis no quiere decir que no la tenga de cara a discutir la tesis mantenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria —negadora de la naturaleza real del derecho— y que nosotros venimos criticando. Si bien nosotros hemos justificado la subsistencia del derecho de uso en el art. 405 CC, no parece entenderlo igual la abundante —y variada, cuando no contradictoria— jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha ocupado del —presunto— conflicto entre la acción de división de la cosa común y el derecho de uso de la vivienda familiar.

De las sentencias a las que hemos hecho referencia en estos apartados, únicamente la STS 1131/1999 de 27 de diciembre<sup>687</sup>, parece acercarse al fundamento jurídico que venimos sosteniendo. La misma, aunque confusa, mantiene:

*“resulta incuestionable que la existencia de derechos reales o personales sobre la cosa común, o una cuota, no obstan a la división, como tampoco resultan afectados —indemnidad— por dicha división (artículo 405 CC en relación con derechos de terceros, 123 LH, 535 CC en materia de servidumbres)”.*

La citada sentencia, si bien menciona el art. 405 CC para defender la posibilidad de ejercicio la acción de división, ni tan siquiera se refiere al mismo en el siguiente fundamento jurídico, cuando trata la subsistencia del derecho de uso.

Más allá de la sentencia anterior, han existido otras que incluso han negado la aplicación del art. 405 CC. La STS de 20 de mayo de 1993<sup>688</sup> entiende que la atribución del uso de la vivienda familiar puede hacerse *“como también resulta de una lógica interpretación del art. 1.407 (...), con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este derecho que regulan los arts. 523 y siguientes del Código Civil”* y reconoce la posibilidad de que tal derecho de uso pueda coexistir con el de propiedad resultante de la liquidación, posibilidad que considera que es contemplada en el ámbito económico-matrimonial por el art. 1407 CC que —en palabras del Tribunal— señala un criterio orientativo. En esta misma senda, la STS 715/1994 de 14 de julio —a la que también se refiere posteriormente la 314/2003 de 28 de marzo—, cita la de 20 mayo de 1993, y se refiere a la posibilidad de la *“coexistencia de este derecho de uso,*

---

<sup>687</sup> Citada después por la 368/2002 de 26 de abril, 455/2006 de 8 de mayo, 723/2007 de 27 de junio y 1123/2008 de 3 de diciembre.

<sup>688</sup> Vid. BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993”, *op. cit.*, p. 822.

*fijado por ese art. 96 (...) con un derecho de propiedad, que pudiera, en su caso, devenir a resultas de la ejecución del acuerdo divisorio*". Partiendo, al igual que la referida sentencia de 1993, de la naturaleza real y de la posibilidad de tal coexistencia, la sentencia de 1994 considera innecesario acudir a buscar una justificación en el art. 405 a efectos de confirmar lo resuelto, lo cual no le impide pronunciarse en el sentido de negar que en el "tercero" al que se refiere este precepto tenga cabida el cónyuge beneficiario "pues evidente es que el supuesto de hecho contemplado sobre la indemnidad de los derechos de ese tercero, no están referidos a la condición de parte interesada y afectada por el ejercicio de la «*actio communi dividundo*»"<sup>689</sup>.

Más allá de aquella única sentencia que citaba el art. 405 CC y de estas otras que niegan su aplicación en aquellos años en que el Tribunal Supremo sí defendía la naturaleza real del derecho de uso, el resto de sentencias del Alto Tribunal no hacen mención alguna al art. 405 CC a la hora de justificar la subsistencia del derecho de uso. No es suficiente con decir que "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 excónyuges"<sup>690</sup>. El art. 405 CC podría servir de justificación para la subsistencia del derecho, ya fuese este real o personal, pero desde la postura del Tribunal Supremo, que ni tan siquiera acude al referido precepto, el derecho únicamente podría subsistir de reconocérsele naturaleza real.

### **3. Ejecución forzosa**

#### **3.1 Vivienda propiedad de uno o ambos cónyuges**

##### **3.1.1 Ejecución frente al cónyuge propietario no beneficiario**

Siendo la vivienda propiedad del cónyuge al que no se le ha atribuido el uso de la vivienda, lo habitual será que la ejecución se dirija frente a él. Ha de advertirse que, en

---

<sup>689</sup> Así parece entenderlo también BARCONES AGUSTÍN, N., *op. cit.*, p. 1507, para quien "si se entiende que estamos ante un derecho de naturaleza real, la adquisición por parte de un tercero de la vivienda a dividir, no afectará al derecho de uso" y añade que "si se entiende que nos encontramos ante un derecho de índole personal, ello podría suponer que el tercero adquiere la vivienda pero no queda vinculado por el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges".

<sup>690</sup> En tal protección se apoyan, entre otras, las SSTS 78/2012 de 27 de febrero y 5/2013 de 5 de febrero, así como parte de la doctrina. *Vid.*, en tal sentido: ROJO ALONSO DE CASO, J. C., *op. cit.*, pp. 772-773, quien parte del art. 67 CC, en virtud del cual toda actuación de los cónyuges debe estar residenciada en el interés de la familia; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 99; CERVILLA GARZÓN, M. D., "Naturaleza jurídica...", *op. cit.*, p. 32.



cualquier caso, la vivienda familiar, al igual que durante la fase de estabilidad matrimonial, es embargable por deudas de su titular. No existe, pues, ningún principio de inembargabilidad de la misma.

La vivienda puede haber sido también ganancial. En estos casos, como detalla la RDGRN de 24 de octubre de 2014, el embargo puede referirse a bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, a la cuota global que a un cónyuge corresponda en esa masa patrimonial, o bien tratarse de un teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal.

Otra posibilidad es que la vivienda fuese propiedad de ambos cónyuges en proindiviso. En este caso, dirigido el proceso de ejecución frente al cónyuge a quien no le hubiese sido atribuido el derecho de uso, únicamente puede embargarse su parte de la vivienda (arts. 20.II LH y 140.1ª RH), en tanto que solamente cuando se encuentra vigente la sociedad de gananciales puede trabarse la totalidad de la vivienda por deudas contraídas por un solo consorte, bien porque el débito fuera responsabilidad de la sociedad conyugal, bien porque, siendo propia de ese solo cónyuge, este no tiene suficientes bienes privativos (arts. 1373 CC y 541 LEC). Encontrándose, pues, en comunidad romana, si la vivienda resultase embargada en su totalidad, podrá el cónyuge beneficiario del uso ejercitar la tercería de dominio para que se alce el embargo sobre su parte.

Aquella misma RDGRN de 24 de octubre de 2014, que se ocupaba de la vivienda ganancial, concluye diciendo que será en el momento de la ejecución cuando habrá de determinarse si la misma conlleva la extinción del derecho de uso o si este subsiste como derecho independiente y anterior (*vid.* RDGRN de 5 de julio de 2013). A tales efectos tendrá trascendencia que se haya practicado, o no, la inscripción del derecho de uso en el Registro de la Propiedad (*vid.* RDGRN de 10 de octubre de 2008).

Existiendo un derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar, nótese que las limitaciones que se contemplan en el art. 96.IV CC no rigen en el marco de las enajenaciones forzosas derivadas de posibles responsabilidades en que haya incurrido el cónyuge titular de la vivienda, como aquellas que son consecuencia del embargo<sup>691</sup>. No nos encontramos ante un supuesto de disposición por parte del titular, sino ante un supuesto de ejecución forzosa. En la subasta se prescinde de la voluntad del titular del bien, en tanto que el acto se encuentra respaldado por el *imperium* de un órgano judicial, no

---

<sup>691</sup> *Vid.*, entre otros, a FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, p. 68.

siendo necesario el consentimiento del cónyuge usuario que contempla el art. 96.IV<sup>692</sup>. De no ser así, cualquier acto de este tipo podría quedar frustrado o limitado en su eficacia con la simple oposición del cónyuge no titular. Así lo mantiene, aun refiriéndose a un supuesto de normalidad matrimonial, y por tanto, relativo al art. 1320 CC, la STS de 18 de febrero de 1995.

¿En qué condiciones se opondrá, pues, el derecho de uso al tercer adquirente del inmueble, ya sea tras un procedimiento hipotecario por impago del préstamo o tras una ejecución del embargo por deudas contraídas por el titular?

Valga decir que, por más que se pretenda la protección de la familia y de la vivienda, el tratamiento que se le otorgue al derecho de uso ha de realizarse, en cualquier caso, desde una interpretación sistemática y lógica de las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta conveniente la constancia del derecho de uso en el Registro de la Propiedad, pues el acceso al referido Registro implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario, como lo es el de prioridad: *prior in tempore, potior in iure*.

No existe una norma que excepcione, cuando lo embargado es la vivienda familiar, la aplicación de los diferentes preceptos que operan en el procedimiento ejecutivo. Así pues, partiendo de tal principio de prioridad, puesto que la hipoteca debe inscribirse — para ser título ejecutivo— y los embargos anotarse —por idéntica razón—, a efectos de purga o de subsistencia de otras cargas, habrá que atenderse a si estas, se hayan constituido con anterioridad o posterioridad a la hipoteca o embargo, se han inscrito antes o después de aquéllos<sup>693</sup>. Es más, aun siendo ambos cónyuges copropietarios de la vivienda, si por el embargo de parte de la vivienda se constituye un proindiviso sobre la misma entre el cónyuge beneficiario y el tercero que resulte adjudicatario, este último, en

---

<sup>692</sup> Vid. ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, pp. 13 y 14. Precisa, no obstante, que esta falta de intervención del cónyuge no titular es más difícil de mantener cuando la enajenación es consecuencia de un convenio de realización o cuando se practique por persona o entidad especializada. En el primer caso, será necesario el consentimiento del cónyuge no titular al que se le atribuye el uso, pues el art. 640.3.II LEC dispone que “*Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta*”. Para el segundo de los casos anunciados —realización por persona o entidad especializada—, conste o no el uso en el Registro, el art. 641.3.III LEC establece que “*la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y la de las condiciones en que ésta deba efectuarse, será realizada previa comparencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados*”, aunque el mismo precepto solo exige la conformidad de todos los interesados cuando la enajenación se realice por precio inferior al 70% del valor de liquidación.

<sup>693</sup> Vid. CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 141; ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 44-45; MONDÉJAR PEÑA, M. I., “Oponibilidad al adquirente...”, *op. cit.*, p. 446.

aplicación de los principios hipotecarios referidos, podría verse obligado también a soportar el uso atribuido al cónyuge copropietario<sup>694</sup>.

En este sentido, cabe referir que las distintas sentencias y resoluciones que han tratado el principio de prioridad en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar, han partido de aceptar la inscribibilidad de tal derecho, aun —como venimos advirtiendo— sin reconocerle naturaleza real y sin que haya norma expresa que así lo diga y que pudiera hacer pensar en un derecho de crédito, como ocurre con el arrendamiento o la opción.

Entre las sentencias que se han referido a estos principios hipotecarios en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar, cabe referir diversos supuestos.

Puede ser, en primer lugar, que el derecho de uso fuese posterior a la hipoteca o embargo. La STS 118/2015 de 6 de marzo, descarta que el derecho de uso de la vivienda pueda oponerse al adjudicatario del bien en subasta pública tras una ejecución hipotecaria, en tanto que la hipoteca se constituyó por el otro cónyuge sobre el bien antes del matrimonio, siendo, pues, el constituyente soltero y el bien privativo<sup>695</sup>. Ni tan siquiera es obstáculo, en este último supuesto, que el adjudicatario, antes de celebrarse la subasta, conociese la existencia de tal derecho de uso<sup>696</sup>.

Puede ser, en segundo lugar, que el derecho de uso fuese anterior a la hipoteca o embargo. La STS 310/2004 de 22 de abril, se refiere a la inoponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar al tercero de buena fe adjudicatario de la misma en el procedimiento judicial sumario instado ante el impago de la hipoteca: aun habiendo sido atribuido el derecho de uso de la vivienda familiar con anterioridad a la hipoteca, el mismo, no solo es que no hubiese accedido al Registro de la Propiedad, sino que, además, el

---

<sup>694</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 55-56, defiende incluso que ese tercero, *a posteriori*, pueda ejercitar la *actio communi dividundo*, manteniéndose indemne el derecho de uso.

<sup>695</sup> También las RRDGRN de 8 de abril de 2015 y 5 de septiembre de 2016 se refieren a la purga del derecho de uso como consecuencia de la ejecución de una hipoteca anterior. Cabe destacar, en el mismo sentido, la STS 584/2010 de 8 de octubre, en la que, además, la esposa, en su momento, había otorgado el consentimiento para la hipoteca.

<sup>696</sup> Para estos casos de inoponibilidad del derecho de uso al tercero, MARÍN VELARDE, A., “La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex art.* 96 del CC: comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2010”, en *RADP*, núm. 26, 2011, p. 368, propone, *de lege ferenda*, la conveniencia de fortalecer la débil posición jurídica del cónyuge atributario no propietario, pues el art. 13.1 LAU, para los casos en que el arrendamiento es posterior a la hipoteca, establece que, ante la resolución del derecho del arrendador por la enajenación forzosa derivada de la ejecución hipotecaria, el arrendatario tiene derecho a continuar en la posesión del bien arrendado durante los cinco primeros años de duración del contrato. En un sentido similar, *vid.* ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, pp. 16-17, quien reconoce que tal propuesta podría llevar a conductas fraudulentas tendentes a simular un divorcio y atribución del uso a efectos de aplazar un lanzamiento. No obstante, hemos de partir, frente a esta excesiva cautela ante el fraude, de que en nuestro ordenamiento rige la presunción de buena fe.

cónyuge beneficiario no manifestó la existencia del referido derecho ni ante el juzgado ni cuando fue requerido notarialmente para que manifestase el título por el cual venía ocupando la vivienda<sup>697</sup>.

Ahora bien, no siempre la inscripción con posterioridad conlleva la inoponibilidad del derecho de uso y, con ello, la extinción de este último. Concretamente, no ocurrirá así en aquellos casos en que, habiendo nacido el derecho de uso con anterioridad al derecho que se ejecuta<sup>698</sup>, y pese a haberse inscrito con posterioridad a este, el tercero adjudicatario no sea de buena fe y, por tanto, no pueda considerársele tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH)<sup>699</sup>.

Esta es la posición que adopta el Tribunal Supremo, que entiende procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral cuando, aunque no figurase el derecho de uso en la certificación de cargas, resulta probado su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, entendiendo, así, que decae la buena fe, la cual no deriva solo de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que las alega, pues la posesión, al fin y al cabo, también es una forma de publicidad.

Atiéndase, así, a la STS 1103/2000 de 4 de diciembre, en la que, siendo los cónyuges copropietarios de la vivienda familiar, le es embargada al esposo su mitad. El Alto Tribunal, tras referir el art. 38.V LH y varias resoluciones relativas al principio de prioridad registral (SSTS de 6 de abril de 1996, 22 de marzo de 1994 y 12 de diciembre de 1988), a fin de proteger el derecho de uso de la vivienda familiar, acude al art. 7 CC, referido a la necesaria buena fe en el ejercicio de los derechos y a la proscripción tanto del abuso como del ejercicio antisocial de los mismos. En base a lo dispuesto por este

---

<sup>697</sup> Sobre derecho de uso anterior a la hipoteca pero no inscrito con anterioridad a la misma, *vid.* RDGRN 8 de marzo de 2018.

<sup>698</sup> Ante tal afirmación, CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 47, refiriéndose al momento en el que nace el derecho a usar la vivienda familiar, afirma que si el procedimiento ha tenido lugar de mutuo acuerdo, los efectos se retrotraerán a la firma del convenio. Si, por otra parte, hubiesen existido medidas previas o provisionales, será la resolución judicial que las fije la que fije el momento del nacimiento del derecho de uso.

<sup>699</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, p. 16, aboga por una interpretación restrictiva en este sentido, no pudiéndose aplicar a todos los casos en que el rematante conociera del derecho de uso antes de la subasta, pues de lo contrario se incurriría en el absurdo de considerar de mala fe a quien conoce por la certificación de cargas de un derecho titularidad de un tercero que haya accedido al Registro después de la anotación de embargo, siendo la regla general que las cargas posteriores se extinguen, se tenga o no conocimiento de las mismas. En la misma línea, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La oponibilidad...”, *op. cit.*, p. 1900. En un sentido diverso, *vid.* LÓPEZ FRÍAS, A., “El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 120 y ss., quien considera que se ha de atender, asimismo, a la buena o mala fe del acreedor hipotecario.

último, así como de la prueba practicada —de la que se extrae la amistad que existía entre el tercero adjudicatario de la vivienda y el esposo no beneficiario titular de la mitad indivisa—, concluye que ese tercero tenía conocimiento del carácter de vivienda familiar que concurría en la finca afectada por la subasta, así como de la atribución judicial efectuada, por lo que *“no puede ampararse en la presunción de exactitud registral que, de otro modo, evitaría que la adquisición que había realizado resultase afectada por la concesión a la recurrente del derecho de uso de la vivienda”*.

En conclusión, el reconocimiento que nosotros estamos realizando de la naturaleza real del derecho de uso ha de ir de la mano del respeto a principios hipotecarios tales como el principio de fe pública registral y, con ello, de la protección del tercero hipotecario, debiéndose tener presente que la existencia de buena fe, a tales efectos, no ha de deducirse únicamente de lo que consta en los libros del Registro, sino que ha de atenderse, por ejemplo, a otros indicios que lleven a demostrar que el tercero conoció o pudo diligentemente conocer de la inexactitud del Registro a través de la situación posesoria de la finca<sup>700</sup>. Ahora bien, desde el momento en el que, por parte de la jurisprudencia, no solo se reconoce el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar —como hemos advertido—, sino que, además, se le reconoce eficacia frente al que lo haya conocido extrarregistralmente —sin estar inscrito—, ya ni tan siquiera tiene cabida su contemplación como derecho personal —que, en su caso, tendría eficacia frente a terceros desde su inscripción—, sino que, claramente, vuelve a otorgársele trato de derecho real aun habiendo sido negada tal naturaleza por la doctrina y por el propio Tribunal Supremo.

### **3.1.2 Ejecución frente al cónyuge no propietario beneficiario del uso e inembargabilidad del derecho de uso**

Ahora bien, puede ocurrir que, siendo la vivienda propiedad del cónyuge al que no se le ha atribuido el uso, la ejecución se dirija frente al cónyuge beneficiario del uso y se trabase la vivienda de la que no es propietario. El titular de la vivienda habrá de acudir, en

---

<sup>700</sup> Sabemos que el notario ha de advertir, con carácter general en toda transmisión, de las cargas o sujeciones del bien. A ello, añade MARTÍNEZ LOZANO, M., “Un caso complejo de legado sobre uso de vivienda familiar y sintonías con la adjudicación de dicho uso en proceso matrimonial”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 265, 2003, p. 3078, que si el notario tuviese referencias oficiosas, que no oficiales —por no constar en el Registro— sobre la sentencia matrimonial que afecta a la vivienda familiar, deberá advertir al comprador aunque no le conste la naturaleza real del uso o no se le haya comunicado la sentencia; incluso teniendo referencia apenas indirecta *“bien haría en advertir, si conoce la separación o divorcio del vendedor de plantear la reserva correspondiente”*.

su caso, al correspondiente juicio ordinario de tercería de dominio a fin de que se alce la traba de la vivienda de la que es propietario, excepto que opere la tercería registral y que el Registrador de la Propiedad deniegue la anotación preventiva de embargo por no constar la finca inscrita a nombre del ejecutado, sino a nombre de su antiguo consorte (arts. 38.3 y 20 de la LH).

El cónyuge que, aun siendo beneficiario del uso, no es titular de la vivienda, no cuenta con ningún derecho embargable. A diferencia del derecho de usufructo, que puede ser embargado con independencia de la nuda propiedad, el derecho de uso de la vivienda familiar, “dada su atribución judicial, su necesidad para atender a las necesidades de habitación de los hijos, su carácter personalísimo y su contenido intransmisible”, debe ser considerado inembargable<sup>701</sup>. Conclusión a la que, igualmente, se llega de aplicarle, directamente, el régimen jurídico del derecho real de uso o habitación, pues, al tratarse, este, de un derecho personalísimo, no podrá ser embargado<sup>702</sup>: en virtud del art. 605.1º LEC, no serán en absoluto embargables “*los bienes que hayan sido declarados inalienables*”, disponiendo el art. 609 LEC que el embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho.

### 3.2 Vivienda propiedad de un tercero

Puede ocurrir, asimismo, que la vivienda familiar fuese propiedad de un tercero. Más allá del supuesto en que la misma se viniese ocupando por los cónyuges sin título alguno —supuesto tratado en el capítulo anterior—, el problema puede plantearse también cuando, habiendo venido los cónyuges ocupando la vivienda familiar en virtud de un derecho de usufructo, habitación o arrendamiento, se adjudique el derecho de uso en

---

<sup>701</sup> Vid. CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 143.

<sup>702</sup> Vid. ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, p. 82. En este mismo sentido, en la doctrina italiana, PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile italiano commentato*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1927, pp. 653-654, comentando los antiguos arts. 521 y ss. CCit., si bien defiende que los derechos de uso y habitación al ser inalienables, no se pueden hipotecar ni embargar, sí reconoce tal posibilidad en el caso de que el constituyente hubiese otorgado la facultad de transmitirlo: “Dall’essere i diritti d’uso e d’abitazione inalienabili segue, che non possano darsi in ipoteca (...) nè sequestrarsi, o subastarsi neppure dal proprietario che fosse creditore dell’usuario, o dell’abitante: ciò è vero anche nel caso che l’uso o l’abitazione siasi costituita a titolo oneroso; eccetto che il costituente abbia dato la facoltà di cederlo; imperocchè ammessa l’alienabilità, conviene ammettere e l’ipoteca e il sequestro”. Y, en este mismo sentido, se pronuncia, ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 1000, que señala cómo, al permitir el art. 562-4 CCcat. el gravamen o enajenación de los derechos de uso y habitación con el consentimiento de los propietarios, se entra en el tráfico jurídico con plenitud de consecuencias, pudiendo estar en quiebra la protección de la inembargabilidad de la que gozan estos derechos.

un procedimiento matrimonial a uno de ellos y, posteriormente, se embargue la vivienda en un proceso ejecutivo dirigido contra aquel tercero propietario.

En el primero de los supuestos —vivienda que venía siendo ocupada en virtud de un derecho de usufructo—, solo la nuda propiedad puede ser objeto de traba y enajenación forzosa. De embargarse la titularidad plena de la vivienda, el usufructuario podría hacer uso de la tercería registral o, en su defecto, de la tercería de dominio. En cuanto a la primera —la registral—, en virtud de lo dispuesto en los arts. 20 y 38.3 LH, el Registrador denegará la anotación preventiva de embargo sobre la totalidad del dominio cuando conste en el Registro que el ejecutado solo ostenta la nuda propiedad. En cuanto a la segunda —la de dominio— la LEC vigente —a diferencia de la anterior— contempla expresamente la legitimación para interponer la referida tercería por aquellos que sean titulares de derechos distintos del de propiedad (art. 595.2 LEC). En tal previsión legal se basa ACHÓN BRUÑÉN para entender legitimado, a efectos de interponer la tercería de dominio, no solo al usufructuario, sino incluso al cónyuge no titular del derecho de usufructo al que se haya adjudicado el derecho de uso<sup>703</sup>.

Embargándose únicamente la nuda propiedad de la vivienda, el que la adquiera en la enajenación forzosa no consolidará la propiedad hasta que no se extinga el usufructo que será también el momento en el que se extinga el derecho de uso atribuido. Mientras tanto, deberá respetar el usufructo inscrito con anterioridad y, por ende, el derecho de uso (aun cuando este último no figure inscrito o lo estuviere con posterioridad al embargo sobre la nuda propiedad, conforme a lo explicado en el epígrafe 3.1 anterior).

En el segundo de los supuestos —vivienda que había venido siendo ocupada en virtud de un derecho de habitación—, en el caso de que se dirija un proceso de ejecución contra el propietario, el adquirente que resulte de la subasta ha de respetar el derecho de habitación inscrito en el Registro al tratarse de una carga anterior de inmueble. Una vez extinguido el derecho de habitación, se extinguirá el derecho de uso. Si la ejecución se dirigiese, por el contrario, contra cualquiera de los cónyuges, no podrá embargarse el derecho de habitación, como hemos mantenido en el epígrafe anterior, debido a su carácter personalísimo, por lo que no resultará afectado el derecho de uso atribuido.

Cabe preguntarse, asimismo, qué ocurrirá si la vivienda familiar, propiedad de un tercero, y que se venía usando en virtud de un contrato de arrendamiento, es objeto de enajenación forzosa por deudas del arrendador. Se ha de acudir, a tales efectos, a lo dis-

---

<sup>703</sup> ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

puesto en el art. 13.1 LAU, en virtud del cual si, durante la duración del contrato, el derecho del arrendador quedara resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, quedará extinguido el arrendamiento, exceptuándose los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este último supuesto —establece el precepto—, continuará el arrendamiento por la duración pactada. Por tanto, en este último supuesto, el uso atribuido quedará protegido sea cual fuese el tratamiento que otorguemos a la consabida atribución y, concretamente, al beneficiario.

Ahora bien, aun encontrándose el arrendamiento inscrito, se cuestiona si, en aquellos supuestos en que el arrendamiento se hubiese pactado por una duración inferior a tres años, el nuevo propietario habrá de soportar también el arrendamiento durante la prórroga prevista en el art. 9 LAU o únicamente durante el plazo inicial pactado por las partes contratantes. El tenor literal del art 13 LAU parece excluir las posibles prórrogas, en tanto que mantiene que el arrendamiento continuará “*por la duración pactada*”. No obstante, hay un sector de la doctrina partidaria de que el arrendatario pueda hacer valer la prórroga del art. 9 e incluso la del art. 10 LAU —por las referencias que este último hace a los arts. 7.2 y 14 LAU—<sup>704</sup>. Aun admitiéndose esto último, lo cierto es que el cambio de arrendador siempre supondrá un riesgo para el arrendatario, pues, nótese que la excepción a la aplicabilidad de estas prórrogas con carácter general es la necesidad del arrendador de la vivienda arrendada que se contempla en el art. 9.3 LAU, por lo que puede suceder que el nuevo arrendador tenga esa necesidad que, en cambio, el anterior no tenía. Si se trata de un arrendamiento sobre finca no inscrita, en caso de enajenación forzosa, el art. 13.1.III LAU dispone que se estará a la duración establecida en el art. 9.4 LAU (tres años).

#### **4. Conclusión**

Llegados a este punto, estamos, pues, en condiciones de admitir que el reconocimiento que realizamos en esta obra de la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar no solo deriva del propio estudio de los elementos que lo componen, de la superación de todos aquellos obstáculos que se oponían al reconocimiento de tal naturale-

---

<sup>704</sup> Vid. PÉREZ CONESA, C., *Arrendamientos de vivienda...*, op. cit., p. 63.



za —de lo que nos ocupamos en el capítulo primero de la tesis—, o de la necesidad de reconocerle eficacia *erga omnes* para alcanzar el fin propuesto —de lo que nos hemos ocupado ya en este capítulo—; sino que tal reconocimiento deriva, incluso, del propio tratamiento que recibe el derecho del art. 96 CC en la práctica, donde se le viene reconociendo la eficacia propia de los derechos reales: eficacia *erga omnes* e inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

Tal naturaleza real habrá de admitirse, eso sí, siempre que la vivienda se hubiera venido ocupando en virtud de un derecho real<sup>705</sup>, e independientemente de que exista, además, una prohibición de disponer en el párrafo cuarto del antedicho precepto.

¿Por qué negar, entonces, la naturaleza real cuando, pese a ello, su tratamiento en la práctica es como si lo fuera?<sup>706</sup>

Ahora bien, demostrado que el uso del art. 96 CC es un derecho real, ¿de qué tipo, en particular, de derecho real se trata de entre los derechos reales de goce? No basta con afirmar, en abstracto, su naturaleza real, pues la respuesta a la cuestión planteada nos ofrecerá, no solo qué tipo de derecho real se trata, sino lo que es más importante: cuál es su particular régimen jurídico.

---

<sup>705</sup> A esta misma conclusión parece llegar PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 54, cuando, en los supuestos en que la vivienda fuese privativa del cónyuge no titular o perteneciera en proindiviso a ambos cónyuges, considera que “no parece que haya ningún inconveniente en hablar aquí de derecho real”.

<sup>706</sup> Esta misma pregunta nos hemos realizado ante el tratamiento de este tema por MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.* La autora, defendiendo la naturaleza personal del derecho de uso de la vivienda familiar, apunta algunas de las posibilidades por las que podría haber optado el legislador para proteger este derecho que, por ser personal, es fácilmente vulnerable. En este sentido, llega a apuntar la posibilidad de que el legislador hubiera previsto la posibilidad de otorgarle al derecho en cuestión eficacia real con su inscripción en el registro. Y nos preguntamos nosotros: ¿si tan deseable hubiera sido que se hubieran previsto estos efectos reales, por qué negar con tanta insistencia la naturaleza real del derecho de uso regulado, tal como se encuentra, en el art. 96 CC?

PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 115, a la vista de la doctrina emanada de algunas resoluciones referidas al derecho de uso de la vivienda familiar que, pese a ello, no le reconocen la naturaleza real, considera que la misma es “insostenible y atenta directamente contra principios básicos de nuestro ordenamiento como son el principio de prioridad y el de inoponibilidad (y en última instancia de un principio constitucional: la absoluta indefensión del tercero afectado)”.



**SEGUNDA PARTE**  
**EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:**  
**RÉGIMEN JURÍDICO**



# CAPÍTULO CUARTO

## CONSTITUCIÓN

### Y ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO

#### I. Determinación del tipo de derecho real

Hemos concluido, en los capítulos anteriores, que el derecho de uso de la vivienda familiar —contemplado en el art. 96 CC— puede —y debe, cuando sea posible— tener una naturaleza real. Ahora bien, cuando hacemos referencia al derecho real nos estamos refiriendo a una calificación genérica, formada a base de los rasgos que son comunes a otras figuras más concretas<sup>707</sup>; abarca una serie de derechos con unos rasgos comunes —a los que nos hemos referido—.

Por ello, el siguiente paso en el *íter* marcado por DE ANGEL YAGÜEZ ha de consistir en dar a esa realidad un “nombre jurídico”, es decir, “encasillar el supuesto de hecho en alguno de los moldes (meros conceptos) que su propia formación técnica pone a su disposición”<sup>708</sup>. Extrapolándolo a nuestro estudio, es momento, llegados a este punto, de concretar si es posible encasillar el derecho de uso de la vivienda familiar en uno de los derechos reales típicos existentes en nuestro ordenamiento y, en su caso, en cuál de ellos, o si, por el contrario, no es posible identificarlo con ninguno de ellos, debiéndonos plantear, entonces, la posibilidad de que pueda constituir un derecho real *sui generis*.

#### 1. La teoría del *numerus apertus*: su intrascendencia en nuestra tesis

En el caso de que, tras nuestro estudio, concluyésemos que el derecho de uso del art. 96 CC no puede identificarse con ninguno de los derechos reales de goce tipificados y

---

<sup>707</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 6, precisa la imposibilidad de encontrar figuras jurídicas que sean derechos reales y nada más: lo serán de propiedad, servidumbre, etc.

<sup>708</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *op. cit.*, p. 632. Distinto comportamiento se observa en los derechos de crédito. Estos, si bien pueden tener origen en numerosas causas, estas no influyen en su naturaleza, en los efectos o en la extinción del derecho, solo en posibles gradaciones de detalles.

regulados por el Derecho, no por ello habríamos de negar la naturaleza real del mismo, pudiendo ser calificado como un derecho real *sui generis*.

En este caso, en nada afectaría, a su consideración como real, la postura que se adopte respecto al consabido debate sobre el *numerus apertus* – *numerus clausus* de los derechos reales.

El referido debate se refiere, fundamentalmente, a la determinación del criterio que mantiene nuestro ordenamiento respecto al papel que la autonomía de la voluntad de los particulares juega tanto en la creación de tipos nuevos de derechos reales — *innominados*— como en la alteración y modificación de los tipos ya existentes<sup>709</sup>.

Es hoy minoritaria la corriente defensora del sistema *numerus clausus*<sup>710</sup>, en virtud del cual no es posible que los particulares constituyan más derechos reales que los que la ley tipifica de una manera determinada. Su especial recelo a admitir el sistema del *numerus apertus* está relacionado, en gran medida, con la especial eficacia que se le reconoce a los derechos reales, que hace que la constitución de estos últimos no tenga únicamente un interés privado, sino que también sea de interés para terceros y respecto al orden público, reputándose, pues, necesario, el control y la intervención pública a fin de garantizar la claridad y seguridad del tráfico jurídico<sup>711</sup>.

Frente a la aisladísima postura anterior, objeto de numerosas críticas entre los civilistas<sup>712</sup>, la doctrina mayoritaria, así como la propia DGRN<sup>713</sup>, mantiene que en nuestro sistema jurídico real rige el sistema del *numerus apertus*, que permite a los interesados establecer derechos reales más allá de los típicos, pudiendo ser totalmente originales o

---

<sup>709</sup> GORDILLO CAÑAS, A., “El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular”, en *ADC*, núm. 2, 1998, pp. 458-459, considera que el sistema de *numerus apertus* permitiría el funcionamiento de la autonomía de la voluntad en dos sentidos diferentes: la creación de nuevos derechos reales distintos a los ya legalmente tipificados y también los pactos que alteren los derechos reales típicos.

<sup>710</sup> *Vid.*, entre otros: CAMPUZANO Y HORMA, F., *Elementos de Derecho hipotecario*, Reus, Madrid, 1931, p. 124, o DE CASSO ROMERO, I., *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Instituto de Derecho civil, Madrid, 1951, pp. 286-287.

<sup>711</sup> *Vid.*, al respecto: ORTEGA PARDO, G., “Derechos reales limitados”, en *ADC*, núm. 2, 1952, p. 709; DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 91; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pp. 19-20. En sentido contrario, GORDILLO CAÑAS, A., “Bases del derecho...”, *op. cit.*, p. 549, señala que, precisamente para evitar esa amenaza para el tráfico jurídico de que habla esta corriente doctrinal, es para lo que existe la publicidad registral. En el mismo sentido se pronuncia en “El objeto de la publicidad...”, *op. cit.*, pp. 465 y ss.

<sup>712</sup> *Vid.*, entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre derecho de cosas*, *op. cit.*, p. 330.

<sup>713</sup> *Vid.*: RRDGRN de 7 de julio de 1949, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 19 de septiembre de 1974, 1 de abril de 1981, 7 de septiembre de 1982, 14 de mayo de 1984, 10 de abril de 1987, 4 de marzo de 1993, 7 de enero de 1994, 18 de noviembre de 2002 y 4 de diciembre de 2004. La RDGRN de 5 de diciembre de 2002 afirma que “La doctrina, la jurisprudencia y las resoluciones de este Centro Directivo son mayoritariamente conformes en que en nuestro derecho rige el sistema de *numerus apertus*”.

resultado de la mezcla de elementos de derechos reales ya existentes<sup>714</sup>. Esta posición aparece fundamentada por dos argumentos: el principio de autonomía de la voluntad<sup>715</sup> y el tenor literal de algunos preceptos hipotecarios<sup>716</sup>. Es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 lo reconocía al referirse a “*un sistema que, como el nuestro, no acepta la teoría del «numerus clausus», y en el que las características de los derechos reales no están predeterminadas por la legislación civil*”. Ello no obsta a la dificultad de crear nuevas figuras de derechos reales, y no meros subtipos de algún derecho real típico<sup>717</sup>.

Este sistema se presenta, *a priori*, como el más adecuado si atendemos a que la formación de los derechos reales limitados responde a una fuerte exigencia social<sup>718</sup>, con lo que, de esta manera, se posibilita que las partes puedan crear cuantos estimen oportunos a fin de conseguir, por medio de los mismos, resultados económicos queridos pero no previstos en la ley. En definitiva, nuevos derechos reales que puedan dar respuesta a nuevas necesidades prácticas, a nuevos modos de aprovechamiento y goce económico (como, en su momento, fuera el derecho de superficie, la multipropiedad, y otros tantos).

---

<sup>714</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., *op. cit.*, p. 352, precisa que el *numerus apertus* no ha de consistir en amparar bajo una *nomem iuris* de los reconocidos en el Código, facultades y actos distintos de los señalados en la ley; sino que consiste en admitir que, al lado de las posiciones jurídicas reales nominadas, pueden existir otras innominadas, siempre que produzcan los efectos propios de esta categoría de instituciones.

<sup>715</sup> En cuanto a la autonomía de la voluntad, aun refiriéndose el art. 1255 CC al derecho de contratos, este último precepto tiene repercusión en los derechos reales, al establecer el art. 1280.1º CC el contrato como medio para la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. En los derechos reales de goce, dicha autonomía de la voluntad se encuentra presente, por ejemplo, en el usufructo (*cf.* arts. 467 y 470 CC) o en el uso y habitación (*cf.* art. 523 CC). Esta libertad en la configuración de los derechos reales, considera GORDILLO CAÑAS, A., “Bases del derecho...”, *op. cit.*, p. 555, que da ya plena razón de la adscripción de nuestro sistema al de *numerus apertus*, en tanto que se permite la alteración del tipo.

<sup>716</sup> El segundo argumento parte, fundamentalmente, de los arts. 2.2º LH y 7 RH: el primero de ellos, que se ocupa de los títulos inscribibles, se refiere, *in fine*, a “*otros [derechos] cualesquiera reales*”; el art. 7 RH, remitiéndose al precepto antedicho, distingue entre los derechos reales que se mencionan en la ley —derechos reales típicos—, otros derechos reales de la misma naturaleza —derechos reales atípicos— y los pactos y contratos de trascendencia real que carecen de nombre propio en derecho —negocios reales innominados—. En el mismo sentido, cabría referir también el art. 74 RH, que se refiere a los “*demás derechos reales de naturaleza análoga*”. *Vid.*, al respecto, ACEDO PÉREZ, J., *op. cit.*, pp. 487-488; ACHÓN BRUÑÉN, M., “Protección del derecho...”, *op. cit.*, p. 15, que se apoya, asimismo, en los arts. 727.6 y 755.2 LEC, y, en el mismo sentido, en “La problemática...”, *op. cit.*, p. 44; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Autonomía privada...”, *op. cit.* p. 283; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III bis: Derecho inmobiliario registral*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 77.

<sup>717</sup>*Vid.* OTERO Y VALENTÍN, J., “Determinación específica de los derechos reales”, en *RDP*, núm. 185, 1929, p. 44.

<sup>718</sup> Esa influencia social es tenida también en cuenta por SERVAT ADUA, J. L., “Derechos reales y pactos de trascendencia real”, en *RCDI*, núm. 247, 1948, pp. 754 y 761, quien, pese a apostar por un sistema de *numerus clausus* como regla, deja una puerta abierta para admitir, excepcionalmente, derechos reales de los no catalogados ante la evolución que experimenta el Derecho “al compás de la vida y de las nuevas concepciones económicas y sociales”.

Pues bien, tras estas breves notas apuntadas sobre la teoría del *numerus apertus* – *numerus clausus*, cabe concluir como titulamos este apartado, afirmando la intrascendencia de la misma a efectos de considerar el derecho del art. 96 CC como un derecho real *sui generis*, en caso de que no pueda ser identificado con uno de los derechos tipificados y regulados por el Derecho. La explicación de tan contundente afirmación es de fácil precisión a la luz de lo expuesto en los párrafos anteriores.

Cuando nos referimos al sistema de *numerus apertus*, lo hacemos a la autonomía de la voluntad de las partes para la estructuración de derechos reales innominados, bien constituyendo el contenido principal de un documento presentado en el Registro, bien como pacto o estipulación inserta en un contrato.

Sin embargo, no es aquí donde se sitúa el epicentro de la problemática que vengo tratando en esta tesis. Bien es cierto que la toma en consideración del sistema del *numerus apertus* podría servir a efectos de posibles derechos reales innominados que los cónyuges pudiesen —y pueden— configurar de mutuo acuerdo en torno a la vivienda, pero al inicio de esta obra centré nuestro objeto de estudio en el supuesto contemplado en el art. 96 CC, que, en defecto de acuerdo, contempla y configura un derecho de uso de la vivienda familiar y establece los criterios necesarios a efectos de su atribución.

Así, como ya defendiese O'CALLAGHAN, no tiene cabida la discusión sobre si los derechos reales forman un *numerus clausus* o *numerus apertus*, ya que el derecho del art. 96 CC no está creado por los particulares, sino que es el Código Civil el que lo contempla; no estamos ante un derecho real innominado<sup>719</sup>. La cuestión se centra, pues, en discernir si el del art. 96 CC se trata de un derecho real o de un derecho de crédito y, habiéndome ya decantado ya por la primera opción, determinar si tiene cabida en uno de los derechos reales limitados de goce de los tipificados tradicionalmente —usufructo, uso o habitación—<sup>720</sup>, si se trata de un subtipo de uno de ellos<sup>721</sup> o si, incluso, nos encontramos ante un derecho real completamente diferente. Ello, obviamente, sin perjuicio —reitero— de que las partes, de común acuerdo, puedan pactar la constitución de un derecho real atípico sobre la vivienda familiar<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss.

<sup>720</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 1406-1407, considera que no es un derecho real nuevo, en tanto que es evidente la proximidad con los supuestos previstos en la atribución preferente (arts. 1406 y 1407).

<sup>721</sup> RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2067, considera que posiblemente se trataría de un subtipo, en tanto que los derechos reales ya existentes abarcan de hecho todos los poderes sobre las cosas. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>722</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016 [consultado el 6 de junio de 2017], disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/>



## 2. El derecho del art. 96 CC como derecho real de uso

Dentro de los derechos reales, se distingue según la influencia directa y exclusiva — el dominio o señorío—, del titular sobre la cosa, sea plena —abarque todas las utilidades de ésta— o sea limitada o reducida —abarcando solo algunas de sus facultades—<sup>723</sup>. Se habla, así, de derecho de propiedad plena —en el primer caso— y de derechos reales limitados o en cosa ajena<sup>724</sup> —en el segundo caso—.

Escapa a discusión alguna, en lo que a calificación del derecho de uso de la vivienda familiar se refiere, que este no es un derecho de propiedad. La influencia sobre la cosa es limitada.

Atendiendo a su contenido y centrándonos en los distintos tipos de derechos reales limitados que existen —cada uno con caracteres jurídicos diversos—, tampoco ofrece dudas que no nos encontramos ante un derecho real de adquisición —que permite reclamar en beneficio propio la transmisión de derechos sobre la cosa a quien la tenga—, ni ante un derecho real de garantía —en cuya virtud el valor en venta del bien asegura contra el eventual incumplimiento de una obligación pecuniaria—.

Hemos de afirmar, pues, que pertenece al grupo de los derechos reales de goce. Son estos los que más se asemejan al derecho de uso de la vivienda familiar, pues atribuyen a su titular la facultad o poder de usar, utilizar o aprovecharse de las cosas pertenecientes a otro —propietario—, mientras que, por el contrario, los derechos reales de garantía y los derechos reales de adquisición preferente no otorgan a su titular facultad para disfrutar de la cosa usándola, sea ésta fructífera o no. Es decir, los derechos reales de goce presentan un importante componente posesorio que está ausente en los otros dos grupos de derechos reales limitados<sup>725</sup>.

---

nografias/172396737/v2/document/172397021/anchor/a-172397021, considera que el derecho de uso se acomodará unas veces al tipo legal del derecho de uso y otras constituirá un nuevo derecho real atípico al modo del *usus domus* sin sujeción a las normas y limitaciones de los derechos reales tipificados.

<sup>723</sup> GÓMEZ-MORÁN ETCHART, A., *op. cit.*, pp. 551 ss., apunta que el contenido material a otorgar al concepto de derecho real es una labor política, que se orienta en uno u otro sentido según las circunstancias lo aconsejen.

<sup>724</sup> Sobre la discusión acerca de la denominación de este tipo de derechos, *vid.* ORTEGA PARDO, G., *op. cit.*, pp. 703 y ss.; RIGAUD, L., *op. cit.*, p. 78; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 23; o BARASSI, L., *op. cit.*, p. 11.

<sup>725</sup> *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales...*, *op. cit.*, p. 56.

Ha de tenerse en cuenta, como cuestión previa, que el término “uso” es empleado en el art. 96 CC como sinónimo de “utilización”, sin que con ello se esté refiriendo necesariamente al derecho real de uso genérico de los arts. 523 y ss.

La única cuestión, pues, a dilucidar, es de qué derecho real de goce se trata: usufructo, uso, habitación o, en su defecto, otro diverso. Considero que se ha de procurar encajillar el derecho de uso de la vivienda familiar en uno de los derechos reales de goce tipificados y regulados en el Código Civil, en perjuicio de su consideración como derecho real *sui generis*. Las razones son, fundamentalmente, dos:

La primera, que los derechos reales tipificados y regulados en Derecho abarcan, de hecho, prácticamente todo el goce posible sobre las cosas.

La segunda, que el recurso a una figura ya regulada ampliamente en nuestro Código Civil proporciona una incuestionable e importante seguridad jurídica para todas las partes de la relación jurídica creada, pues se limitará el arbitrio judicial a cosas concretas valorables y no a toda la configuración del derecho en sí<sup>726</sup>. Con esta tipificación se da respuesta a cuestiones tales como conservación, mejoras, gastos, disposición de la cosa y reclamaciones con terceros.

En ese intento de identificar el derecho del art. 96 CC con uno de los ya regulados en Derecho, se ha de tener en consideración que las posibles diferencias que puedan surgir —y que surgirán— entre uno y otro derecho, puedan ser todas ellas salvables, sin que las mismas lleguen a ser “tan relevantes como para que autoricen a propugnar la existencia de un nuevo tipo de derecho real”<sup>727</sup>. La existencia de particularidades está permitida desde el momento en que el art. 523 CC —referido a la autonomía de la voluntad— establece que las disposiciones contenidas en el Código Civil —no todas, como defenderemos en el cap. quinto, II— son supletorias respecto a lo que hayan podido acordar las partes en el título constitutivo.

El límite en lo que venimos afirmando, tanto respecto a las diferencias entre uno y otro tipo de derecho, como en relación con el contenido del título constitutivo del derecho, se identifica con la propia esencia del tipo de derecho de que se trate. Es decir, no hemos de otorgarle excesiva importancia a la ausencia de alguno de los caracteres del tipo de derecho en el que se encajille, siempre que se trate de elementos naturales, dis-

---

<sup>726</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. I, *op. cit.*, p. 68, considera que seguridad jurídica —a la que se refiere el art. 9.3º CE— “significa, ante todo, asequibilidad, posibilidad de conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de manera que se pueda predecir o pronosticar con algún fundamento cuáles van a ser las normas aplicables y cuáles son los resultados o las consecuencias que de la situación se pueden derivar o extraer”.

<sup>727</sup> *Vid.* ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1732.

ponibles, por tanto, por la voluntad privada y por la del propio legislador, y no de uno de los caracteres o elementos esenciales del derecho en cuestión, lo que impediría sostener aquel encasillamiento.

Llegados a este punto, y a fin de precisar un tipo concreto de derecho real limitado, cabe rescatar —aun brevemente— aquel principio general del Derecho de libertad presunta de la propiedad<sup>728</sup>. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA<sup>729</sup> considera que, en aplicación del referido principio, una vez fijada la naturaleza —en nuestro caso, real—, si la duda afecta al tipo, es decir, al modelo particular donde encajarlo, tratándose de un derecho real de goce, a fin de determinar si se trata de un usufructo, un uso, una habitación, o incluso de una servidumbre, habrán de tenerse en cuenta los rasgos esenciales de cada uno. Ocurre que tales rasgos no son exclusivos ni excluyentes. Es por ello que CERDEIRA apuesta por seguir aplicando, hasta sus últimas consecuencias, la regla jurisprudencial favorable a la menor limitación del dominio, a una interpretación restrictiva, optando, así, con carácter general, por el uso o por la habitación en defecto del usufructo. El contenido de poder *in re aliena* y el régimen del usufructo suponen una mayor carga o limitación para el dominio, frente al uso y la habitación que, en muchas ocasiones, se han llegado a calificar como “pequeños usufructos”. No es solo que el uso y la habitación sean —únicamente— menos gravosos para el propietario, sino que, además, son menos comprometidos para el usuario y el habitacionista (*cf.* arts. 527.I y 1289 CC).

Más allá de la aplicación del principio referido, el recurso al usufructo para encasillar al derecho contemplado en el art. 96 CC se antoja, cuanto menos, complicado, debido, fundamentalmente, a que dos de sus rasgos esenciales como son el propio contenido y su transmisibilidad, no se adecuan al uso del art. 96 CC —como veremos en el capítulo quinto—.

El derecho de uso de la vivienda familiar se acerca, más bien, a los derechos reales de uso y habitación<sup>730</sup>, que, como el del art. 96 CC, tienen un matiz asistencial, midiéndose en atención a las necesidades de los beneficiarios y siendo, *a priori*, intransmisibles: “es, precisamente, la adscripción a un fin determinado en uno y otro tipo, habita-

---

<sup>728</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.3.2.

<sup>729</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ..., *op. cit.*, p. 1269.

<sup>730</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales...*, *op. cit.*, p. 155, tras considerar que los derechos de uso y habitación pertenecen a esquemas económicos del pasado, señala que actualmente estas figuras han resucitado ante el grave problema que plantea la vivienda familiar en casos de separación o divorcio.

ción y uso, lo que les diferencia del usufructo”<sup>731</sup>. Es obvio que la medida contemplada en el art. 96 CC se destina a un fin determinado: el de cubrir la necesidad habitacional del más débil —los hijos o el cónyuge más necesitado de protección—.

En una primera aproximación, podría considerarse el del art. 96 CC un derecho real de habitación. Así lo consideraron autores como ISAC AGUILAR, quien apuntó que las semejanzas son evidentes: conceptualmente, ambos derechos lo son a ocupar casas ajenas; funcionalmente, mientras que el de uso implica todo goce, el derecho de habitación y el de uso de la vivienda familiar no comportan más que la posibilidad de servirse de la vivienda a fin de proveer exclusivamente la necesidad de alojamiento de una familia, particularmente, en el caso del art. 96 CC, la necesidad de aquellos que la sentencia designe<sup>732</sup>. Nosotros, en cambio, conscientes de la cercanía de los derechos de uso y habitación, vamos a calificarlo como derecho real de uso.

Cierto es que, como mantiene MARTÍN MUÑOZ, partidaria de calificarlo como derecho real de habitación, “con el derecho de habitación no se pretende resolver un problema patrimonial exclusivamente, sino que, dado su carácter personalista, lo que persigue, generalmente, es satisfacer necesidades de índole personal y familiar”<sup>733</sup>, precisamente el fundamento que hemos defendido epígrafes atrás respecto al derecho de uso de la vivienda familiar; sin embargo, no es menos cierto que tal carácter personalista y enfocado a la satisfacción de necesidades puede defenderse tanto del derecho real de habitación como del de uso: ambos tienen un mismo régimen jurídico e incluso, en época de Justiniano —como veremos—, mientras que no cabía el arriendo de la cosa objeto del derecho real de uso, sí cabía respecto del de habitación. Nuestras razones para defender el encasillado de este derecho como derecho real de uso —aunque especial—, tienen que ver, fundamentalmente, con su objeto —concretamente su extensión— y el contenido del derecho.

Estos elementos —contenido, transmisibilidad, objeto...— que simplemente hemos apuntado a fin de adelantar en qué concreto derecho real de goce tiene mejor encaje el derecho de uso de la vivienda familiar, serán objeto de desarrollo y de tratamiento *in extenso* tanto en el presente capítulo como en los siguientes.

Valga reiterar, atendiendo a lo que dijimos párrafos atrás, que no obsta a su calificación —como derecho real de uso— las diferencias que entre el derecho del art. 96 CC y

---

<sup>731</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1267.

<sup>732</sup> Vid. ISAC AGUILAR, A., *op. cit.*, p. 1732. En el mismo sentido, LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 268 y ss.

<sup>733</sup> Vid. MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 65-66.

el derecho de uso de la vivienda familiar puedan existir —como, de hecho, existen—, siempre que no afecten a elementos esenciales del derecho real de uso —según veremos en las páginas que siguen—. Téngase en cuenta que, ni el derecho de uso, ni tan siquiera el de habitación, estaban pensados para un supuesto como el del art. 96 CC, consecuencia de una disolución matrimonial relativamente reciente en nuestro ordenamiento<sup>734</sup>.

Lo que sí hemos de reconocer es que se trata de un derecho real de uso especial, o de un subtipo del derecho real de uso; especialidad que viene impuesta por el carácter familiar del derecho, que en ningún momento hemos descartado. El del art. 96 CC es obvio que se trata de un caso particular, especial, del derecho real de uso (*v. gr.* como el del art. 1407 CC, que es considerado un derecho real de uso especial; o el del art. 822 CC, que es considerado como un derecho de habitación especial)<sup>735</sup> al que, como tal, le será de aplicación lo dispuesto en los arts. 523 y ss. CC como régimen común, esto es, en lo que, respetando los rasgos esenciales, se amolde al fin o fundamento del derecho contemplado en el art. 96 CC.

## II. Constitución del derecho

Sucede que, con relación a los derechos de uso y de habitación, el Código Civil no regula sus modos de constitución. Ante esta situación, podemos, por un lado, hacer uso de la remisión que en el art. 528 CC se realiza a las normas sobre usufructo —remisión que, respecto a las causas de extinción se hace de forma expresa por el art. 529 CC—<sup>736</sup>. El art. 468 CC, en sede de usufructo, establece que este se constituye “*por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción*”. Por otro lado, podemos acudir al art. 609.II CC, en virtud del cual, “*La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

---

<sup>734</sup> Hay quienes, precisamente, se aferran a esta posteridad en el tiempo del art. 96 CC respecto a la existencia del uso y habitación, para mantener que, pese a ello, el uso y la habitación parecen haber sido ignorados al regularse el derecho de uso de la vivienda familiar. *Vid.*, en tal sentido, LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 268 y ss.

<sup>735</sup> *Vid.*, en tal sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación, op. cit.*

<sup>736</sup> *Vid.* RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1382. La ley 423 CDCFN sí se remite de forma expresa a las formas de constitución del usufructo.

Tradicionalmente, ha sido bastante unánime la consideración del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de origen legal y constitución judicial<sup>737</sup>, ya haya derivado de la aprobación del convenio regulador, ya de la decisión judicial<sup>738</sup>. Así lo afirma la STS 715/1994 de 14 de julio, en cuyo fundamento jurídico tercero, al referirse al derecho de uso, apunta que “*habrá siempre de partir como singularidades de que el mismo se constituyó «ope sententiae»*”.

Así, pese a alegarse su constitución judicial, *ope sententiae*, no se ha dejado de reconocer que el derecho tiene una base —un origen— legal, en tanto que, por una parte, a la hora de la atribución, el juez se ha de atener a los criterios establecidos en el art. 96 CC —en definitiva, al interés más necesitado de protección—: se limita a designar al beneficiario en aplicación de la propia ley. Por otra parte, no podrá atribuir cualquier derecho relativo a la vivienda familiar, sino únicamente el que se configura en el art. 96 CC en virtud de la titularidad previa que los cónyuges tuviesen sobre ella, según venimos defendiendo. RIVERO HERNÁNDEZ, refiriéndose expresamente al supuesto del art. 96 CC, considera que, aunque el acto constitutivo sea judicial, la causa jurídica del mismo es la norma legal que así lo establece<sup>739</sup>.

Tal protagonismo judicial no es, de hecho, nada nuevo. Valga citar el art. 540 CC que contempla la posibilidad de suplir la falta de título constitutivo de ciertas servidumbres con una sentencia firme. Una muestra de la posibilidad de constitución judicial se observa también en la ley 374.IV CDCFN, que, referida a las comunidades de bienes, dispone: “*Al tiempo de efectuar la división judicial se podrá, si fuere necesario, adjudicar a uno de los copropietarios el usufructo y a otro la nuda propiedad, y constituir*

---

<sup>737</sup> Por su parte, el derecho o facultad de poseer existente durante la estabilidad matrimonial tiene carácter legal (arts. 68 y 70 CC), siendo establecido directamente por la ley que lo enmarca dentro del cuadro general del cumplimiento de los derechos y deberes familiares.

<sup>738</sup> Vid.: TAMAYO CARMONA, J. A., “¿Patrimonialización...?”, *op. cit.*; HERRERO GONZÁLEZ, R., *op. cit.*, para quien el derecho de uso de la vivienda familiar no se constituye ni por ley ni por voluntad de las partes; LUNA SERRANO, A., *op. cit.*, p. 358; u O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “El derecho de ocupación...”, *op. cit.*, pp. 1333 y ss., quien considera que el derecho de ocupación únicamente se constituye por resolución judicial; su causa no puede ser la voluntad de los cónyuges, ya que el convenio ha de ser aprobado judicialmente.

En contra de esto último, quienes defienden que la adjudicación de la vivienda se funda en la ley o en la voluntad: SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 99, quien considera que la aprobación judicial solo es un requisito de eficacia posterior al acto que no modifica la naturaleza de este. En el mismo sentido, MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 251; o DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 524”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.)*, t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230304>.

<sup>739</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*, añade que la mecánica constitutiva formal y el carácter *ex lege* es, en este caso, idéntico, incluso más enérgico, que el de las hipotecas legales o el de las servidumbres forzosas.

*servidumbres entre las fincas resultantes de la división*”; por su parte, la ley 423 CDCFN establece que el uso y la habitación pueden constituirse por los mismos modos que el usufructo, a los cuales se destina la ley 409 CDCFN, que dispone “*También puede constituirse el usufructo por la adjudicación en juicio divisorio o acto particional*”. Su antecedente podría situarse en el Digesto (Gayo, Comentarios al Edicto provincial, libro VII [D. 7, 1, 6, 1]), donde se recoge que “*También se constituye el usufructo en el juicio de división de la familia y, el de división de la cosa común, si el Juez adjudicase a unos la propiedad, y a otros el usufructo*”<sup>740</sup>. Ya ESCRICHE y GÓMEZ DE LA SERNA, al referirse a la habitación, contemplaban la posibilidad de su constitución por el juez en los juicios divisorios<sup>741</sup>.

Ningún obstáculo ha de suponer a la constitución judicial, que, en el Derecho común, la misma no sea una de las formas contempladas en el art. 609 CC<sup>742</sup>. Téngase en cuenta, por un lado, en cuanto al citado precepto —referido a los modos de adquirir el derecho real con carácter general—, que su enumeración ha sido considerada, desde diversos sectores doctrinales, como incompleta y, en ciertos aspectos, errónea<sup>743</sup>.

Por otro lado, nótese que cuando el art. 609 CC prevé la constitución de un derecho real por ley<sup>744</sup>, amén de pensar en el derecho real *ex lege*, (impuesto directamente por

---

<sup>740</sup> *El Digesto del Emperador Justiniano* (traducido y publicado por AGUSTÍN RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.), tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872, p. 281: “*Constituitur adhuc ususfructus et in iudicio familiae erciscundae, et communi dividundo si iudex alii proprietatem adiudicaverit alii, usumfructum*”.

<sup>741</sup> Vid. ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y C., París, 1852, p. 745 y GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *op. cit.*, p. 643.

<sup>742</sup> Vid., en sentido contrario, GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, pp. 145-146, no considera que la decisión judicial sea título constitutivo de derechos reales ni que los arts. 96 y 103 CC añadan un nuevo título adquisitivo de tales derechos; al tratarse de un título excepcional respecto a lo dispuesto en el art. 609 CC, afirma que debería haberse previsto expresamente.

<sup>743</sup> Vid. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 124; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III...*, vol. I, *op. cit.* pp. 103y ss. No lo considera así PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 80, para quien la referencia a la ley comprende los modos de adquirir que faltan, pues esta “es, en último término, el único modo de adquirir en cuanto conecta a determinados acontecimientos el efecto jurídico del fenómeno adquisitivo”.

<sup>744</sup> Gran parte de la doctrina ha defendido la posible constitución legal o *ex lege* de los derechos de uso y habitación, incluyendo, junto al derecho del art. 96 CC, otros como los contemplados en los arts. 822, 495 o 1407 CC. Vid., en tal sentido: FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 61; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. II, Reus, Madrid, 1994, p. 121; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil III (coord. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M.)*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 874, o RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1383. En la doctrina italiana, ya decía PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, *op. cit.*, p. 633: “è certo che la legge in verun caso stabilisce il diritto di uso o d’abitazione”; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Determinación del derecho de habitación”, en *RCDI*, núm. 763, 2017, p. 2650.

No obstante, otros autores han negado la posibilidad de una constitución legal del derecho de uso y habitación, quizás debido a su carácter personalísimo y, por tanto, a la necesidad de voluntad expresa por las partes. Vid., entre otros: ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*,

ley —como hay multitud de servidumbres, hipotecas,...—, que, en el fondo, no son derechos reales, sino distintos límites de la propiedad), también —y sobre todo— incluye casos de derechos reales previstos por la ley, pero necesitados de acuerdo o, en su defecto, de una decisión proveniente de la Administración, para su efectiva constitución (como, en efecto, hay multitud de servidumbres forzosas, hipotecas,...).

El supuesto del art. 96 CC, por tanto, es bastante similar a otros que han sido calificados como uso o habitación de constitución legal “mediata”. A los mismos se refiere DÍEZ-PICAZO cuando, al referirse a la constitución legal del usufructo —concretamente al usufructo viudal en la herencia de una persona contemplado en el art. 834 CC— considera que su constitución es obra automática de la ley o bien “de los trámites necesarios para dar cumplimiento a la ley”<sup>745</sup>. También FERNÁNDEZ DEL POZO refiere la existencia de “supuestos similares a ciertas servidumbres que se dicen legales de constitución mediata, es decir, aquellas en las que la ley se limita a conceder a ciertas personas el derecho a exigir su constitución, para lo cual deben interesar la actividad jurídica de ciertos órganos públicos, jurisdiccionales o administrativos”<sup>746</sup>.

Téngase en cuenta, en fin, que, actualmente, la separación o el divorcio pueden tener lugar, además de ante el juez, ante el letrado de la Administración de Justicia o, incluso, ante el notario. En estos últimos supuestos habríamos de entender que el derecho se constituye con el decreto que declare la disolución o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (*cfr.* art. 89 CC)<sup>747</sup>.

---

*op. cit.*, p. 609, quien se refiere a la necesidad de voluntad expresa de las partes en la constitución del derecho de habitación; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. VI, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 234.

<sup>745</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. VI, *op. cit.*, p. 176.

<sup>746</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *op. cit.*, p. 102. En el mismo sentido, ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, (dir. GINER GARGALLO, A.; coord. CLAVELL HERNÁNDEZ, V.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, p. 1344, afirma que dentro de los derechos de origen legal, se puede considerar una serie de derechos de uso y habitación que la ley contempla en determinados supuestos pero que no concede directamente a quien haya de ser titular de los mismos, requiriéndose una sentencia o resolución judicial que lo atribuya, y pone como ejemplo el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido tras la nulidad, separación o divorcio.

<sup>747</sup> *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 45.



### III. Elemento objetivo. La vivienda familiar

#### 1. El objeto del derecho real de uso

##### 1.1 La vivienda

##### 1.1.1 Una cuestión previa: el derecho real limitado sobre vivienda parcialmente propia

Uno de los obstáculos que se han alegado por aquellos opositores de la calificación real del derecho de uso de la vivienda familiar, y que tiene que ver con su objeto, es la ajenidad de las cosas sobre las que recae el derecho tanto de uso, como de usufructo y habitación (arts. 467 y 524 CC)<sup>748</sup>.

Ocurre con frecuencia, en los supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar, que ésta pertenece a ambos cónyuges en copropiedad, lo que supondría que el cónyuge beneficiario disfrutase de un bien que, en parte, también es suyo. Sin embargo, nada parece obstar a que —como vimos al estudiar la naturaleza dinámica del derecho de uso—<sup>749</sup> el derecho real de uso se extienda sobre la totalidad de la vivienda<sup>750</sup>. Es más, la atribución de uso al cotitular implica una legitimación para poseer sin intervención del condómino —con exclusión de la regla del art. 394 CC—<sup>751</sup>.

Así lo viene a confirmar la DGRN en su resolución de 19 de enero de 2016, en la que, refiriendo la RDGRN de 5 de octubre de 2015, afirma que el derecho de uso de la vivienda familiar recae sobre la totalidad de la misma<sup>752</sup>:

---

<sup>748</sup> Vid. PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, p. 689 y GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 151.

<sup>749</sup> Vid. *supra*, cap. primero, V.1.1.

<sup>750</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss., por su parte, consideraba que en estos casos el cónyuge usuario sería titular de pleno dominio de una mitad indivisa y titular de un derecho de uso sobre la otra mitad.

<sup>751</sup> En este sentido se pronuncia la RDGRN de 24 de octubre de 2014, que trae causa de un supuesto en el que ambos cónyuges son titulares, en régimen de gananciales, de la vivienda familiar. En este caso, el Centro Directivo argumenta que el derecho de ocupación que atribuye el art. 96 CC tiene un contenido más intenso que el derecho posesorio que genera la titularidad ganancial del bien, pues, en este último caso, salvo pacto en contrario, el derecho de servirse de la cosa común se encuentra comprimido por la exigencia de que su ejercicio no impida a los copartícipes utilizarla según su propio derecho (*cfr.* arts. 392 y 394 CC). En cambio, el derecho de uso de la vivienda familiar, atendiendo a las circunstancias en las que se otorga (cese de la convivencia de los excónyuges), se trata de un derecho de uso de carácter excluyente respecto del cónyuge no beneficiario.

<sup>752</sup> El supuesto de hecho que da pie a esta resolución está protagonizado por la atribución, tras el divorcio, del uso de la vivienda —propiedad de ambos por mitades indivisas—, a los hijos y a la exesposa bajo cuya custodia quedan. Ocurre que, posteriormente a la atribución, ambos propietarios —excónyuges— otorgan escritura de disolución del condominio de la citada finca, que es adjudicada al exesposo, con las

*“Si con respecto al derecho real de habitación esta Dirección General ha dicho en su reciente Resolución de 5 de octubre de 2015 que: «(...) no cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa (...)», con más razón habrá que sostener que el derecho de uso de la vivienda familiar previsto en el artículo 96 del Código Civil ha de ser siempre conferido sobre la globalidad de la vivienda y no sobre una participación indivisa de la misma”.*

*“si ningún obstáculo había para la inscripción del derecho de uso cuando la vivienda aparecía inscrita a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, menos aún los habrá cuando la titularidad sea exclusiva del esposo al que no se le ha atribuido tal derecho. (...) el derecho de uso configurado en la sentencia objeto de calificación es perfectamente compatible con la nueva situación de titularidad sobre la finca derivada de la inscripción de la escritura de disolución de condominio”.*

En el caso de que la vivienda se encontrase inmersa en el patrimonio postganancial, la cotitularidad tiene por objeto un patrimonio (en liquidación), de forma que cada uno de los bienes o derechos comunes no está atribuido individualmente por cuotas a uno y otro cónyuge, sino que la participación de cada uno de ellos se proyecta indeterminadamente sobre todos y cada uno de los bienes integrados en el patrimonio postganancial. Así, el cónyuge beneficiario del uso de la vivienda carece de una cuota concreta e individualizada sobre la misma. De ahí que no podamos considerar que solo está atribuida en uso una cuota de la vivienda y que coinciden titularidad y derecho de disfrute en la otra cuota, pues hasta que no se proceda a la partición no puede concretarse el derecho que corresponda a cada partícipe en la vivienda o si la misma se incluirá en una cuota o en otra. Se dirá, pues, que el derecho recae sobre una vivienda parcialmente ajena<sup>753</sup>.

---

correspondientes compensaciones. De forma tal que cuando se acude posteriormente a inscribir el uso atribuido, la vivienda ya consta a nombre únicamente del exesposo. El Registrador deniega la inscripción por entender que ha variado la situación registral de la finca y que, por tanto, no es posible actualmente la inscripción del uso en los términos en que fue concedido en la sentencia, ya que esta lo hizo sólo sobre la mitad indivisa de la finca, que a la sazón pertenecía a al exesposo —ahora único propietario—; de esta forma, mantuvo el Registrador que, de inscribirse ahora la sentencia, el derecho de uso atribuido a la beneficiaria recaería sobre el 100% del pleno dominio de la finca, cuando sólo se le concedió sobre el 50% indiviso de su exesposo.

<sup>753</sup> Vid. BLANDINO GARRIDO, M. A., “Régimen jurídico...”, *op. cit.*

Es más, limitándonos al derecho real de uso, nada nuevo supondría que el titular del citado derecho disfrutase de un bien que es parcialmente suyo. Esta posibilidad se contempla ya en el Código Civil al regularse la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. El art. 1406.4º CC establece que, en caso de muerte del otro cónyuge, el sobreviviente tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber “*la vivienda donde tuviese la residencia habitual*”; y añade el art. 1407 CC que, en este caso, el cónyuge podrá pedir, a su elección, que se le atribuya el bien en propiedad o que se constituya sobre el mismo a su favor un derecho de uso o habitación. Es decir, en tanto que estamos en sede de liquidación de la sociedad de gananciales, podríamos encontrarnos con que se constituya un derecho de real de uso, en favor del cónyuge sobreviviente, y sobre una vivienda habitual que también es suya<sup>754</sup>.

El problema, como mantienen los autores citados en la nota al pie anterior, es si cabe un derecho real limitado sobre una cosa propia en contra de la máxima *nemini res sua servit iure servitutes*. Sin embargo, tal principio es lógico, y se aplica, cuando el derecho real menor recae enteramente sobre una misma finca del propio dueño, pero no así cuando se trata de varias fincas o de gravar parcialmente la propia propiedad y por ello la propiedad ajena (v. gr. casos de copropiedad, servidumbre de propietarios, bienes gananciales...).

### 1.1.2 La vivienda como objeto del derecho real de uso

GARCÍA GOYENA identificó los derechos de uso y de habitación; para él, “era imposible conservar las sutilísimas distinciones o diferencias de las leyes romanas y de Partida entre el uso de una casa y la habitación, cuando en sencilla razón deben ser y son una misma cosa” y añadía respecto a la habitación: “entiéndase de ella lo espuesto (sic) sobre el uso, pues que son una misma cosa”<sup>755</sup>.

---

<sup>754</sup> PIÑAR, B., “Usufructo en cosa propia”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, p. 809, contempla la posibilidad de derechos reales en cosa propia, aunque ello —dice— “pueda parecer *prima facie* una *contradictio in terminis*; y es lógico que produzca esta impresión, pues *nemini res sua servit*”. Por su parte, para ROCA SASTRE, R. M., “La concepción del usufructo como «pars domini»”, en *RGLJ*, núm. 172, 1942, p. 580: “la teoría de la posibilidad de los derechos sobre cosa propia no está desprovista de fundamento ni de utilidad”.

<sup>755</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852, p. 416.

En muchas ocasiones, se ha llegado a decir que la habitación no es más que el derecho de uso cuando el objeto es un inmueble destinado a vivienda familiar<sup>756</sup>. Es más, en Derecho portugués, el art. 1484.2 CCport., tras disponer en qué consiste el derecho de uso, dice respecto al de habitación: “*Quando este direito se refere a casas de morada, chama-se direito de habitação*”. Sin embargo, tal identificación entre una y otra figura no puede llevarnos a considerar el derecho de habitación como una subespecie del derecho de uso. En primer lugar, porque —como veremos en este apartado— el derecho real de uso puede recaer también sobre una vivienda, sin que por ello sea un derecho de habitación. En segundo lugar, porque la diferencia entre el uso y la habitación se encuentra en el contenido del derecho —como veremos en el capítulo siguiente—: en el uso hay un disfrute que no existe en la habitación.

Cierto es que el derecho de habitación recae sobre un inmueble destinado a habitación, pero no lo es menos que el derecho real de uso puede recaer sobre cualquier tipo de bien y, por tanto, asimismo, sobre un inmueble habitable<sup>757</sup>. No se plantea discusión sobre esto último. Tratándose de una vivienda, la misma sería admitida como objeto del derecho de uso, no solo por las corrientes más tradicionales que entienden que es suficiente con que el bien sea capaz de reportar cualquier clase de utilidad para el usuario, sino también por aquellas otras corrientes, más modernas, cuyos integrantes consideran que solo puede ser objeto del derecho de uso los bienes susceptibles de proporcionar satisfacción inmediata y directa a las necesidades del usuario<sup>758</sup>. En el Código Civil de Cataluña, el art. 562-7 CCcat. se refiere, en particular, al derecho de uso de vivienda<sup>759</sup>.

---

<sup>756</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. IV, Reus, Madrid, 1972, p. 669, para quien “la habitación no es más que el mismo uso aplicado a una casa”; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 26; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil: comentado y concordado extensamente y totalmente revista y puesto al día por APALATEEGUI, P.*, tomo IX, Reus, Madrid, 1948, p. 485, considera que el uso de un edificio es la habitación, así como que el uso, salvo alguna excepción, ha de recaer sobre bienes inmuebles rústicos y sobre semovientes. En la doctrina italiana, decía PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, *op. cit.*, p. 632: “il diritto di uso (compresovi quello di abitazione, il quale non è che l’uso della casa) (...) Chiamasi specialmente diritto di abitazione, quando ne è ogetto una casa, e diritto di uso, quando competa sopra qualunque altra cosa”, o, en p. 641, cuando dice “Il diritto di abitazione (...) non è altro che il diritto di uso di una casa”.

<sup>757</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 524”, *op. cit.*, considera que el art. 524 CC incluye en su regulación el supuesto de uso cuyo objeto es la vivienda —el *usus domus*—.

<sup>758</sup> Vid., sobre el particular, VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación* (anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por CASTÁN TOBEÑAS, J.), t. II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 830 y RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>759</sup> Art. 562-7 CCcat.: “*El uso de una vivienda se extiende a la totalidad de esta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos*”. ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, p. 1377, considera que el fundamento de este innovador precepto obedece probablemente al propósito del legislador catalán de configurar y dotar de contenido jurídico a la atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial judicialmente constatadas.

De hecho, ha sido ampliamente aceptado que, aun refiriéndose el art. 524.I CC a los frutos, el derecho de uso puede tenerse también sobre cosa infructífera; cualquier cosa, en definitiva, que pueda prestarnos alguna utilidad o servicio, sea mueble o inmueble<sup>760</sup>. Sirva acudir al Digesto, donde se hacía referencia al legado del uso de la casa sin el fruto: “*Si domus usus legatus sit sine fructu...*” (D. 7, 8, 18). O a las Partidas, que se referían a las bestias, las cuales, por lo general, no producen frutos, pero puede el usuario utilizarlas para labores propias o para cualquier otro servicio: “*E si por aventura otorgasse vn ome a otro vso en sus siervos ó en sus bestias, puede el mismo vsar dellas para sus lauores, ó para otro servicio tan solamente*” (Ley 21, título 31, Partida 3<sup>o</sup>). De haber tenido el propósito el legislador de modificar en este punto nuestro antiguo Derecho, así lo habría declarado expresamente. Incluso en Italia, el art. 1021 CCit. contempla la posibilidad de que la cosa no sea fructífera: “*Chi ha diritto d'uso di una cosa può servirsi di essa e, se è fruttifera, può raccogliere i frutti per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia*” (el subrayado es nuestro).

Téngase en cuenta que el uso de vivienda es, además, la forma de uso más antigua, el conocido como *usus domus* de las fuentes romanas de la época clásica —anterior a la *habratio* justiniana como institución autónoma: Justiniano la considera como un derecho independiente del usufructo o del uso (C. 3, 33, 13)—. Ya en el Digesto (7, 8, 2, 1) se hablaba del uso de la casa —“*Domus usus relictus est...*”—. Es más, la propia Ley 20, título 31, Partida 3<sup>a</sup>, tratando del uso, dice: “*La segunda manera es quando un ome otorga tan solamente en su casa (...) el vso*”.

Por tanto, de lo referido hasta ahora, uno y otro derecho —uso y habitación— serían aptos para cumplir con el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar. ¿Por qué habremos de decantarnos, entonces, por el derecho real de uso y no por el de habitación?

La diferencia entre el uso y la habitación es una cuestión —considero— más compleja, y así lo entiende otro sector doctrinal<sup>761</sup> —más amplio— que considera que la diferencia entre uno y otro derecho no se centra en el objeto material sobre el que recae el derecho que, como acabamos de justificar, puede coincidir en uno y otro derecho. La

---

<sup>760</sup> MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, p. 673, considera que el empleo del término “frutos” en el art. 524 CC se hace en el concepto de utilidad y provecho.

<sup>761</sup> Forman parte de este sector doctrinal, entre otros, RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 96; BARBERO, D., *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milán, 1952, pp. 50-51: “In ciò non può disconoscersi una differenza di contenuto. Sicchè al diritto di abitazione risulta una limitazione di índole qualitativa ulteriore a quella che già l'uso comporta nei confronti dell'usufrutto”; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

calificación del derecho de uso del art. 96 CC como derecho real de uso —y no como de habitación— está relacionado con la extensión del derecho sobre su objeto —que abordaremos en el próximo apartado— y con el propio contenido del derecho —que abordaremos en el próximo capítulo—.

### 1.1.3 La extensión del derecho sobre la vivienda

Bien podría pensarse, *a priori*, que, habiendo considerado el derecho de uso de la vivienda familiar un derecho real limitado de goce, donde mejor encajaría sería en su calificación como derecho real de habitación. Lo cierto es que la línea entre considerarlo derecho real de uso o de habitación es tan difusa como lo es, en ocasiones, la propia diferencia entre el derecho real de uso y el de habitación con carácter general.

Sin embargo, pese a lo que podría parecer evidente *a priori* —su consideración como derecho real de habitación— surgen varios escollos que nos llevan a considerar su mejor encuadre como derecho real de uso. Uno de los obstáculos que surge en su pretendida consideración como derecho de habitación está relacionado con el propio objeto del derecho y, concretamente, con la extensión del derecho sobre el mismo —sobre la vivienda—.

El derecho real de habitación se limita (*ex art. 524.II CC*) a la ocupación, en casa ajena, de “*las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*”, de manera que, aquellas que no necesite, seguirán a disposición del propietario<sup>762</sup>. Pese a que el término “*piezas*” no es definido en el Código Civil, ni la doctrina se ha ocupado prácticamente de su definición, se ha de entender por tal las habitaciones de la casa, pues así lo han entendido algunas de las escasas sentencias de Audiencias Provinciales sobre el derecho de habitación. En tal sentido, la SAP de Barcelona 543/2006 de 4 de octubre, dice que “*en el presente caso, no consta que la demandada precise más de una habitación para sí, ya que no convive con ningún otro familiar*” y añade que podrá utilizar “*con la actora, Begoña, dueña actual de la vivienda (...) o con la persona que ella au-*

---

<sup>762</sup> ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 745, dice que la habitación no comprende más que la facultad de vivir en la casa ajena solamente con respecto a la necesidad que se tenga de ella, de modo que si una parte de la casa fuere bastante para el que tiene el derecho de habitación, podría el propietario ocupar por sí o alquilar la otra parte. Esta limitación del derecho de habitación es utilizada por PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, p. 689, así como por RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss., quien añade, además, como argumento contrario a la calificación como habitación del derecho de uso a la vivienda familiar, que este tampoco se funda en la convivencia con el concedente, sino que se prevé la ocupación de la vivienda con exclusión del titular; requisito, este último que, no obstante, considero que no se desprende de la regulación del Código Civil sobre el derecho de habitación.

*torice en uso de su derecho de dominio, las estancias comunes de la casa*". Por su parte, la SAP de 17 de septiembre de 2003, confirma la sentencia de instancia que faculta a la titular del derecho de habitación a ocupar de forma exclusiva una de sus habitaciones y a utilizar, de forma no exclusiva, las restantes dependencias para vivir dignamente — baño, cocina y salón—; dice, asimismo, que el hecho de que la vivienda, por sus características, no sea susceptible de división —solo dispone de un baño, cocina y salón—, no conlleva que el derecho de habitación haya de abarcar toda la vivienda, *"ya que entonces, y de aceptarse lo contrario, la regulación legal de este derecho carecería de toda lógica, confundándose con otros diferentes y de mayor amplitud"*, y aclara: *"si se quiere otorgar ese derecho a la utilización total e impedir la posibilidad de convivencia y de utilización conjunta de elementos comunes, se tiene que constituir un usufructo o un derecho de uso con ese alcance"*.

De esta manera, las propias necesidades personales y familiares, que sirven de fundamento a la existencia del derecho de habitación, son las que operan, a su vez, como límite del mismo. Únicamente se extiende el derecho de habitación a la totalidad del inmueble si así lo exigen las necesidades del habitacionista. Así se contempla también en el Código Civil italiano: *"Chi ha diritto di abitazione di una casa può abitarla limitatamente ai bisogni suoi e della sua famiglia"* (art. 1022 CCit.)<sup>763</sup>, o en el francés *"Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé et de sa famille"* (art. 633 CCfr.). No ocurre así en la CDCFA, cuya ley 424 extiende, por defecto, la habitación a toda la vivienda: *"A no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación, se presumirá que éste concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan"*<sup>764</sup>.

El art. 96 CC, en cambio, no contiene ninguna limitación respecto a la extensión del derecho de uso sobre la vivienda<sup>765</sup>. Comprende la totalidad de la misma, salvo que por las dimensiones del inmueble, así como por sus características, sea viable una división

---

<sup>763</sup> Vid. PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, *op. cit.*, pp. 641 y 642, quien, en sus comentarios a los antiguos arts. 521 y ss. CCit., decía: *"l'abitante non può occupare della casa che quelle camere che sono necessarie all'abitazione sua e della sua famiglia"*.

<sup>764</sup> En Cataluña, por su parte, el art. 562-9 CCcat. establece que el derecho de habitación comporta el derecho a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indiquen en el título de constitución y, solo en defecto de esta indicación, *"los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos"*.

<sup>765</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., "Protección legal...", *op. cit.*, pp. 1611 y 1612, apunta la posibilidad de que el derecho de uso de la vivienda familiar sea un derecho real de habitación siempre que se pacte como *conditio iuris* de él que la ocupación por el habitacionista se extiende a toda la vivienda. Sin embargo, este pacto no es lo habitual en la práctica.

material —que no jurídica— de la misma; división, esta, para la que no consideramos obstáculo que el art. 96 CC no contenga previsión al respecto<sup>766</sup>, siempre que, atendiendo a una interpretación finalista, el interés más necesitado de protección se encuentre amparado<sup>767</sup>. La STS 262/2012 de 30 de abril<sup>768</sup> formula, como doctrina jurisprudencial, la siguiente:

*“cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC, es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad”*<sup>769</sup>.

Las razones de que el legislador no haya limitado, en el espacio, la vivienda atribuida, pueden ser varias:

La primera, que haya considerado que la necesidad en estos casos se extiende a toda la vivienda. Téngase en cuenta que no se trata de dotar de habitación a quien no la tenía, sino de permitir al beneficiario seguir ocupando el mismo inmueble que había venido ocupando hasta la ruptura y no por el hecho de que salga de la vivienda uno de los cónyuges puede considerarse que han cambiado las necesidades de la familia, máxime cuando, en el caso de existir hijos, en la gran mayoría de los supuestos, serán estos, junto con el cónyuge en cuya compañía queden, quienes continúen ocupando el inmueble.

Por otro lado, piénsese en que, limitándose el derecho de uso a parte de la vivienda —como ocurre normalmente en el derecho de habitación—, puede suceder que el referido derecho coexista sobre la misma finca con otros derechos de contenido posesorio de la misma o de distinta naturaleza. Es más, podría ocurrir que los titulares de esos derechos de contenido posesorio que recaen sobre la finca fuesen uno y otro excónyuge (v. gr. el excónyuge no beneficiario sigue utilizando en su calidad de propietario la parte

---

<sup>766</sup> En Italia existe la figura, de creación jurisprudencial, de la “asignación parcial”, por medio de la cual se limita la atribución del uso a la parte de la casa familiar necesaria para cubrir las necesidades del grupo familiar beneficiario. *Vid.*, al respecto: VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3406; AULETTA, T., *op. cit.*, p. 256; BONILINI, G., *op. cit.*, p. 208.

<sup>767</sup> *Vid.* LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012”, *op. cit.*, p. 392, quien considera que habrán de respetarse siempre unos criterios de proporcionalidad.

<sup>768</sup> Comentada, entre otros, por SANZ ACOSTA, L., “División material y adjudicación de la vivienda familiar en proceso matrimonial, al amparo del art. 96 del Código Civil: análisis de la STS de 30 de abril de 2012”, en AC, núm. 15, 2012, pp. 1714 y ss.

<sup>769</sup> Para llegar a tal conclusión, tiene en consideración, asimismo, que con tal solución se protege también el interés del propio marido, “ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el art. 33 CE, (...), como en el art. 47 CE”.

Entre los supuestos en los que se ha admitido la división material, *vid.*, entre otras muchas: SAP de Málaga 305/2014 de 30 de abril; SAP de Málaga 98/2015 de 17 de febrero; SAP de Pontevedra 294/2015 de 24 de julio; SAP de Córdoba 495/2017 de 11 de septiembre.



de la vivienda cuyo uso no ha sido atribuido al otro), lo cual podría constituir una fuente de conflictos<sup>770</sup>.

En el derecho real de uso regulado en los arts. 523 y ss. CC, a diferencia del de habitación, así como el disfrute del usuario está limitado por las necesidades, su derecho a usar la cosa —que puede recaer también sobre una vivienda— es ilimitado<sup>771</sup>.

Comparando el derecho real de uso con el de habitación, LACRUZ BERDEJO, al tratar el art. 1407 CC, dice que el atributivo de la vivienda familiar en uso, y no en habitación, “opta por un disfrute directo de la cosa excluyente respecto del propietario (conforme al modelo romano del *usus domus*), en modo alguno limitado en el *quantum* por su necesidad de ocupación de habitaciones según sus personales (y familiares) necesidades y sin la posibilidad de goce por equivalente, es decir, sin la posibilidad de transmisión”<sup>772</sup>.

Ya en el Digesto se decía que el que tiene el uso de la casa puede ocuparla entera aunque no le haga falta: “*No se puede legar parte del uso, porque aunque podemos usufructuar en parte, no podemos usar en parte*” (Paulo; Comentarios a Vitelio, libro III [D. 7, 8, 19])<sup>773</sup>; “*Aunque el legatario, a quien se le legó el uso de la casa, tenga tan poca familia que no pueda ocuparla toda, con todo el propietario no podrá usar de lo que no habitase*” (Pomponio, Comentarios a Quinto Mucio, libro V [D. 7, 8, 22, 1])<sup>774</sup>.

Por su parte, el Código Civil de Cataluña, que no solo regula el derecho real de uso, sino que en su art. 562-7 CCcat. contempla —como ya hemos referido— el derecho real de uso de vivienda, establece en el mismo que “*El uso de una vivienda se extiende a la totalidad de esta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos*”. Comenta

---

<sup>770</sup> En este sentido, nótese que precisamente uno de los criterios que se tienen en consideración, por parte de la jurisprudencia menor, cuando se plantea la posibilidad de la división material de la vivienda, es el de la inexistencia de una relación conflictiva entre los cónyuges (*vid.*, al respecto, MARÍN VELARDE, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de propiedad del cónyuge titular: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012”, en *RADP*, núm. 29, 2012, pp. 555-556). En la STS 262/2012 de 30 de abril, la progenitora custodia llegó incluso a alegar que, con la división material y, por tanto, con la convivencia de su excónyuge también en el inmueble, se vulneraba su dignidad e intimidad (*vid.* al respecto, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J., “El uso de la vivienda familiar, su división material”, en *RAD*, núm. 4, 2012, [BIB 2012\1145]).

<sup>771</sup> Precisa ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 554 y 555: “siempre, se sobreentiende, que se use —salvo lo que se disponga en el título constitutivo— dentro de las modificaciones que este título pueda introducir al esquema legal del uso por el usuario o su familia”.

<sup>772</sup> *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009, p. 84, quien añade que eso mismo ocurre en el art. 96 CC, en función de lo que se deduzca del convenio regulador o de la resolución judicial, descartando, en cualquier caso, que pueda tratarse de un derecho de habitación.

<sup>773</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, 313: “*Usus pars legari non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*”.

<sup>774</sup> *Íd.*: “*Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum, tamen iis, quae vacabunt, proprietarius non utetur*”.

ANDRÉS ROMERO, al respecto, que el hecho de que el uso de la vivienda se extienda a la totalidad de esta, sus dependencias y anexos, puede deberse a que el legislador haya querido destacar una diferencia con el derecho de habitación, pues este, si en el título de constitución nada se indica, se limita a determinadas dependencias<sup>775</sup>.

## 1.2 Los anexos de la vivienda

El art. 96 CC nada dice respecto a los anexos de la vivienda. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no existe un criterio unánime a la hora de entender si, en el concepto de vivienda familiar, tienen también cabida elementos tales como garajes o trasteros, habiéndose acudido a factores dispares tanto por la doctrina<sup>776</sup> como por la jurisprudencia<sup>777</sup>.

Desde el punto de vista del derecho real de uso, hemos de entender que, si tales dependencias constituyen una unidad funcional con la vivienda, irán comprendidas en el derecho de uso y podrán ser utilizadas por el titular de dicho derecho<sup>778</sup>. Así se contempla de manera expresa en el ya reiterado art. 562-7 CCcat. que regula el derecho real de uso de vivienda y que se refiere expresamente a los anexos.

---

<sup>775</sup> ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 1016. HERRERO OLIVER, E., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, (dir. GINER GARGALLO, A.; coord. CLAVELL HERNÁNDEZ, V.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, p. 1380, considera que en los anexos a que se refiere el art. 562-7 CCcat. tienen cabida el garaje y el trastero siempre que sean anejos a la vivienda, no así cuando sean fincas independientes.

<sup>776</sup> *Vid.*: REYES GALLUR, J. J., *op. cit.*, p. 27, para quien se requiere que tales elementos sean anejos inseparables o complementos de la vivienda, así como que, siendo fincas registrales independientes, estén en el mismo inmueble y pertenezca a ambos cónyuges; LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, pp. 94-95, atiende, a tales efectos, a la configuración jurídico-registral, al título en virtud del cual se viniese ocupando la vivienda, incluso a consideraciones inherentes al *status* familiar; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 43, considera que ha de demostrarse que la atribución y aprovechamiento de estos elementos responde a una necesidad, facilitando la vida diaria del solicitante.

<sup>777</sup> De forma mayoritaria, las sentencias que se han pronunciado sobre si el uso atribuido de la vivienda incluye, o no, el uso de elementos como garajes o trasteros, se han pronunciado de forma afirmativa, justificándolo, simplemente, en que se trata de anejos de la vivienda. *Vid.*, entre otras: SAP de Teruel 95/2006 de 30 de mayo, SAP de Palencia 134/2012 de 21 de mayo, SAP de Málaga 807/2015 de 21 de diciembre, SAP de Cáceres 456/2017 de 3 de octubre o SAP de Vizcaya 727/2017 de 22 de noviembre.

<sup>778</sup> TORRELLES TORREA, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO), Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 650, señala que si la habitación se extiende a la casa y sus anexos —siempre que tales piezas sean necesarias—, estos también se tienen que incluir en el derecho de uso, que es más amplio. En la doctrina italiana, comentando los antiguos arts. 521 y ss. CCit., y refiriéndose al derecho de habitación, dice PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, *op. cit.*, p. 642, que si la habitación alcanza a toda la casa, incluye tales dependencias: “se il diritto di abitazione sia stato concesso sopra tutta la casa, perchè tutta quantà necessaria ai bisogni, quelle dipendenze vi saranno comprese. Ma se consti che si volle concedere semplice abitazione, o l'alloggio, quelle dipendenze, o almeno alcune di esse, possono essere escluse dal diritto d'abitazione”. En el mismo sentido, en *Istituzioni di Diritto Civile Italiano III*, Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1873, p. 168.

Considero importante acudir, aquí, al art. 1097 CC, en virtud del cual “*La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados*”<sup>779</sup>, el cual no ha de interpretarse en sentido restrictivo, limitándolo únicamente a la transmisión de la propiedad, sino que ha de tomársele en sentido lato comprensivo de entregar y gravar<sup>780</sup>.

En esa genericidad del término “accesorios”<sup>781</sup>, mantiene GARCÍA GOYENA<sup>782</sup>: “qué se entienda por accesorios de un inmueble se halla enumerado en los números 3 a 7 inclusive del art. 380” (equivalente a nuestro actual 334 CC). Precisa, asimismo: “Lláme-se accesorio de la cosa legada todo lo que, sin ser la misma cosa, tiene con ella tal relación que no puede separarse, y antes bien debe seguirla”, concepto en el que cabe todo lo que con la cosa se relacione en cualquier forma, ya sea física o funcionalmente, “denotando la conveniencia social y económica de un destino común”<sup>783</sup>.

De los números de aquel art. 380 (nuestro actual 334 CC) citados por GOYENA, parece desprenderse que los accesorios han de ser necesariamente muebles. En cambio, a CLAVERÍA GONSÁLBEZ<sup>784</sup> no le parece probable que los arts. 883 y 1097 CC solamente se refieran a los accesorios muebles; mantiene que, a pesar de lo que se dice en la doctrina extranjera, no hay obstáculo alguno para pensar que, según el Derecho español, un bien inmueble puede ser accesorio o pertenencia de otro, y se apoya, para ello, en la STS de 26 de diciembre de 1956 que reputa “accesorios” —a efectos de aplicabilidad

---

<sup>779</sup> Precepto que encuentra su correspondencia, en cuanto a legados, en el art. 883 CC, en virtud del cual: “*La cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador*”.

<sup>780</sup> Vid. MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 1097”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.), t. XV, vol. I, EDESA, Madrid, 2004 [consultado el 20 de julio de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/228502>.

<sup>781</sup> A la hora de referirse a los accesorios, el Código francés, en cambio, dice, en cuanto al legado, que la cosa legada será entregada con todos los accesorios necesarios: “*La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires (...)*” (art. 1018 CCfr.); así como, en cuanto a la compraventa, que la obligación de entregar la cosa incluye sus accesorios y todo aquello que hubiese sido destinado al uso permanente de la misma: “*L’obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel*” (art. 1615 CCfr.). La genericidad, en cambio, de nuestro precepto, podría deberse, según MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 1097”, *op. cit.*, a que GARCÍA GOYENA, aceptando sin reservas la construcción francesa de los inmuebles por destino, considerase que con base en ella se resolvía la cuestión sobre los accesorios que habrían de acompañar a la cosa en la obligación de dar o en el legado. Señala, al respecto, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852, p. 139: “se ha creído que bastaba con el artículo 1018 sustituyendo la palabra *todos* a la de *necesarios*”.

<sup>782</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. II, *op. cit.*, p. 139.

<sup>783</sup> Vid. MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 1097”, *op. cit.*

<sup>784</sup> CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L. H., “Las pertenencias en Derecho privado español”, en *ADC*, núm. 1, 1976, pp. 39-41, al que se remite también SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 37.

del art. 1097 CC— unos terrenos que rodean una explotación industrial<sup>785</sup>. Y añade CLAVERÍA: “mientras la relación de servicio se dé por decisión continuada del legitimado para ello y siempre que el inmueble accesorio no integre al principal, sino que lo sirva (...) cabe hablar de pertenencia inmueble”.

Así, cuando aquí nos planteamos si los elementos a los que nos referimos (trasteros, garajes, etc.) se encuentran incluidos en la atribución del uso de la vivienda, considero que lo determinante será que objetivamente o *ex lege*<sup>786</sup> o por voluntad de sus titulares, el conjunto de bienes de que se trate esté afecto a un determinado fin.

En definitiva, partiendo del concepto de vivienda familiar —al que nos referiremos en el epígrafe III.2—, hemos de entender que el mismo se hace extensivo y comprende aquellos elementos anexos, accesorios, como la plaza de garaje o el trastero, en tanto que constituyan elementos destinados y afectos al uso de los que habitan la vivienda — que sirvan a la familia que continúa en el uso de la vivienda familiar—<sup>787</sup>; que sean, en definitiva, útiles para el desarrollo normal y habitual de la vida familiar<sup>788</sup>. Este será, realmente, el dato a tener en cuenta, más allá del conflicto que pudiese generar el uso del anexo por persona diferente a la beneficiaria del uso de la vivienda<sup>789</sup>, la posibilidad que tenga el anexo de uso o entrada independiente<sup>790</sup>, o de que forme, o no, parte de la misma finca registral<sup>791</sup> —lo que no obsta a que esto sea una prueba de la previa y sustancial predestinación del bien a un determinado fin—. Lo importante —reitero— será que los elementos en cuestión satisfagan necesidades de la familia.

---

<sup>785</sup> Para MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 1097”, *op. cit.*, “no cabe admitir que el medio o recurso técnico (la inmovilización de los muebles) pueda constreñir o limitar los fines que la entrega de accesorios pretende, y que estos no puedan cumplirse cuando acudir a tal recurso no fuere necesario, como ocurriría si la relación de accesoriedad se reconociera entre dos inmuebles”.

<sup>786</sup> Así, el art. 1.2 LAU: “Las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda se aplicarán también al mobiliario, los trasteros, las plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador”

<sup>787</sup> Vid. SÁNCHEZ ALONSO, M., “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de familia: aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 708 y ss.

<sup>788</sup> SAP de Alicante 131/2012 de 3 de abril: “se trata de elementos que, por su ubicación y destino, forman parte de la atribución del uso de la vivienda familiar a la que están adscritos”, o SAP de Jaén 472/2015 de 30 de octubre: “siendo el concepto de vivienda familiar el de lugar en que sus componentes fijan su residencia y desenvuelven las funciones esenciales de la vida familiar incluida la crianza y educación de los hijos, podemos entender que en sentido amplio tal concepto puede incluir por supuesto como anejo a dicha vivienda, los trasteros, y además las plazas de garaje, en cuyo conjunto se desarrolló esa vida familiar”.

<sup>789</sup> Vid. la SAP de Cáceres 509/2017 de 16 de octubre, que sí atiende a tal circunstancia.

<sup>790</sup> Vid. MORENO VELASCO, V., “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009 [LA LEY 157/2009]. Entre las sentencias que atienden a este criterio, *vid.*: SAP de Barcelona 459/2005 de 5 de julio, SAP de Madrid 546/2010 de 22 de julio, SAP de Ciudad Real 250/2010 de 28 de octubre o SAP de Murcia 131/2011 de 4 de mayo o SAP de Barcelona 598/2014 de 15 de septiembre.

<sup>791</sup> Vid. la SAP de Barcelona 369/2008 de 29 de mayo o la SAP de Pontevedra 121/2012 de 13 de marzo.

Tal destinación, en los casos en que el beneficiario del uso de la vivienda viniese ya ocupando la misma antes del pronunciamiento judicial, se deduce tácitamente, de actos concluyentes, atendiendo, pues, al uso efectivo que se esté realizando de tales elementos. Así ocurre en la SAP de Granada 523/2009 de 6 de noviembre, cuando rechaza la atribución del uso de la vivienda comprenda el garaje, en tanto que el cónyuge atributario no ha acreditado que sea titular o beneficiario de ningún vehículo ni que tenga ni tan siquiera carnet de conducir<sup>792</sup>; o, en sentido contrario, la SAP de Madrid 179/2005 de 4 de marzo, que sí atribuye tanto la plaza de garaje como el trastero atendiendo a que ambos elementos son utilizados por la beneficiaria del uso de la vivienda<sup>793</sup>.

Pero no solo se refiere la jurisprudencia al garaje o al trastero. La SAP de León 10/2008 de 16 de enero, se pronuncia en relación con unos terrenos y edificaciones inmediatos a la vivienda familiar y que, aun contando con un acceso directo y propio, diferente al de la vivienda familiar, son atribuidos al beneficiario del uso en tanto que dicho terreno venía siendo usado como zona de esparcimiento y de juego de las hijas, así como para guardar los vehículos.

### 1.3 El ajuar

Aunque no se pueda —ni se deba— entrar en detalle, por no tratarse de un aspecto que incida directamente en el objeto de nuestra investigación, valga apuntar que este derecho real de uso ha de considerarse que recae, no solo sobre la vivienda, sino también sobre el ajuar. De hecho, vivienda y ajuar tienen un tratamiento homogéneo en lo que a la atribución de su uso y su disposición se refiere. Así lo contempla el art. 96 CC al referirse al uso de la vivienda familiar “*y de los objetos de uso ordinario en ella*”, expresión que comprende los muebles que pueden considerarse accesorios o pertenencias de la vivienda, interviniendo en la atribución de tal cualidad la voluntad expresa o tácita de los cónyuges, concretada, como mantiene GARCÍA CANTERO, en un acto de

---

<sup>792</sup> En este sentido, *vid.*: SAP de Cádiz 18/2005 de 8 de febrero, que deja sin efecto la atribución del trastero en tanto que no es utilizado por la recurrente y sus hijas; la SAP de La Coruña 113/2008 de 1 de abril, que no atribuye la plaza de garaje en tanto que la misma es privativa y la beneficiaria del uso no tiene carnet; o la SAP de Cuenca 251/2006 de 28 de noviembre, que atribuye el uso de la cochera al cónyuge excluido del uso de la vivienda, en tanto que era este quien la venía utilizando como almacén para materiales de su profesión.

<sup>793</sup> *Vid.*, en tal sentido, la SAP de Burgos 615/2003 de 9 de diciembre o la SAP de Sevilla 116/2008 de 11 de marzo: “*la plaza de garaje o aparcamiento, si bien no forma parte de la vivienda de una manera común, dependiente e intercomunicada, se ha venido utilizando y disfrutando por la ahora apelante como parte integrante de la misma y como una dependencia susceptible de aprovechamiento íntimamente ligada a la vivienda atribuida*”.

afección o destinación económica de los mismos<sup>794</sup>; es decir, muebles que están instalados en ellas con una finalidad de servicio o instrumental. Cuando el legislador se refiere a los muebles, se está refiriendo a aquellos que tienen como fin “*amueblar o alhajar las habitaciones*” (art. 346.II CC)<sup>795</sup>, debiendo existir una proporción razonable entre vivienda y mobiliario, que dependerá de las necesidades de aquella en cada caso particular. Como criterio orientativo cabe también acudir al art. 1321 CC, en virtud del cual “*No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*”, para lo que habrá que atenderse a un standard medio de vida.

Así se entiende también, por ejemplo, en la doctrina portuguesa. Señala SALTER CID que es importante que la *casa morada da família* sea entendida y jurídicamente tutelada como “unidad teleológica”, que comprende, no solo el espacio en sí mismo, sino también los muebles y utensilios domésticos que lo integran y que están afectos a la vida familiar<sup>796</sup>.

## 2. Concepto de vivienda familiar

En sentido estricto, podría discutirse si la vivienda merece el calificativo de “familiar” en el caso de que la crisis matrimonial haya desembocado en una nulidad o divorcio, o habría de hablarse, más bien, de la vivienda que ha venido siendo familiar, pues, no existiendo descendencia, ni tan siquiera se podría considerar la subsistencia de una familia<sup>797</sup>. Sea como fuere, exista o no descendencia, lo cierto es que el art. 96 CC se sigue refiriendo a la vivienda familiar aun después de sobrevenida la ruptura matrimonial. Para el Código Civil, la vivienda no deja de ser familiar cuando el matrimonio se ha disuelto por muerte, divorcio, nulidad o separación. Si no hubiese hijos, no sigue existiendo familia como tal, pero jurídicamente la vivienda se sigue considerando familiar<sup>798</sup>.

---

<sup>794</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 71.

<sup>795</sup> Vid. CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 302.

<sup>796</sup> SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, p. 59 y 402.

<sup>797</sup> Vid., en este sentido, ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 197 y ss. En la doctrina portuguesa, SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, pp. 287-288, precisa que, cesando el vínculo que unía a los cónyuges, la *casa morada da família*, realmente, deja de serlo a partir de ese momento, pasando a ser simplemente la residencia de quien permanece en ella. Por el contrario, ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., *op. cit.*, p. 51, considera que la crisis matrimonial no quiebra la idea de vivienda familiar, sino que más bien le otorga un nuevo sentido en relación con el interés de los hijos y la protección del menor.

<sup>798</sup> Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La vivienda familiar durante...”, *op. cit.*, p. 179.

A la hora de referirse al lugar donde habita la familia, el Código Civil ha utilizado una terminología diversa: “vivienda familiar” (arts. 90.1.c, 91, 96, 103.2º, 1357 CC), “vivienda habitual” (art. 1320 CC), “vivienda donde tuviese la residencia habitual” (art. 1406 CC), “hogar familiar” (art. 1362.1º.II CC), “domicilio familiar” (art. 93 CC) o “domicilio conyugal” (art. 70 CC)<sup>799</sup>. En otras normas, fuera del Código Civil, el concepto más utilizado suele ser el de “vivienda habitual”<sup>800</sup>.

Sin embargo, aun siendo una terminología bastante utilizada, no es definida por ninguna de estas normas<sup>801</sup>. Para encontrar una definición de vivienda habitual hemos de acudir a la Ley 4/2008, de 17 de junio, de medidas a favor de las Víctimas del Terrorismo, cuyo art. 11.1, a efectos de esta ley, establece dos criterios temporales a efectos de calificar una vivienda como familiar: “*la residencia de una persona o unidad familiar durante un período mínimo de ciento ochenta y tres días al año*” o bien “*en los casos de ocupación de esta por tiempo inferior, siempre que se haya residido en ella un tiempo equivalente, al menos, a la mitad del transcurrido desde la fecha en que hubiera comenzado la ocupación*”. El art. 2.1 LAU, por su parte, considera arrendamiento de vivienda “*aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*”. También una definición de “vivienda habitual”, a efectos fiscales en este caso, la encontramos en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuya Disposición Adicional 23ª considera vivienda habitual “*aquella en la*

---

<sup>799</sup> En el Derecho extranjero, según se ha visto ya a lo largo de esta tesis respecto a determinados países, se habla de: “*l'immeuble qui sert au logement principal de la famille*” en el Código Civil belga (arts. 215 y 1446 CCbelg.); “*le logement de la famille*” (art. 215 CCfr.) y “*local servant de logement à la famille*” (285 -1 CCfr.) en el francés; “*casa morada da familia*” en el portugués (art. 1793 CCport.); “*casa familiare*” en el italiano (art. 337-sexto CCit.); o “*Ehewohnung*” en Alemania (§ 1361b BGB).

<sup>800</sup> A tales términos se recurre con frecuencia de un tiempo a esta parte en diferentes normas sobre préstamos hipotecarios y ejecución hipotecaria (*vid.*, entre otras: Ley 3/2016 de 9 de junio, de Andalucía, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda; Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; o la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Esta última ley, cuyo objeto es la adopción de una serie de medidas que contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios, contempla, entre otras modificaciones, la incorporación de un tercer párrafo en el art. 21 LH, en virtud del cual “*En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque*”; su fin no es otro que el de servir de prueba a efectos de aplicar, a un tipo de préstamos hipotecarios, las medidas legales que esta y otras leyes establecen en favor de la vivienda habitual entendida como domicilio familiar.

<sup>801</sup> Gran parte de la doctrina, a la hora de abordar el concepto de “vivienda familiar” parte de los requisitos de “habitualidad” y “habitabilidad”. *Vid.* en tal sentido: ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *op. cit.*; COSTAS RODAL, L., “Limitación temporal...”, *op. cit.*; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 40; GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., *op. cit.*, p. 128.

que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años”, salvo que concurran circunstancias que exijan el cambio de vivienda, según establece el precepto.

El Código Civil, por su parte, no ha llegado a precisar un concepto de vivienda familiar<sup>802</sup>. De ahí que haya sido la doctrina y la jurisprudencia las que se hayan pronunciado al respecto<sup>803</sup>.

## 2.1 Sobre el concepto de “vivienda”

La STS de 5 de junio de 1992, aun siendo de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y referida a un tema fiscal, considero que contempla un concepto de vivienda que puede ser acogido con carácter general: “*es aquel espacio físico donde el ser humano puede, permanentemente, desarrollar sus actividades vitales —de ahí, “vivienda”— al resguardo de agentes externos*”.

Si acudimos al significado de vivienda en la RAE, la misma se define como “*Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas*”. Considero que, a la vista de lo dispuesto en el art. 96 CC, la vivienda ha de ser entendida como tal, sin ningún otro aditamento.

Frente a lo apuntado por otros autores<sup>804</sup>, no considero que la vivienda familiar haya de tratarse de un lugar que reúna unas condiciones mínimas, adecuadas y dignas de habitabilidad<sup>805</sup>. Así, no hay razón para excluir de tal concepto las chozas, las cabañas, los establos, los almacenes, las viviendas ruinosas, los locales, etc., alegando que los mismos no pueden ser destinados a servir de residencia para personas.

---

<sup>802</sup> El Código Civil sí se refiere al domicilio en su art. 40 CC, disponiendo que “*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual*”, por lo que, más que una definición, realiza una remisión al concepto de “*residencia habitual*”.

<sup>803</sup> En la doctrina portuguesa, mantiene SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, p. 26, que, si bien la ley no da una noción de este concepto, aunque tal definición existiera, nunca estaría resuelta la cuestión debido a la gran variedad de supuestos que se pueden presentar.

<sup>804</sup> *Vid.*, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 382; HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1320”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 588 y ss.; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 41; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3473; GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 73; LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, pp. 23 y ss.

<sup>805</sup> *Vid.*, en este sentido, MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 51, quien considera que la dignidad, el confort o la habitabilidad, serán notas a las que habrá de aspirarse, pero su no concurrencia en el bien no significa su exclusión de la categoría de vivienda familiar; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, p. 39; o CUENA CASAS, M., “El régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 296.



Será indiferente su clasificación administrativa (v. gr. clasificada como local de negocio)<sup>806</sup> o que cuente o no con cédula de habitabilidad. Tampoco el concepto de vivienda, a los efectos que a nosotros nos interesa —vivienda familiar— ha de identificarse con el de finca registral (no tiene ni por qué estar inscrita), pues puede ser que la familia hubiera venido usando como vivienda dos inmuebles contiguos que, aun siendo dos fincas registrales, hayan constituido una única vivienda familiar. Es más, no tiene por qué tratarse de un inmueble, sino que puede tratarse, incluso, de un mueble destinado a tal fin. Merecen, por ello, el concepto de vivienda el carromato en el que transcurre la vida de un artista del circo, la roulotte, las casas-bote, los barcos, los remolques, las tiendas de campaña, etc.<sup>807</sup>

En fin, no es la habitabilidad un requisito para que, a los efectos del art. 96 CC, un espacio sea considerado vivienda y, por tanto, sea susceptible de atribución. Independientemente de los requisitos que pueda tener una vivienda para ser considerada tal a efectos registrales, administrativos o fiscales, el art. 96 CC nada dice al respecto, presume esa habitabilidad, pues, si nos estamos planteando atribuir su uso a uno de los cónyuges es, precisamente, porque tal espacio ha venido siendo utilizado como vivienda por la familia y, por tanto, es vivienda familiar, pese a las carencias que pueda tener. Lo contrario ocurre —según hemos apuntado— en la LAU, cuyo art. 2.1 establece que se refiere a “*edificación habitable*”; aquí sí está justificado que se exija tal habitabilidad a la finca urbana, ya que se va a iniciar *ex novo* el uso de la vivienda por su arrendatario, de ahí que el legislador de la LAU, a diferencia del legislador del art. 96 CC, no pueda presumir nada en cuanto a esa habitabilidad, y haya de exigirla, hasta incluso hacerla coincidir con la habitabilidad administrativa exigible.

---

<sup>806</sup> Vid. en tal sentido: PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 104 y POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, p. 128.

<sup>807</sup> Vid., al respecto, entre otros: LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 88; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3475; o SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 87.

En sentido contrario, GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 74, quien excluye las cosas muebles por ser de difícil identificación, fácilmente vulnerables y destruyibles y ser su carácter de alojamiento familiar difícilmente inscribible en un registro. En este mismo sentido, LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, p. 27.

## 2.2 Sobre el concepto de “familiar”: la evolución de la familia

La vivienda familiar es un concepto de hecho —“*est une notion de pur fait*”—<sup>808</sup>. En cuanto a la determinación o fijación de la misma, no necesita de un acto formal de destinación. El carácter de familiar atribuible a una vivienda “proviene de circunstancias fácticas, sociológicas o metajurídicas”, desde el momento en que los componentes del núcleo familiar básico convivan en un determinado espacio físico<sup>809</sup>. No hace falta, pues, un acto de declaración formal, se extrae de hechos concluyentes de la familia<sup>810</sup>. Será, pues, la realidad y la determinación realizada por los cónyuges, de forma voluntaria o forzada por las circunstancias, lo que nos marque, en cada momento, cuál es la vivienda familiar<sup>811</sup>.

Tradicionalmente, la doctrina ha partido, a la hora de definir la vivienda familiar, de la idea del domicilio conyugal. Cabe destacar especialmente en este punto, por su profundo estudio sobre la materia, a ESPIAU ESPIAU<sup>812</sup>, para quien el domicilio conyugal, entre los cónyuges, es el lugar donde se desenvuelve la relación jurídica que el matrimonio establece entre uno y otro.

Téngase en cuenta que, entre todos los derechos y obligaciones que derivan de esa relación jurídica entre los cónyuges (arts. 67 y 68 CC), se encuentra el deber de vivir juntos. Por ello —continúa defendiendo ESPIAU—, será el domicilio conyugal el lugar en que se desarrolle normalmente este deber, y que será fijado, de común acuerdo, por los cónyuges o, en su defecto, por el juez (art. 70 CC)<sup>813</sup>. Rechaza que pueda establecerse una identidad entre domicilio conyugal —que cumple una función de localización y su ámbito espacial es variable—, y vivienda familiar —objeto patrimonial que puede constituir la sede del domicilio—: toda vivienda familiar es la sede del domicilio, pero

---

<sup>808</sup> Vid. BOSSE-PLATIÈRE, H., *op. cit.*, p. 98, quien afirma que la dificultad para determinar cuál es el domicilio familiar es tal que, si uno de sus clientes desea vender un inmueble propio, el notario a veces pide el consentimiento del otro cónyuge o un tipo de declaración por su parte.

<sup>809</sup> Vid. LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 90.

<sup>810</sup> Cuestión distinta es que, como dijimos más arriba, a la hora de elegir el inmueble en el que se fija el domicilio conyugal, la decisión pueda provenir de los propios cónyuges o, en su defecto, de la designación judicial (art. 70 CC).

<sup>811</sup> Vid. MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 51.

<sup>812</sup> Vid. ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>813</sup> Cuestión distinta es plantearse si, el cónyuge titular de un derecho sobre un bien susceptible de servir como vivienda familiar, está obligado, o no, a poner el mismo a disposición de la familia. Ha de tenerse en cuenta que si, *a priori*, nada le obliga concretamente a ello, el art. 1318 CC establece que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, entre las que se encuentra la necesidad habitacional. Por tanto, ante una situación de desamparo de la familia, el cónyuge no titular podría acudir a la vía judicial a fin de que se fijasen medidas cautelares.

no todo domicilio se localiza en una vivienda<sup>814</sup>. Sin embargo, aun no existiendo una identidad entre ambos conceptos, la opinión mayoritaria es la de que uno y otro coinciden en situación de normalidad matrimonial, no así sobrevinida la crisis matrimonial, momento a partir del cual, si bien no existe domicilio conyugal, sí podrá seguir existiendo vivienda familiar<sup>815</sup>.

Sin dejar de ser cierta la idea que se acaba de exponer —fundamentando la vivienda familiar en la conyugalidad— lo cierto es que las opiniones al respecto, y especialmente la de ESPIAU, son de hace más de una década, cuando, por entonces, aún el concepto de familia se fundamentaba exclusivamente en el matrimonio.

La familia —que no aparece definida en el Código Civil ni en la Constitución Española— es una realidad social cuya ordenación jurídica evoluciona en función de las ideas estructurales de la sociedad; tal concepto se ve afectado por factores políticos, jurídicos, económicos, religiosos o culturales<sup>816</sup>.

En nuestro Derecho, un antes y un después lo marca la Constitución Española de 1978. En virtud del art. 39.1 CE, “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”. No se inclinaba, así, la Constitución, por un concepto concreto de familia, sin duda consciente de que, el de familia, es un concepto pre-jurídico.

Por aquel entonces, la familia española era ya una familia nuclear, se había abandonado aquel concepto de familia extensa, integrada por un colectivo amplio de parientes consanguíneos y afines, así como por otras personas, sometidas todas ellas a la autoridad de una. No obstante, aún se trataba de una familia surgida predominantemente del matrimonio canónico, con una estructura jerarquizada alrededor del marido —padre de familia—, en la que no existía el divorcio, etc.

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española, se sucedieron diversas reformas del Código Civil, de acuerdo con los principios y derechos que contenía la nueva Cons-

---

<sup>814</sup> Vid.: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 377 y 379, quien añade que domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges tienen su residencia habitual y que el domicilio familiar determinará cuál es la vivienda familiar; LÓPEZ LIZ, J., op. cit., pp. 257 y ss., si bien entiende que no existe equivalencia plena entre domicilio conyugal y vivienda familiar, discrepa cuando ESPIAU cuando dice que son ideas distintas; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso...”, op. cit., considera que el domicilio tiene un alcance más amplio que la vivienda familiar, dada su función de localización de personas; en el mismo sentido, BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, op. cit., p. 3469.

<sup>815</sup> Vid.: ROCA TRÍAS, E., voz “Vivienda familiar”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 6876; SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 211; LÓPEZ LIZ, J., op. cit., pp. 257 y ss.

<sup>816</sup> Vid. LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 31.

titución, y que acabaron incidiendo notablemente en el Derecho de familia<sup>817</sup>. No obstante, el concepto de familia que manejó el legislador en 1981, al regular el art. 96 CC, era aún un concepto de familia nuclear tradicional<sup>818</sup>.

De este concepto partían los autores a la hora de definir la familia. LACRUZ se refiere a ella como “una comunidad que, creada por el matrimonio, estará compuesta, al menos, por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas convivientes, unidas, ya por lazos de sangre, ya por el vínculo de la sumisión a una misma autoridad”<sup>819</sup>.

Y tal concepto de familia era, asimismo, tenido en cuenta a la hora de definir la vivienda familiar. Así, para SANCHO REBULLIDA y RUBIO TORRANO, la vivienda familiar es el local habitable ocupado por el matrimonio y los hijos no emancipados (de hecho), lugar en el que se cumplen los deberes conyugales, paterno-filiales y personales, en cuanto domicilio de los miembros de la familia nuclear<sup>820</sup>.

Ahora bien, no puede entenderse que, en el ámbito de la Constitución Española, la protección de la familia se circunscriba solo a la fundada en el matrimonio, sino que también tiene cabida la no matrimonial. Téngase en cuenta, al respecto, que la protección integral de los hijos es independiente de su filiación matrimonial o no matrimonial (art. 39 CE)<sup>821</sup>. Así lo mantuvo la STC 222/1992 de 11 de diciembre, a partir de la cual

---

<sup>817</sup> Valga citar, entre otras: la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, o la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en la causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>818</sup> Vid. ROGEL VIDE, C., *Derecho de la familia*, Reus, Madrid, 2018, p. 8, precisa que el modelo plasmado en las codificaciones del s. XIX es el de una familia patriarcal, extensa, jerarquizada, en la que el padre ejerce su autoridad sobre la mujer y los hijos.

<sup>819</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de familia...*, *op. cit.*, p. 8. Para MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 28, “la familia responde a una noción caracterizada por ser estricta, nuclear y propia de ambientes urbanos o industriales, formada por el matrimonio y sus descendientes, en la medida en que no abandonen el domicilio paterno”. En el *Diccionario de Derecho Privado: apéndice* (dir. GARCÍA VALDECASAS, A., con la colaboración de GARCÍA MORENCOS, E., RUIZ GALLARDÓN, J. y PÉREZ MARÍN, A.), Labor, Barcelona-Madrid, 1960, p. 470, se define la familia como “conjunto de personas unidas entre sí por el vínculo de consanguinidad, de afinidad, de adopción y de matrimonio”.

<sup>820</sup> SANCHO REBULLIDA, F. A. y RUBIO TORRANO, E., “El concepto y el régimen de la «vivienda familiar» del código civil en los derechos forales y en el derecho agrario”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 305. Por su parte, SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pp. 11 y ss., define la vivienda familiar como aquella que los cónyuges escogen de común acuerdo para el desarrollo de su vida familiar y el de su descendencia; y GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 76, llegó a considerar que esta institución era difícilmente aplicable a la pareja no casada, debido a su poca estabilidad y a la ausencia de obligación de vivir juntos.

<sup>821</sup> No pocas críticas ha suscitado que la familia se contemple en el art. 39 CE, dentro del Capítulo III, reduciéndola, así, a un mero principio rector de la política social y económica. Vid., al respecto, entre otros, ALONSO PÉREZ, M., “La familia y el Derecho de familia”, en *Tratado de Derecho de familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 115.

el Tribunal se ha mantenido constante en su postura de que la familia protegida por la Constitución no es solo la que tiene su origen en el matrimonio, sino también la no matrimonial (*vid.* SSTC 47/1993 de 8 de febrero, 116/1999 de 17 de junio, 19/2012 de 15 de febrero o 198/2012 de 6 de noviembre, entre otras)<sup>822</sup>.

Así, aquel concepto de familia que manejó el legislador del Código Civil en 1981 se ha visto superado —ampliado— posteriormente<sup>823</sup>. Téngase en cuenta que el art. 3.1 CC exige interpretar las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y la realidad social ha cambiado mucho desde las definiciones que hemos expuesto.

En esa concepción amplia de los modelos de familia puede distinguirse, en la actualidad, fundamentalmente, la familia nuclear (matrimonial o no matrimonial)<sup>824</sup>, integrada por cónyuges o convivientes y, en su caso, los hijos que conviven en el mismo hogar, la familia monoparental, formada por el padre o la madre y los hijos, así como la familia reconstituida (formada por personas que con anterioridad han formado parte de otras uniones, aportando los hijos de aquella a la nueva familia).

Prueba de esta evolución, de este concepto más amplio de “familia” que ahora se concibe, es el art. 231-1 CCcat., en virtud del cual “*La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes*”, y reconoce, asimismo, como miembros de la familia, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas.

---

<sup>822</sup> Mantiene la STC 19/2012 de 15 de febrero: “*el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5; 47/1993, de 8 de febrero, FJ 2; y 116/1999, de 17 de junio, FJ 13), ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia (STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 13)*”.

<sup>823</sup> A aquellas leyes citadas de 1981, le han ido sucediendo otras: Ley 13/1983 de 24 de octubre, sobre tutela; Ley 21/1987 de 11 de noviembre, sobre adopción; Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; LOPJM; Ley 13/2005 de 1 de julio, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo; Ley 15/2005 de 8 de julio, sobre separación y divorcio; Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; o la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>824</sup> Las uniones extramatrimoniales o parejas de hecho merecen una atención especial, tanto por su número —cada vez más amplio en nuestra sociedad—, como por lo que se ha discutido en torno a esta figura. Más que si se incluyen en el concepto de familia, lo que interesa es discernir si tienen el mismo nivel de protección que el matrimonio; en nuestro caso, que el inmueble en el que habitan también merezca el calificativo de vivienda familiar no quiere decir que se le aplique el mismo régimen jurídico que al matrimonio en lo que se refiere a su atribución y limitaciones dispositivas. Nos detendremos en las parejas de hecho en el epígrafe V de este mismo capítulo.

Fruto de esa evolución, en definiciones más recientes de “vivienda familiar”, se abandona la referencia expresa a los cónyuges y se sustituye por la más amplia de “familia”. BERROCAL LANZAROT define, así, “vivienda familiar”, como “el lugar donde habitualmente y con continuidad se desarrolla la convivencia de la familia y le proporciona cobijo, además de seguridad e intimidad”<sup>825</sup>. En definitiva, el espacio físico que satisface las necesidades primarias de la familia<sup>826</sup>.

## 2.3 La vivienda familiar como residencia habitual de la familia

### 2.3.1 Determinación de la habitualidad

Entre las numerosas definiciones que sobre vivienda familiar se contienen en las sentencias de las Audiencias Provinciales<sup>827</sup>, y las que también han surgido del Tribunal Supremo<sup>828</sup>, una de las más recurrentes, quizás por ser una de las más recientes, es la contenida en la STS 340/2012 de 31 de mayo, en la que, además, se constata esa ampliación del concepto de familia al que nos hemos referido en el epígrafe anterior:

*“La aplicación del art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad*

---

<sup>825</sup> BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, p. 3467.

<sup>826</sup> *Ibid.*, pp. 3471-3472. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 380, aclara que cuando se trate de convivientes de hecho no es posible hablar de domicilio conyugal, pero sí podrán tener un domicilio familiar que será el lugar en el que convivan.

<sup>827</sup> Entre las definiciones de las Audiencias Provinciales, cabe destacar las siguientes: “*residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas*” (vid. SAP de Valladolid 134/2004 de 16 de abril); “*lugar donde de manera permanente, estable e intencionada y como centro de su convivencia íntima, reside de forma habitual la unidad familiar*” (vid. SAP de Madrid 200/2007 de 12 de febrero); “*lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. (...) que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar*” (vid. SAP de Las Palmas 587/2005 de 17 de noviembre); “*aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas*” (vid. SAP de La Coruña 146/2009 de 16 de abril); “*lugar donde se desarrolla la convivencia familiar, en definitiva la vivienda habitual de la familia o lo que es lo mismo la vivienda principal donde reside normalmente la familia*” (vid. SAP de Madrid 465/2012 de 22 de junio); “*vivienda que es ocupada por los cónyuges y por los hijos en el momento en que se produce la ruptura de la convivencia*” (vid. SAP de Islas Baleares 5/2014 de 7 de enero).

<sup>828</sup> Entre las definiciones del Tribunal Supremo, cabe destacar las siguientes: “*la sede física de la familia, donde se halla establecida para el cumplimiento normal de sus fines propios de mutua asistencia*” (vid. STS de 19 de junio de 1963); “*bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario*” (vid. STS 1199/1994 de 31 de diciembre); o “*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*” (vid. STS 1085/1996 de 16 de diciembre).

*familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el art. 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges”* (el subrayado es mío).

El concepto de vivienda familiar va unido al de domicilio familiar (domicilio conyugal en el caso de tratarse de un matrimonio), siendo aquella la base física de este<sup>829</sup>; en Aragón, de hecho, el art. 81 CDFa —que regula la atribución del uso de la vivienda familiar—, identifica vivienda familiar con domicilio familiar.

Entendiendo que el domicilio real de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual (art. 40 CC), podríamos entender como domicilio de la familia el lugar de residencia habitual de ésta, como expresamente se contiene en el Código Civil de Cataluña (art. 231-3 CCcat.), en virtud del cual, “*ante terceras personas, se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia conviven habitualmente*”<sup>830</sup>; o en Aragón, cuyo art. 184.2 CDFa dispone que “*Se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia*”. Téngase en cuenta que, como vimos al comienzo del epígrafe III, el legislador utiliza los conceptos de “domicilio familiar”, “vivienda familiar”, “vivienda habitual” o “vivienda donde tuviese la residencia habitual” para referirse a una misma cosa. Así, la “vivienda habitual” que protege el art. 1320 CC durante la estabilidad matrimonial es la misma a la que se refiere el art. 96 CC bajo el concepto de “vivienda familiar” una vez sobrevinida la crisis familiar.

De hecho, aun no existiendo una definición de vivienda familiar en el Código Civil, salvando esa evolución del concepto “familia” a la que nos hemos referido, las numerosas definiciones surgidas tanto de la doctrina —referida en el apartado anterior—, como de la jurisprudencia —referidas en este apartado—, coinciden, salvando algunos matices, en lo esencial: la vivienda familiar es el lugar donde la familia reside con carácter

---

<sup>829</sup> Vid. GIL MEMBRADO, C., *op. cit.*, p. 11.

<sup>830</sup> Dice PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 231-1 a 231-31”, *op. cit.*, p. 267, que este domicilio es el que constituya la vivienda familiar habitual y donde se encuentre la sede de las personas integrantes de la familia.

habitual y permanente y donde, por ello, cumple sus responsabilidades domésticas y satisface sus necesidades primarias<sup>831</sup>.

Tal carácter habitual se encuentra justificado. Téngase en cuenta que, conforme hemos venido defendiendo, el fin de la atribución del uso de la vivienda familiar es el de satisfacer las necesidades de la parte más débil, pero matizando que, por lo general, había de tratarse de una necesidad íntimamente relacionada con la vivienda en sí, de especial vinculación con la misma (por lo general, para mantener el entorno del menor), pues, de lo contrario, no tendría sentido atribuir la vivienda, limitando el derecho de propiedad del otro cónyuge, en lugar de asignar una cuantía económica para salvar la necesidad habitacional. Y esa conexión entre la parte más débil y la vivienda es fruto de que la misma haya sido la residencia habitual, que será en la que se hayan generado aquellas expectativas de las que hablábamos al comienzo de esta tesis.

A este carácter de habitualidad o permanencia se refiere también tanto la doctrina portuguesa —para referirse al concepto *casa de morada da família*—<sup>832</sup>, como la italiana, entre la que cabe destacar a: FREZZA, para quien la casa familiar va unida a los criterios de habitualidad, estabilidad y continuidad<sup>833</sup>; FERRANDO, para quien se trata del

---

<sup>831</sup> El Alto Tribunal deniega la atribución en aquellos supuestos en los que considera que la vivienda, que había sido familiar, pierde tal carácter. Es el caso de las siguientes sentencias: STS 726/2013 de 19 de noviembre, en cuyo supuesto ninguno de los cónyuges, por motivos laborales, vive ya en el lugar donde se encuentra la que fue vivienda familiar; STS 284/2016 de 3 de mayo, en la que, como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial, la vivienda había sido adjudicada al esposo, y la esposa, con lo obtenido, había adquirido otra vivienda a la que se había ido a vivir con su hija; STS 524/2017 de 27 de septiembre, en la que se niega que, una vez atribuido el uso de la vivienda a su propietario por acuerdo de las partes, pueda atribuírsele posteriormente a la exmujer e hijo por un cambio de circunstancias; o, más recientemente, la 646/2017 de 27 de noviembre, en cuyo supuesto la esposa se había trasladado a vivir a otra ciudad y los hijos se habían independizado.

No considera, en cambio, que exista una desafectación del carácter familiar de la vivienda en aquellos casos en los que, pese al abandono de la vivienda, este no había sido voluntario (*vid.*, en tal sentido: la STS 193/2013 de 15 de marzo —abandono debido a las malas relaciones entre los cónyuges— o la STS 724/2016 de 5 de diciembre —abandono porque así se había acordado en auto de medidas provisionales—).

<sup>832</sup> *Vid.* FALÇAO, M., DINIS PESTANA SERRA, M. y TENREIRO TOMÁS, S., *op. cit.*, p. 96. SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, p. 401-402, apunta que existe un consenso doctrinal y jurisprudencial en que la *casa de morada da família* corresponde a la idea de residencia habitual principal de la familia. El autor, realiza, además, una distinción entre “*residência da família*” y “*casa de morada da família*” —concepto este último utilizado para la atribución de la vivienda familiar en Portugal—. Si bien el primer concepto se refiere al lugar donde se procesa o debe procesarse la vida familiar —de ahí la importancia que puede revestir su elección—, el segundo concepto se refiere a la idea del propio bien que se desea adscribir a la vida familiar. Defiende la posibilidad de establecer un paralelismo entre la situación fáctica integradora de los conceptos de “*casa de morada da família*” y “*residência permanente*”. Toda *casa de morada da família* es *residência da família*, no ocurre así a la inversa, y pone el ejemplo bien de los cónyuges que fijan su residencia en casa de los padres de uno de ellos, con quienes habitan en común, o bien de los padres que viven en casa de un hijo. Cuestión, esta última, con la que no estoy de acuerdo; pese a tales circunstancias, aquella en la que se encuentran es la vivienda familiar, cuestión distinta es que, por pertenecer a tercero, el derecho de este último no pueda verse afectado.

<sup>833</sup> FREZZA, G., “*Appunti e spunti...*”, *op. cit.*



lugar donde se desarrolla la vida familiar<sup>834</sup>; AULETTA, quien la considera como “*l’immobile che ha costituito il centro di aggregazione e di unificazione della famiglia (Cass. 9.12.83, n. 7303), cioè quello in cui essa ha vissuto normalmente*”<sup>835</sup>; o LOREDANA TULLIO, para quien la vivienda familiar es, sobre todo, “*il «non-luogo», ossia il c.d. habitat o «focolare» domestico, il centro degli affetti e degli interessi nel quale si esprime e si articola l’unità della famiglia, fatta di sentimenti, di vita e di storia*”<sup>836</sup>. BONILINI<sup>837</sup>, por su parte, considera que por casa familiar debe entenderse el inmueble en el que la familia había vivido normalmente.

Otra cuestión es cómo determinar la habitualidad. En materia de domicilio real de la persona natural, el problema esencial que se ha venido suscitando se centra en la determinación de la habitualidad, ya que el legislador en el art. 40 CC no refiere ningún criterio ni plazo a efectos de concretarlo<sup>838</sup>. Frente a la corriente que considera que el domicilio se fija atendiendo a dos elementos: el *corpus* —hecho de residir en un lugar— y el *animus perpetuo commorandi, animus habitando o animus manendi* —propósito o intención de la persona de hacerlo de modo permanente—<sup>839</sup>, otro sector doctrinal mayoritario<sup>840</sup> defiende la fijación del domicilio sobre criterios únicamente objetivos (*corpus*), sin atenderse a la referida voluntad —solo se requiere estar residiendo en un lugar y que se trate de la residencia normal y presumible para el futuro próximo—. En la jurisprudencia, desde antiguo, han existido resoluciones que han exigido el elemento subjetivo (*cfr.* SSTS 28 de noviembre de 1940, 25 de septiembre de 1954 o 21 de abril de

---

<sup>834</sup> FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 219.

<sup>835</sup> AULETTA, T., *op. cit.*, pp. 253-254. *Vid.*, asimismo, CICERO, C., “Casa familiare e situazioni possessorie”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, p. 173.

<sup>836</sup> TULLIO, L., “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016, pp. 121 y ss.

<sup>837</sup> BONILINI, G., *op. cit.*, p. 208.

<sup>838</sup> *Vid.*, al respecto: ÁLVAREZ VIGARAY, R., “El domicilio”, en *ADC*, núm. 2, 1972, pp. 549 y ss.; ESPINAR VICENTE, J. M., “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, en *RDP*, núm. 1, 1980, pp. 3 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, pp. 445 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral (puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A. M.)*, t. I, vol. II, Reus, Madrid, 2007, p. 142, que dice que el punto es controvertido e inseguro; GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 158 y ss.; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., “Comentario al artículo 40”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 325 y ss.

<sup>839</sup> *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 549 y ss.

<sup>840</sup> *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 40 y 41”, en *Comentarios al Código Civil (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍEZ ALABART, S.)*, t. I, vol. III, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 18 de enero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229893>; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2017, pp. 140-141; CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario al artículo 40”, en *Comentario del Código Civil, (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 251 y ss.

1972, 145/1995 de 20 de febrero o 622/1996 de 13 de julio, que hablan de la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en un lugar) y otras que prescinden de tal elemento (*cf.* SSTs 30 de enero de 1945, 3 de diciembre de 1955 o 27 de abril de 1956). Sin embargo, considera ALBALADEJO que aquellas sentencias en que se ha exigido el *animus*, realmente se sirven de la falta de este para excluir el domicilio cuando no se esté permanentemente en el lugar, por lo que hubiese sido suficiente con entender que no era su domicilio porque —independientemente del *animus*— faltaba habitualidad. En definitiva, se deduce el *animus* de la permanencia. De ahí que ALBALADEJO identifique la habitualidad con la “residencia normal y presumible para el futuro próximo”.

Con la habitualidad, pues, nos referimos a que sea el lugar donde normalmente se desarrolla la convivencia familiar —con independencia del tiempo transcurrido—, la “residencia normal y de presumible continuación” de la familia<sup>841</sup> (*v. gr.* que no se trate del inmueble que, temporalmente, ocupan mientras reparan el que les sirve de vivienda familiar), con independencia de que de forma circunstancial alguno de sus miembros no la ocupen temporalmente por diversas circunstancias (*v. gr.* hijos que estudian fuera de la localidad donde se ubica la vivienda familiar; o padre o madre que hace lo propio por razones laborales).

### 2.3.2 La posible existencia de varias viviendas familiares

La doctrina mayoritaria no pone inconvenientes, en el ámbito del domicilio real de la persona natural (art. 40 CC), para que, existiendo residencia habitual del individuo en dos o más lugares distintos, se reconozca la existencia de una pluralidad de domicilios simultáneos<sup>842</sup>. Entre las consideraciones que realiza DE CASTRO para defender tal posibilidad, dice que no hay obstáculo lógico para su admisión: puede concebirse el caso de una persona que resida parte del año en un lugar y otra parte del año en lugar distinto, y

---

<sup>841</sup> HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario del artículo 1320”, *op. cit.*, pp. 588 y ss., precisa, respecto al carácter habitual, que, ante la dificultad de comprobar un *animus perpetuo commorandi*, tal habitualidad viene dada por el hecho de que se trate de la residencia “normal y de presumible continuación”; ATIENZA NAVARRO, M. L., *op. cit.*, p. 813, habla de lugar donde se desarrolla cotidianamente la vida familiar.

<sup>842</sup> *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 141, quien admite que en determinadas situaciones límite una persona pueda tener al mismo tiempo más de un domicilio o residencia habitual; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 40 y 41”, *op. cit.*; SILLERO CROVETTO, B., voz “Domicilio”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2594. Por su parte, PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. I, 1ª parte, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 163 y ss., consideran la pluralidad de domicilios como anormal y no querida por el legislador, aunque reconoce que la tesis dominante es la contraria.

en ambas con carácter de habitualidad<sup>843</sup>. Tampoco se ha de descartar, así, la posible existencia de dos o más residencias habituales de la familia ni, por ello, de varias viviendas familiares<sup>844</sup>, siempre que sean varios los miembros de la familia que permanezcan viviendo en la casa (v. gr. familia que, por motivos profesionales, residen periódicamente en dos o más ciudades; o supuesto en el que el padre y uno de los hijos, por motivos de trabajo y estudio, pasan temporadas viviendo en la ciudad en lugar de en el pueblo)<sup>845</sup>; de lo contrario (v. gr. padre que pasa algunos periodos de tiempo viviendo solo en otra ciudad) estaríamos ante un domicilio familiar y otro individual.

### 2.3.3 El inmueble aún no ocupado

Cabe preguntarse, por último, por la atribución del inmueble en construcción, del solar adquirido con la intención de constituir la misma, o de la vivienda que no ha sido aún ocupada por no haberse mudado aún la familia en el momento en que sobreviene la crisis matrimonial<sup>846</sup>. Respecto a este último supuesto, MUÑOZ DE DIOS, partiendo de que lo fundamental, en este sentido, es que la familia permanezca en la vivienda con la intención de constituir en ella su hogar —*corpus* y *animus*—, considera que, aun no habiéndose ocupado material y efectivamente el piso, “se puede estimar que se ha producido una ocupación espiritual del mismo que le atribuye el carácter de vivienda habitual”<sup>847</sup>.

---

<sup>843</sup> Vid. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 454, quien añade, además, que tal posibilidad fue admitida por el Derecho romano, ya que no se contempla legalmente el criterio de la principalidad y que es la solución más conforme al criterio realista del domicilio.

<sup>844</sup> Optan, en cambio, por una interpretación estricta de “vivienda familiar”, en el sentido de que solo una ha de tener tal consideración, y de que solo esa será susceptible de atribución, SERRANO GÓMEZ, E., *op. cit.*, pp. 11 y ss. y MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 54.

Por su parte, LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, pp. 23 y ss., si bien considera la posibilidad de que existan varias viviendas familiares, estima, asimismo, que habremos de referirnos a la principal, lo cual se determinará mediante criterios tales como el valor, la antigüedad, el número de familiares que la ocupan, etc. En un sentido similar, LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 537.

<sup>845</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 74 y LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012”, *op. cit.*, p. 390.

<sup>846</sup> Estos casos son excluidos de la atribución por la gran parte de la doctrina. Vid., en este sentido, HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario del artículo 1320”, *op. cit.*, pp. 588 y ss.

<sup>847</sup> MUÑOZ DE DIOS, M., “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1987, [consultado el 4 de mayo de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/247350>. Vid., en el mismo sentido: PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 104, quien, para llegar a la misma conclusión, se apoya en la común intención de las partes de dedicar el inmueble a tal fin; o CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 52.

En la doctrina portuguesa, vid., SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss., quien considera que, así como la *casa morada da família* no pierde necesariamente esa cualificación por haber dejado de ser, de hecho, la residencia habitual principal, también puede acontecer que un espacio físico ad-

Es fácil defender que a la que nos estamos refiriendo en este apartado no es vivienda familiar<sup>848</sup>. Siguiendo la interpretación amplia —finalista— que venimos defendiendo del art. 96 CC, hemos de considerar que la falta de alguno de los elementos que podría llevar a negar el carácter de vivienda familiar a un determinado inmueble, no obsta, en ciertas situaciones, y atendiendo al fin de la medida, a la protección del referido bien a fin de evitar la desprotección del más débil<sup>849</sup>. Es decir, cabe, en virtud de una interpretación amplia y finalista, la atribución de una vivienda diferente a la familiar, según veremos a continuación<sup>850</sup>.

## 2.4 Las “segundas viviendas”

### 2.4.1 La posible atribución de su uso

Es obvio que cuando la familia solo dispone y ocupa una vivienda no se discute cuál es la vivienda cuyo uso ha de atribuirse. En cambio, cuando existe una pluralidad de viviendas, surge el debate.

Cierto es que hemos defendido la posible existencia de varias viviendas familiares. Sin embargo, lo que consideramos inadmisibles es que, en el concepto de “vivienda familiar”, tenga cabida cualquier inmueble que, por cualquier título jurídico, se encuentre

---

quiera la misma cualificación si nunca se ha llegado a constituir, de hecho, la residencia habitual principal de la familia (v. gr. familia que acaba de instalarse en un espacio elegido para residencia de la familia).

Vid., en esta misma línea: SAP de Jaén 96/2005 de 28 de abril, SAP de Málaga 1080/2005 de 21 de octubre, SAP de Granada 101/2007 de 9 de marzo y SAP de Málaga 247/2007 de 25 de abril.

<sup>848</sup> Entre los autores que niegan, en estos casos, la calificación de “vivienda familiar”: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; BERROCAL LANZAROT, A. I., “La vivienda familiar y la acción...”, *op. cit.*, pp. 3471-3472; GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 73; LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, p. 31, considera que resulta aventurado atribuir el uso de una vivienda de estas características ya que no ha constituido todavía la categoría de vivienda familiar; todavía no han tenido tiempo, ni los hijos ni la pareja, de crear en el inmueble “su núcleo de la vida común”. En la doctrina italiana, TULLIO, L., *op. cit.*, pp. 121 y ss., no considera vivienda familiar una expectativa de casa familiar pues, aun existiendo físicamente, no ha llegado a constituir el centro de agregación de la familia.

Vid., asimismo, entre otras, la SAP de Barcelona 697/2004 de 11 de noviembre y la SAP de Madrid 465/2012 de 22 de junio.

<sup>849</sup> Vid. MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 42 y ss., quien defiende tal protección pese a la ausencia del *corpus* o el *animus*.

<sup>850</sup> Ningún sentido tendría, por otra parte, que la atribución de un determinado inmueble dependiese de que el mismo estuviese ocupado por la familia en el momento de la atribución —aunque tal ocupación fuese de escasos días previos a la atribución—. Es más, de no admitirse esta interpretación amplia que defendemos, el supuesto podría prestarse a fraude: piénsese en el cónyuge que, sabedor de la crisis matrimonial que sobrevendrá en breve, ralentiza todo lo posible la conclusión de la obra o la mera mudanza al nuevo inmueble.

a disposición de los miembros de la familia<sup>851</sup>: las denominadas como “segundas viviendas”, cuyo uso no se destina a residencia habitual de la familia, sino que están a disposición de la familia, generalmente, con fines de ocio o recreo o incluso sin uso alguno<sup>852</sup>.

Será difícil encontrar en estas segundas viviendas esa especial conexión que, más arriba, se ha defendido entre la vivienda y el más débil. Tal conexión se presume en el entorno de la primera residencia, la que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento de la familia (*v. gr.*, en el caso de hijos menores: donde vive a diario, donde va al colegio, donde desarrolla sus actividades extraescolares, etc.). Como en otras ocasiones se ha afirmado, habrá que atenderse a cada caso concreto debido a los muchos supuestos que se pueden presentar en la realidad práctica.

No obstante, pese a negarse, en principio, como regla el carácter familiar a estas “segundas viviendas”, hemos de admitir ocasionalmente la posibilidad de su atribución. Aunque el artículo 96 CC únicamente se refiere a la vivienda familiar, ha de acudirse, nuevamente, como tantas otras veces, al art. 3.1 CC, en virtud del cual las normas se interpretarán atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. La norma, pues, ha de ser interpretada en atención a la finalidad que, con la misma, persigue el legislador. Con base en la interpretación finalista que se ha venido haciendo del art. 96 CC, nada obsta a que se atribuya una vivienda distinta de la vivienda familiar si, con ello, se atiende en mejor medida la satisfacción de las necesidades del más débil<sup>853</sup>.

Se ha insistido mucho en esta tesis en que el interés del más débil se encuentra relacionado con un especial apego o vinculación con la vivienda familiar, así como que, en el caso de que existan menores, su interés superior se identifica, en parte, con la conser-

---

<sup>851</sup> Una tesis similar a la que nosotros venimos manteniendo, es la que mantiene, en la doctrina portuguesa, SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, p. 31, quien, refiriéndose a la *casa de morada da família*, considera excluidas las residencias secundarias u ocasionales. Lo anterior no obsta a que considere la posible existencia de más de una residencia subsumible en el concepto de *casa de morada da família*; cuestión distinta es la aplicabilidad indiscriminada y simultánea a las mismas de todas las reglas vigentes sobre la materia, a lo que sí plantea reparos. Por su parte, CABEZUELO ARENAS, A. L., “La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales: STS de 9 de mayo de 2012”, en *RAD*, núm. 6, 2012, pp. 74-75, precisa que no cabe confundir las “segundas residencias” con la “doble residencia o duplicidad de domicilios”, siendo las primeras inmuebles que no cumplen la función de vivienda familiar.

<sup>852</sup> En tal sentido, *vid.* HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios...”, *op. cit.*, p. 64 y en “Crisis matrimonial...”, *op. cit.*, 2227, así como ROCA TRÍAS, E., “Vivienda familiar”, *op. cit.*, p. 6876 o, en la doctrina italiana, TULLIO, L., *op. cit.*, pp. 121 y ss., quien descarta calificar como vivienda familiar los inmuebles vacacionales o utilizados para estancias temporales, o la casa a la que un cónyuge se fue a vivir después de un largo periodo de separación de hecho.

<sup>853</sup> En sentido contrario, DE LOS MOZOS, J. L., *op. cit.*, o LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, p. 538, quien partiendo de una interpretación literal del art. 96 CC, considera que el mismo no permite asignar el uso de una vivienda distinta de la familiar.

vación del entorno en el que se encontraban, cuya pérdida puede acarrearles una incidencia negativa en su estabilidad emocional y afectiva<sup>854</sup>. No obstante, y aun existiendo hijos menores, puede que esa segunda vivienda se encuentre en el mismo entorno que la primera y no provoque trastorno en los menores o que, incluso, no tratándose del mismo entorno, atendiendo a un concepto amplio de interés del menor —al que ya nos hemos referido—<sup>855</sup>, con la atribución de una vivienda diferente a la familiar se proteja en mayor medida el interés de los menores (v. gr. porque, quedando la vivienda familiar a disposición del progenitor no custodio, este tenga más medios económicos con los que sufragar la pensión de alimentos). En definitiva, siempre que se satisfaga el interés superior del menor, y encontrándose debidamente justificado, no parece que exista obstáculo a la puntual atribución de una vivienda diferente a la familiar. Más fácil será sustituir la vivienda familiar por otra en el caso de que la atribución se realice en virtud del párrafo tercero del art. 96 CC, por la menor vinculación que, en la práctica, existe entre beneficiario y vivienda<sup>856</sup>.

Ahora bien, se ha de precisar. No se trata de que, existiendo varias viviendas, pueda darse una libre elección. El precepto es claro en tal sentido, y, a falta de acuerdo, contempla únicamente la atribución de la que ha venido siendo vivienda familiar, pues presume que es ésta, y no otra, la que mejor colma, muy especialmente en el caso de existir menores, el interés superior de estos. Cuestión distinta es que, atendiendo a las circunstancias del caso, exista otra vivienda, diferente de la familiar, que proteja de una forma mayor el interés superior del menor o el del cónyuge más necesitado de protección.

La doctrina, de forma mayoritaria, se muestra proclive a esta posibilidad de que el derecho de uso venga a recaer sobre una vivienda distinta de la que ha venido teniendo el carácter de familiar durante la estabilidad matrimonial<sup>857</sup>.

---

<sup>854</sup> En la STS 327/2001 de 27 de marzo, ante la venta, al comienzo del procedimiento, por el padre del menor, de la que fue vivienda familiar de la pareja de hecho, y la inexistencia, pues, de domicilio familiar, entendido este como centro de convivencia personal y doméstica de la familia, el Tribunal considera que el art. 96 CC no es extensible a cualquier otro inmueble que ocupen los litigantes al momento de la sentencia; sustituye, así, el cumplimiento *in natura* por su equivalente pecuniario.

<sup>855</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.4.2.3.1.

<sup>856</sup> En el caso de que no existan hijos menores, esa especial vinculación con la vivienda y su entorno es más complicada de encontrar, como afirmamos al estudiar los criterios de atribución, razón por la cual defendimos, asimismo, que no se encontraba justificado el art. 96.III en la mayoría de los supuestos en los que era de aplicación.

<sup>857</sup> MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, pp. 69 y 70, se apoya, para ello, en el contenido patrimonial del derecho, que justifica cierta flexibilidad a la hora de interpretarlo, siendo lo importante que no queden desamparados los intereses familiares más necesitados de protección; MORENO NAVARRETE, M. A., *op. cit.*, p. 475, considera que, pudiéndose optar entre varias viviendas, habrá de optarse por aquella que mejor atienda el interés superior de los menores; VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 17,

Esta parece ser también la tesis adoptada por el legislador catalán cuando, en el art. 233-20.6 CCcat., establece: “*La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos*”. Con ello el Código Civil de Cataluña no está permitiendo la atribución de viviendas que no sean la familiar, sino que prevé la posibilidad de sustituir la atribución de la que es familiar por otra que, sin serlo, sea más apta que la primera para satisfacer la necesidad del más débil. En similares términos se pronuncia el art. 12.6 LVRF<sup>858</sup>.

## 2.4.2 Su tratamiento en la jurisprudencia

El Tribunal Supremo, en principio, parece optar por una interpretación estricta en cuanto al concepto de vivienda familiar y la atribución de “segundas viviendas”. Establece como doctrina jurisprudencial en la STS 284/2012 de 9 de mayo, lo siguiente<sup>859</sup>: “*en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar*”<sup>860</sup>.

Doctrina —la anterior— que ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en las SSTs 340/2012 de 31 de mayo, 129/2016 de 3 de marzo o 604/2016 de 6 de octubre. En la de 31 de mayo de 2012, estando la familia domiciliada en Mallorca, una vez que el padre se marcha al extranjero por motivos laborales, la madre con el hijo se trasladan a vivir a un inmueble —propiedad del padre del menor— en Madrid, en el que nunca llegaron a vivir los tres juntos. El Tribunal niega la atribución del inmueble de Madrid considerando que no había constituido “*la residencia habitual de la unidad familiar, en*

---

parte, en su defensa, de que el art. 96 CC es de aplicación en defecto de acuerdo, y que este puede contemplar tal sustitución de viviendas.

<sup>858</sup> Art. 12.6 LVRF: “*El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado*”.

<sup>859</sup> La Audiencia Provincial había accedido, a solicitud de la esposa, a atribuirle el uso del inmueble —propiedad del marido— destinado al desarrollo su actividad profesional, en lugar de atribuirle el uso del que servía como vivienda familiar —propiedad de la mujer—. Considera la sentencia recurrida que se trata de una decisión “*excepcional, con una duración proporcionada y es ajustada a derecho al estar fundada en la concreta necesidad de asegurar los alimentos y el bienestar de los hijos, es decir, el interés de estos, atendidas las circunstancias del caso*”.

<sup>860</sup> El Tribunal dice, además, que la atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges. Y diferencia este supuesto del contemplado en la STS 78/2012 de 27 de febrero, ya que, si bien en esta última se atribuyó al marido el uso del domicilio familiar debido a que ejercía allí su profesión de abogado, en el caso de la sentencia de 9 de mayo, a la que ahora nos referimos, se trata de un local que no es, a su vez, vivienda familiar.

*el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia*<sup>861</sup>.

No obstante, la postura que hemos mantenido en el apartado anterior es por la que parece venir optando el propio Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, en las que atribuye el uso de una vivienda distinta a la que fue vivienda familiar —en sustitución de esta última— cuando las circunstancias así lo aconsejan.

La STS 642/2011 de 30 de septiembre, afirma que “*una solución distinta a la establecida en el art. 96.1 CC, es decir, la atribución de un inmueble diferente, es posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se dan circunstancias que lo aconsejen*”. En esta sentencia, el Tribunal rechaza el ofrecimiento del cónyuge titular no beneficiario del uso de la vivienda familiar para que fuese él quien siguiese ocupando el inmueble, mientras que la exesposa, custodia de los hijos, pasaría a vivir en otra vivienda de su elección, de similares características a la que había constituido hogar conyugal, en régimen de alquiler, cuyo coste sería abonado íntegramente por el esposo durante todo el tiempo que se estableciese. Considera el Alto Tribunal que, ni hay acuerdo, ni el interés del menor lo aconseja. Acuerdo que, en cambio, sí existe en el supuesto del que trae causa la STS 277/2016 de 25 de abril, en la que el Tribunal Supremo, partiendo de que el art. 96.1 CC es aplicable “*en defecto de acuerdo de los cónyuges*”, admite el pacto —al no considerarlo perjudicial—, por el que el uso se atribuye al cónyuge propietario de la vivienda, quien pagará al cónyuge custodio el alquiler de una vivienda durante cuatro años.

Más allá de estos casos en los que existe un acuerdo, cabe preguntarse: ¿cuándo pueden darse esas circunstancias que aconsejen la sustitución de una vivienda por otra? Fundamentalmente, cuando pueda quedar mejor garantizado o protegido el interés del más débil —por lo general, los hijos menores—.

Piénsese en el supuesto en que, habiéndose ocupado la vivienda familiar sin título alguno —en precario—, se cuente con otra vivienda que, aun no siendo familiar, pertenece privativamente a uno de los cónyuges o proindiviso a ambos. Es evidente que, en este caso, de atribuirse el uso de la vivienda familiar, no se estaría protegiendo suficientemente el interés del más débil, en tanto en cuanto el propietario del inmueble —

---

<sup>861</sup> La ausencia del carácter familiar del inmueble que ocupa el hijo menor y su madre en Madrid la extrae, por un lado, de que tal ocupación del inmueble se debió a la mera tolerancia de su pareja, una vez ya había aparecido la crisis sentimental; por otro lado, del reconocimiento implícito, por parte de ella, de que el domicilio familiar se encontraba en Mallorca, en tanto que fue en el juzgado de esta ciudad, y no en el de Madrid, donde presentó la demanda sobre guarda y custodia de hijos menores y alimentos.



tercero— podría instar el desalojo en cualquier momento. Esta es la posibilidad por la que se opta en la STS 695/2011 de 10 de octubre, en la que se concede el uso del domicilio familiar —que se venía usando en precario— a la exesposa y a la hija menor hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de otra vivienda, propiedad de ambos cónyuges, que se encontraba arrendada a terceros. Se pronuncia, como doctrina jurisprudencial<sup>862</sup>, la siguiente:

*“El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos”<sup>863</sup>.*

Otras sentencias, a fin de atribuir una segunda vivienda —no la vivienda familiar— parten de lo dispuesto en aquella STS 671/2012 de 5 de noviembre —ya citada al referirnos al tipo de necesidad y a los criterios—<sup>864</sup>, para la que el rigor de la norma —del art. 96.I CC— queda excepcionado cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios. Dice —la referida sentencia— que la atribución del art. 96 CC no es una expropiación del propietario ni pueda llevar a un abuso de derecho. En esta línea, la STS 426/2013 de 17 de junio, confirma la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa y a su hijo menor por tres años, transcurridos los cuales deberán desalojar el inmueble, pudiendo ocupar otra vivienda de titularidad común para cubrir las necesidades de alojamiento del hijo —que ya conoce esa otra vivienda—, momento, además, en el que este ya estará próximo a la mayoría de edad, por lo que se entiende que no sufrirá especialmente el perjuicio de un cambio de entorno. El dato a tener en cuenta en este caso es que el inmueble que constituía la vivienda familiar se asienta en una finca de unas siete hectáreas en la que se ubican una serie de instalaciones arrendadas a terceros, por lo que su atribución impediría la disposición de un importante patrimonio común que afectará necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges. Y, ante estas circunstancias, el Tribunal afirma —como ya expusimos al estudiar los criterios de atribu-

---

<sup>862</sup> Parte, para tal pronunciamiento, de la doctrina formulada en diferentes sentencias del Tribunal Supremo respecto a la vivienda propiedad de tercero, así como de la STS 191/2011 de 29 de marzo, sobre la satisfacción de las necesidades de habitación a través de otros medios diferentes a la vivienda familiar.

<sup>863</sup> Como mantiene MORENO NAVARRETE, M. A., *op. cit.*, p. 475, en esta sentencia, y para este caso, se parte del concepto de “residencia idónea en interés del menor”, y no del tradicional de “vivienda familiar”.

<sup>864</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.4.2.3.1.

ción— que el interés superior del menor es algo más amplio que el mero mantenimiento del entorno en el que ha vivido el menor.

Todos estos supuestos tienen cabida en la STS 563/2017 de 17 de octubre. En este caso, en la vivienda familiar vivía tanto la hija menor común de la pareja como otra hija menor del padre de una relación anterior. Pese a que la custodia de la hija menor se atribuye a la madre, el uso de la vivienda se atribuye al padre. En primer lugar, porque, en virtud de lo dispuesto en la STS de 7 de noviembre de 2012, las necesidades de la hija común se pueden satisfacer a través de otra vivienda de la que pueden hacer uso la madre y la hija. En segundo lugar, porque atendiendo al interés superior del menor entendido en el sentido amplio al que se refiere la STS de 17 de junio de 2013, es así como se consigue que ambas hermanas mantengan contacto tanto con su padre común como entre ellas, por encontrarse la segunda vivienda en las proximidades de la última vivienda familiar. En tercer lugar, y partiendo de lo dispuesto en la STS de 10 de octubre de 2011, atribuyendo el uso de la vivienda familiar no se satisfaría las necesidades de la menor, en tanto que la vivienda era propiedad de los padres de él<sup>865</sup>.

En la doctrina italiana, CARAPEZZA FIGLIA<sup>866</sup> apuesta por una interpretación como la que se viene realizando últimamente en España. Defiende el autor que, atendiendo al fin, que no ha de ser otro que la tutela de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 Constitución italiana), el juez puede atribuir una casa distinta a la familiar si la misma satisface mejor las exigencias existenciales de los hijos.

Si los padres, mediando acuerdo homologado por el juez, pueden prever la asignación de una vivienda distinta a la originaria, no puede excluirse que el juez adopte esta medida, a petición de uno de los padres, cuando con ello se armonicen todos los intereses implicados a la luz del interés superior del menor.

En cambio, si no se aceptase que el interés del menor es algo más amplio que la conservación del entorno, y esa lectura personalista del art. 337-*sexies* CCit. se interpretase limitándola únicamente a la continuación habitacional y del entorno de la prole, la casa

---

<sup>865</sup> También la STS 5/2015 de 16 de enero, en modificación de medidas, sustituye la vivienda familiar — propiedad del cónyuge no beneficiario— por otra que pertenece proindiviso a ambos, que ha quedado libre de arrendatarios y que puede satisfacer igualmente las necesidades del menor. En este caso, incluso, el interés del menor no queda mermado en tanto que una y otra vivienda se encuentran próximas. *Vid.* TENA PIAZUELO, I., “Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero 2015”, en *CCJC*, núm. 101, 2016.

<sup>866</sup> VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3401.

atribuida podrá ser solo aquella en la que se haya desenvuelto la vida de la familia durante la convivencia de los progenitores<sup>867</sup>.

En definitiva, el fin de la atribución es la protección del interés del más débil, que, en el caso de los hijos menores, se presume que está íntimamente relacionado con la conservación del entorno en el que ha venido conviviendo con la familia, pero ello no obsta a que, atendiendo a esa mayor amplitud del interés más necesitado de protección, se atribuya una vivienda diferente de la familiar.

#### **IV. Elemento subjetivo. La titularidad del derecho de uso atribuido**

Ha sido ampliamente debatido, en aquellos supuestos en que el uso de la vivienda familiar se atribuye tanto a los hijos como al cónyuge en cuya compañía queden, a quién hemos de considerar titular del referido derecho<sup>868</sup>. Esta cuestión de la titularidad es uno de los tres aspectos en los que —como referimos en el capítulo tercero, I.2.4.2.4— se manifiesta el principio de especialidad.

##### **1. Titularidad exclusiva de los hijos**

Una primera corriente doctrinal a señalar sería aquella que considera que los titulares son —o deberían ser— únicamente los hijos<sup>869</sup>. Tesis, ésta, que debe rechazarse, principalmente porque no es lo que contempla el artículo, que se refiere no solo a los hijos, sino también al cónyuge bajo cuya custodia queden. A ello se unen otra serie de obstáculos derivados de considerar la titularidad exclusiva de los hijos, que, por ser comunes con el hipotético supuesto de cotitularidad entre cónyuge e hijos, referiremos en el apartado siguiente.

---

<sup>867</sup> *Ibid.*, p. 3400.

<sup>868</sup> Debate que, por otra parte, ha sido considerado como intrascendente por aquellos autores que entienden que con la atribución del uso del art. 96 CC no se origina un título atributivo *ex novo*, sino que se trata de una simple concentración de la facultad de uso de la vivienda. *Vid.*, en este sentido, PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, p. 117, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Matrimonio y crisis...”, *op. cit.*, quien rescata la idea de potestad “en cuanto que sirve para describir poderes que instrumentalmente se otorgan a unas personas para su utilización en beneficio de otras”, lo cual explicaría la mención a los hijos en el art. 96 CC.

<sup>869</sup> *Vid.*: MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles...*, *op. cit.*, p. 167, quien considera que el derecho se atribuye a los cónyuges únicamente de forma indirecta; VILLAGRASA ALCAIDE, C., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 32; o ALONSO SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., *op. cit.* p. 115.

## 2. Titularidad de los hijos y del cónyuge beneficiario

Una segunda corriente doctrinal es la que contempla que, atribuyéndose la vivienda familiar a “*los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”, la titularidad del derecho atribuido pueda ser plural, siendo titulares *tanto el cónyuge como los hijos*<sup>870</sup>. Esta parece ser la tesis adoptada también por el Tribunal Supremo en la STS 1103/2000 de 4 de diciembre. En el supuesto del que trae causa esta última, la vivienda familiar, copropiedad de ambos cónyuges y cuyo uso había sido atribuido a la esposa junto a los hijos, fue embargada por deudas del exesposo, siendo adjudicada a un tercero tras la correspondiente subasta. Habiendo demandado este tercero a la beneficiaria del uso para que abandonase la misma, ésta, entre los motivos de la casación, cuestiona que no hubiese sido apreciada de oficio la existencia de litisconsorcio pasivo necesario respecto a los hijos del matrimonio, que no fueron demandados, pues considera que a ellos también les alcanza los efectos de la sentencia por considerarlos titulares del derecho de uso. Pues bien, el Alto Tribunal lo que dice es que, siendo inherente la representación legal al ejercicio de la patria potestad, no cabe dudar que en el proceso del que el presente recurso dimana, los hijos menores del matrimonio han estado debidamente representados por su propia madre, con la que no existía, por otra parte, conflicto alguno de intereses. En definitiva, aunque no se pronuncia específicamente sobre la titularidad, sí que en ningún momento niega la titularidad de los hijos alegada por la recurrente.

Esta tesis, fruto de una interpretación literal del párrafo primero del art. 96 CC, plantearía no pocos problemas:

En primer lugar, chocaría con lo dispuesto en el párrafo cuarto del mismo artículo, en el que, recordemos, se requiere el consentimiento de ambas partes para disponer de la vivienda y bienes cuyo uso corresponda al cónyuge no titular. De entender como titulares también a los hijos, no se entendería el por qué no se pide el consentimiento también de los mismos, que sería necesario, no solo cuando queden bajo la custodia del cónyuge no titular, sino incluso cuando la vivienda fuese atribuida a su único propietario<sup>871</sup>. La ausencia del consentimiento de los hijos en el referido precepto no se puede justificar en que, a fin de cuentas, los hijos, al ser menores, habrían de prestar su consentimiento a

---

<sup>870</sup> Vid.: LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 271 y ss.; COBACHO GÓMEZ, J. A., *op. cit.*, p. 148; RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2071; o LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español: nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 370.

<sup>871</sup> Vid. RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 114, y ELORRIAGA DE BONIS, F., *op. cit.*, p. 484.

través del cónyuge bajo cuya custodia se encuentran, pues podría también ocurrir que cónyuge e hijos tuviesen intereses contrapuestos y los hijos hubieran de ser representados por un defensor judicial, en virtud de lo dispuesto en el art. 163 CC<sup>872</sup>, o incluso — aun habiendo nosotros criticado esta posibilidad— que los hijos fuesen mayores de edad a los que el juez hubiera considerado beneficiarios del uso por ser dependientes económicamente.

En segundo lugar, téngase en cuenta que, de considerarse así, generaría problemas, por ejemplo, a efectos arrendaticios, pues el art. 15 LAU, referido a aquellos supuestos en que el titular del arrendamiento es el cónyuge no beneficiario, contempla a este último, y no a los hijos, respecto al tránsito de la titularidad que establece<sup>873</sup>.

En tercer lugar, nótese la posibilidad de que la patria potestad no se atribuya a ninguno de los cónyuges, sino que, por ejemplo, se nombre tutor a un familiar. De atribuirse el derecho de uso a los hijos y, *per relationem*, al tutor, se estaría facultando la ocupación de la casa por un tercero que ha sido ajeno al proceso matrimonial y que no es contemplado en el art. 96 CC<sup>874</sup>.

También se ha llegado a apuntar lo absurdo que resultaría que, fallecido el cónyuge beneficiario del uso bajo cuya custodia se encontraban los hijos, estos siguieran ocupando la vivienda con exclusión del otro progenitor, propietario de la misma. Argumento, este, más débil que los anteriores, en tanto que lo usual será que, fallecido el cónyuge custodio, siendo los hijos menores, queden bajo la custodia del otro progenitor.

Por las razones anteriores, además de por los problemas registrales que pudiera conllevar, tampoco considero sostenible la propuesta defendida por MARTÍN MUÑOZ<sup>875</sup> en el marco de las custodias compartidas, consistente en la atribución —también compartida— del derecho de uso, de manera tal que serían los hijos titulares permanentes durante su vigencia y los cónyuges titulares alternativos durante los periodos de tiempo en los que ostenten respectivamente la custodia de los hijos, siempre que así se hubiera reconocido en la sentencia. Nuevamente se acude a la naturaleza familiar para defender esta posibilidad; dimensión familiar (de justicia social, de protección del más débil) del de-

---

<sup>872</sup> LLORENTE PINTOS, R., “Disposición de la vivienda familiar por el cónyuge a quien se le atribuyó su uso y es titular del inmueble: ¿necesidad de autorización judicial o consentimiento del otro cónyuge?”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 34, 2007, pp. 265 y ss., considerando que los hijos, en su caso, también son titulares, afirma que será necesaria (*ex art. 166.1 CC*) una resolución judicial para la extinción del uso del domicilio atribuido en beneficio de los hijos.

<sup>873</sup> *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 351.

<sup>874</sup> *Vid.* TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>875</sup> MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 68.

recho real que, si bien es lo que justifica la ultraprotección del derecho (v. gr. la protección del art. 96.IV CC), considero insuficiente, incompleta, sin el reconocimiento de la naturaleza real.

### 3. Titularidad exclusiva del cónyuge beneficiario

Una tercera corriente doctrinal considera que la titularidad corresponde, en todo caso, al *cónyuge* en cuya compañía quedan los hijos<sup>876</sup>. Piénsese que cuando se atribuye el uso en virtud de acuerdo alcanzado por los cónyuges, no suele hacerse referencia a los hijos. De hecho, nótese cómo, si bien puede seguir existiendo atribución del derecho de uso pese a no existir hijos (art. 96.III CC), no existe la referida atribución si, durante el procedimiento de nulidad, separación o divorcio, fallece el cónyuge no titular de la vivienda.

Esta tesis, de hecho, es la que adopta la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RDGRN de 21 de junio de 2004 ante la consideración del Registrador de que debían expresarse los nombres de los hijos del matrimonio y sus circunstancias personales, consecuencia de considerar a los hijos como titulares del derecho de uso de la vivienda familiar. La Dirección General se pronuncia considerando la innecesariedad de hacer constar en la inscripción las circunstancias personales de los hijos. Disentimos, sin embargo, respecto a parte de la argumentación en la que se apoya. Considera que la inscripción del uso de la vivienda *“tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho del cónyuge y los hijos a habitar tal vivienda, y que la defensa de tal derecho se otorga sólo a tal cónyuge”*. Es decir, se apoya, precisamente, en uno de los argumentos a los que hemos aludido para rechazar la titularidad de los hijos: que el párrafo cuarto del art. 96 CC no haga referencia a ellos. Pero lleva esta consideración a sus últimas consecuencias: la de limitar el derecho de uso exclusivamente a esa prohibición o limitación del párrafo cuarto. El derecho de uso deberá ins-

---

<sup>876</sup> Vid.: BELTRÁ CABELLO, C., “Pareja de hecho...”, *op. cit.*, p. 104; BERROCAL LANZAROT, A. I., “El uso de la vivienda familiar...”, *op. cit.*, p. 489; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 16, quien, pese a defender esta postura, apunta que se trata, no obstante, de un derecho *per relationem*, cuyo nacimiento viene determinado por la protección del interés de los hijos, hasta el punto de considerar posible que la atribución se realice en favor de una tercera persona a la que haya sido encomendada la guarda y custodia de los hijos; LEGERÉN MOLINA, A., “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, *op. cit.*, pp. 531-532; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 351; LÓPEZ JARA, M., “La sustitución...”, *op. cit.*; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 56; o CORTADA CORTUJO, N., *op. cit.*, p. 616.

cribirse, no únicamente para evitar la disposición del bien por su titular, sino para reforzar la subsistencia del derecho de uso evitando la aparición del tercero hipotecario.

En un sentido similar, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, por su parte, apunta, como consecuencia del carácter familiar que le atribuye al derecho de uso, la disociación entre el interés protegido por el derecho atribuido —el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia— y la titularidad del mismo, la cual considera que es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el derecho:

*“es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho”*<sup>877</sup>.

Con apoyo en esta última resolución de la Dirección General se pronuncia la STS 859/2009 de 14 de enero de 2010, en cuyo fundamento jurídico tercero considera que la *“titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección”*, sentido en el que se reiteran las SSTS 772/2010 de 22 de noviembre, 178/2011 de 18 de marzo y 861/2009 de 18 de enero de 2010, esta última cuando, al tratar de la naturaleza del derecho de uso, hace hincapié en 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”*.

Nosotros hemos de mostrarnos conformes con la solución planteada desde la jurisprudencia —titularidad únicamente del cónyuge—. Ello no obsta a que, como coinciden la mayor parte de los autores defensores de esta tesis, se trate de un derecho de uso *per relationem*, asignado a un determinado cónyuge por su relación con los hijos, pero ello no tiene por qué llevarnos a considerar a estos últimos también como titulares además de beneficiarios. El interés de los hijos comunes menores entrará en juego en el criterio de atribución que se tiene en cuenta a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar<sup>878</sup>.

---

<sup>877</sup> Argumentación, esta, que se reitera en las RRDGRN de 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009, 19 de julio de 2011, 9 de julio de 2013 o 30 de mayo de 2018.

<sup>878</sup> *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “El titular del derecho de uso atribuido en consideración de los hijos conforme el artículo 96 párrafo I del Código Civil, y el artículo 82 del Código de Familia de Cataluña”, en *Estudios de Derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García (coord. TORRES*

Estas dudas son salvadas, por otra parte, en Cataluña, en tanto que el art. 233-20.2 CCcat., en defecto de acuerdo, atribuye de forma preferente el derecho de uso al “*progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes*”, lo cual parece también confirmarse por el art. 233-25 CCcat. cuando dice “*El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso*” (el subrayado es nuestro). También se considera titular del derecho al cónyuge, y no a los hijos, en el Código Civil francés (art. 285-1.I CCfr.<sup>879</sup>), así como en el italiano (art. 337-*sexies* CCit.<sup>880</sup>). Tanto el primero, que establece la posibilidad de atribuir en alquiler la vivienda familiar a uno de los cónyuges, como el segundo, contemplan a los hijos como el criterio para la atribución, no como los titulares del derecho. Para tal afirmación, la doctrina italiana se basa en que, a la hora de tratar las causas de extinción del derecho, el referido precepto se refiere a que el beneficiario —*assegnatario*— no habite en la vivienda, conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio; circunstancias, pues, referidas al progenitor, no al hijo<sup>881</sup>.

No obstante ser este, como hemos defendido, el criterio admitido por la jurisprudencia, cierta novedad supone la RDGRN de 19 de mayo de 2012, que trae causa de la suspensión de la inscripción de un derecho de uso atribuido en convenio regulador aprobado judicialmente, en el que se atribuía el uso del domicilio familiar y su ajuar a los hijos menores.

Esta resolución, partiendo de la separación entre interés protegido y titularidad que había defendido en resoluciones anteriores, introduce ciertas matizaciones. En este sentido, este Centro Directivo considera en dicha resolución que no hay razón para excluir la posibilidad de que el juez, si estima que es lo más adecuado al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (*cf.* art. 90.II CC), apruebe la

---

GARCÍA, T.), Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004, p. 284; ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 200 y ss.; MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda...*, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

<sup>879</sup> Art. 285-1.I CCfr.: “*Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande*”.

<sup>880</sup> Art. 337-*sexies* CCit.: “*Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643*”.

<sup>881</sup> *Vid.* FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 218.



atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores acordada por los padres. En virtud de lo anterior, la DGRN considera que procede admitir la inscripción del uso de la vivienda familiar tal como han acordado los cónyuges y aprobado el juez. Por ello, se reputa necesario, en virtud de lo dispuesto por el art. 9.4ª LH y 51.9.a RH, hacer constar las circunstancias identificativas de los hijos a cuyo nombre debe inscribirse el derecho de uso de la vivienda familiar<sup>882</sup>. También la RDGRN de 20 de febrero de 2015 se refiere a la inscripción del derecho de uso a nombre tanto del excónyuge como de los hijos porque así se había dispuesto en la sentencia.

Por último, considerándose que el cónyuge es el único titular del uso atribuido, bien podría entenderse que los hijos quedan desprotegidos en aquellos supuestos en los que el referido uso se atribuye al cónyuge propietario de la vivienda. Como vimos al estudiar la inscripción del derecho<sup>883</sup>, en estos casos se entiende que el derecho de uso se extingue por consolidación. Es por ello por lo que podría plantearse, a fin de salvar tal desprotección, considerar —como hacía la corriente referida en el apartado anterior— que la titularidad sea tanto del cónyuge como de los hijos menores en cuyo beneficio se atribuye el uso, en cuyo caso, pese a coincidir cónyuge propietario y beneficiario, podría persistir el derecho de uso e inscribirse a nombre de los hijos<sup>884</sup>.

---

<sup>882</sup> Criterio que se reitera en las RRDGRN de 2 de junio de 2014, 24 de octubre de 2014, 19 de enero de 2016, 20 de octubre de 2016, 11 de enero de 2018, 8 de marzo de 2018 o 30 de mayo de 2018.

Ya defendía MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 386 y ss., en el ámbito del mutuo acuerdo, que si no hay problema para que los hijos puedan ser titulares de derecho en general llegando a adquirirlos mediante representación por negocios jurídicos, no ha de haber problema para que por medio del convenio se le atribuya el uso, que es un derecho y no un negocio jurídico.

<sup>883</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, I.2.4.2.5.

<sup>884</sup> *Vid.* HERRERO OLIVER, E., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, pp. 1384-1385, quien considera que, en estos casos, deberá practicarse una inscripción de uso a favor del cónyuge y de sus hijos menores de edad; la confluencia en una misma persona de la titularidad de pleno dominio y del derecho de uso sobre la vivienda es posible debido a su distinta naturaleza, ya que el derecho de uso no atribuye a su titular una potestad absoluta para disponer del mismo, sino que las facultades que comprende están subordinadas a una finalidad: la atención a las necesidades familiares; MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 72, quien considera que únicamente con la inscripción del derecho también a nombre de los hijos se garantiza el derecho de estos; PUENTE ALFARO, F., *op. cit.*, pp. 120-121.

Atiéndase a lo dispuesto en la RDGRN de 20 de febrero de 2015 que, aun no extendiéndose mucho sobre el particular —se pronuncia sobre la legitimación para solicitar la cancelación de un asiento—, llega a una conclusión similar. Si bien en la sentencia de disolución del matrimonio fue atribuido el uso de la vivienda familiar ganancial a los hijos y a la esposa en cuya compañía quedaban, posteriormente, como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, la propiedad de la vivienda se adjudicó a la exesposa, por lo que el registrador canceló el derecho de uso de dicha vivienda anteriormente inscrito. Sin embargo, a solicitud de la propietaria, el registrador rectificó la anterior inscripción con el fin de incluir de nuevo el derecho de uso y disfrute de la vivienda en favor de aquella y de sus hijos menores. Habiéndose solicitado por el exmarido la cancelación del derecho de uso, el registrador denegó la práctica del asiento solicitado por entender que no se da la “*confusión de derechos*”, pues “*el derecho de uso y disfrute no sólo fue concedido a favor de la actual propietaria de la vivienda sino también y fundamentalmente en favor de los hijos menores del matrimonio*”.

Pese a las posibilidades apuntadas, han de considerarse innecesarias. En primer lugar, téngase en cuenta que la limitación del art. 96.IV CC no será, en cualquier caso, aplicable. Tal párrafo es claro a la hora de contemplar su aplicación cuando el uso se atribuya al cónyuge no titular. En esta tesis se ha defendido su interpretación extensiva, entendiéndolo también aplicable cuando el cónyuge beneficiario no es titular único de la vivienda, pero de ahí a considerarlo aplicable a aquellos supuestos en que el uso se atribuye al cónyuge titular de la vivienda y a los hijos, ha de considerarse excesivo, pues sería llevar su aplicación más allá de lo que el legislador ha contemplado y de lo que la lógica exige.

En segundo lugar, podría defenderse que, si bien esa limitación del art. 96.IV CC no resulta de aplicación, sí podría resultar beneficioso, para los hijos, que persistiera el derecho en lo que respecta a su contenido positivo. De no existir este derecho de uso inscrito, en caso de procederse, por ejemplo, al embargo de la vivienda, el tercero no estaría obligado a soportar ningún tipo de derecho de uso atribuido. De existir, y encontrarse inscrito, cumpliéndose los requisitos que ya hemos visto a la hora de tratar el embargo, llevándose este a cabo, podría verse salvaguardado el interés de los menores, en tanto que el uso de la vivienda permanecería y debería de ser soportado por el tercero adjudicatario de la misma.

Sin embargo, téngase en cuenta que la posible subsistencia del derecho de uso frente a una ejecución forzosa tendrá lugar siempre que la hipoteca o la carga sea posterior a tal atribución, es decir, posterior a la ruptura matrimonial o de la pareja, pues, en el caso de que la carga haya accedido al Registro con anterioridad al derecho de uso, este último no subsiste<sup>885</sup>. Es por ello por lo que tal protección será necesaria cuando el cónyuge propietario de la vivienda es el no beneficiario de su uso, atendiendo a los actos perjudiciales para el uso atribuido que pudiera este llevar a cabo tras la ruptura, anteponiendo cualquier tipo de beneficio propio o perjuicio ajeno incluso al interés de sus propios hijos que, por lo común, además, habrán quedado bajo la custodia del otro cónyuge. En cambio, cuando el cónyuge custodio es, a su vez, propietario de la vivienda, se ha de presumir que el mismo actuará en beneficio de sus hijos. Si opta por disponer de la vivienda o gravarla, será por pura necesidad de cualquier índole o porque entienda que ello no supone un perjuicio o daño para los menores con los que vive en su propia casa; piénsese que, en el mismo sentido, durante la estabilidad matrimonial, tampoco se exi-

---

<sup>885</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, III.3.1.1, sobre ejecución forzosa.

ge, por ejemplo, ningún tipo de autorización judicial para cambiar el domicilio de los menores o para hipotecar la vivienda en la que viven estos —aun a riesgo de perderla—; se presume que las decisiones que se tomen se harán en beneficio del interés común de la familia<sup>886</sup>.

## V. Especial referencia a las parejas de hecho

### 1. Evolución jurisprudencial: de la analogía a la inexistencia de laguna legal en materia de parejas de hecho

En relación con la atribución del uso de la vivienda de la pareja, el problema, como suele ocurrir en los supuestos matrimoniales, se suscita sobre todo cuando la titularidad de dicho inmueble pertenece únicamente a uno de los miembros de la pareja<sup>887</sup>.

Salvo algunas previsiones legales concretas que existen para casos particulares (como las de los arts. 12.4 y 16 LAU), y las soluciones habidas para tal cuestión en la legislación autonómica sobre parejas de hecho, el problema se plantea para cuando no haya tal norma. El art. 96 CC no se refiere a las mismas.

Contrasta esta situación con la existente en otros ordenamientos extranjeros. Así, en Italia, el art. 337-*sexies* CCit. regula la asignación del uso de la casa familiar de modo unitario para las situaciones de separación, divorcio, nulidad del matrimonio y cesación de la convivencia entre progenitores no casados. Así lo contempla también, expresamente, el art. 337-*bis* CCit.<sup>888</sup>, que se refiere a la aplicación de este articulado a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Así, pues, el juez, una vez sobrevinida la crisis de la pa-

---

<sup>886</sup> MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, p. 382, si bien descarta la aplicación del art. 96.IV CC en estos supuestos, considera que, existiendo hijos menores, en el caso de que se disponga el derecho sobre la vivienda familiar por el cónyuge titular y atributivo del uso de la misma y se adquiriera una segunda vivienda en sustitución de la anterior, la nueva vivienda se encontrará sometida al sistema regulador de las crisis matrimoniales, de manera que un posible cambio en la atribución de la vivienda puede tener su repercusión en la atribución de la vivienda familiar, pues el interés de los menores permanece durante toda su minoría de edad. Cuestión diferente es si no existiesen hijos, en cuyo supuesto la determinación de cuál de los intereses merece mayor protección debe referirse al momento de la separación y no después.

<sup>887</sup> *Vid.*, para todo este epígrafe, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011”, en *RADP*, núm. 28, 2012, pp. 585-608, que fue posteriormente actualizado y ampliado en su estudio al Derecho foral por autoría de GARCÍA MAYO, M. en “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, pp. 239-276.

<sup>888</sup> Art. 337-*bis* CCit.: “*In caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo*”.

reja de hecho, podrá atribuir el uso de la casa familiar al progenitor no casado que conviva con los hijos menores o no independientes económicamente. Su fundamento no es otro que el principio de tutela de los hijos contenido en el art. 30 de la Constitución italiana<sup>889</sup>.

Por su parte, en el ordenamiento portugués, se ha de destacar el art. 4 de la Ley 7/2001, de 11 de mayo, sobre protección de uniones de hecho, en virtud del cual “*O disposto nos artigos 1105º e 1793º do Código Civil é aplicável, com as necessárias adaptações, em caso de ruptura da união de facto*”. Es decir, tanto el artículo referido a la constitución de un arrendamiento a favor de quien resulte beneficiario de la vivienda familiar tras la crisis, como el referido al caso de que la vivienda familiar ya se viniese disfrutando en virtud de un arrendamiento, ambos son aplicables, con las necesarias adaptaciones, al caso de la ruptura de la pareja de hecho<sup>890</sup>.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de las parejas de hecho, en general, y la atribución del uso de la vivienda en tales casos, en particular, ha experimentado una importante evolución. Ha pasado de afirmar su semejanza con el matrimonio, y la aplicación analógica de las normas establecidas para este, a negar la referida semejanza y, con ella, la analogía.

Cabe referir la STS 1085/1996 de 16 de diciembre, que se pronuncia, por primera vez, sobre el problema de la atribución del uso de la vivienda en las parejas de hecho. En la referida sentencia, el Tribunal niega la aplicación analógica de los regímenes matrimoniales a las parejas extramatrimoniales “*puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico,*”.

Sin embargo, esa misma sentencia defiende la aplicación por analogía de las normas relativas a la vivienda familiar contempladas para el matrimonio (art. 96 CC), y concede a la expareja y a sus tres hijos (que tenía de un matrimonio anterior), el uso del inmueble que era propiedad exclusiva del otro miembro de la pareja:

---

<sup>889</sup> Art. 30 Constitución italiana: “*È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.*

*Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.*

*La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.*

*La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità”.*

<sup>890</sup> Respecto a las cuestiones que se debatieron en la doctrina, antes de esta ley, sobre la aplicabilidad de la norma a las parejas de hecho, *vid.* SALTER CID, N., *A proteção da casa...*, *op. cit.*, pp. 360 y ss. y PAS-SINHAS, S., *op. cit.*, p. 404.

*“las normas que sobre el uso de la vivienda familiar, contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso”*

Por su parte, la STS 212/1998 de 10 de marzo, alude a la falta de analogía entre las uniones libres y las matrimoniales. No obstante, considera que existe una laguna legal, razón por la cual, en virtud del art. 1.1 y 4 CC, acude al que denomina como principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho<sup>891</sup>, que extrae, por analogía *iuris*, de los principios constitucionales de dignidad (art. 10 CE), de igualdad (art. 14 CE), y de protección de la familia (art. 39 CE) y, descendiendo, de los arts. 96 CC y 16.1.b) LAU: *“principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda”*.

No obstante, hace tiempo ya que la práctica unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, venía negando analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho<sup>892</sup>.

Actualmente, para el Tribunal Constitucional, la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE), y, en particular, del derecho —o la libertad— a no casarse, como integrante del *ius connubi* en sentido pleno (art. 32.1 CE a *sensu contrario*), derecho que se vería conculcado con la equiparación entre matrimonio y unión libre<sup>893</sup>.

---

<sup>891</sup> *Vid.*, reiterando este principio, la STS 701/2004 de 7 de julio.

<sup>892</sup> *Vid.* SSTC 184/1990 de 15 de noviembre de 1990, las varias de 14 de febrero de 1991 (29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991), 222/1992 de 11 de diciembre, 6/1993 de 18 de enero, 47/1993 de 8 de febrero, y 47/2001 de 15 de febrero. Asimismo, SSTS de 18 de mayo y de 21 de octubre de 1992, 116/1993 de 18 de febrero, 764/1993 de 22 de julio, 536/1994 de 27 de mayo, 894/1994 de 11 de octubre, 948/1994 de 20 de octubre, 1075/1994 de 24 de noviembre, 1181/1994 de 30 de diciembre, 272/1997 de 4 de abril, o la 550/1998 de 4 de junio.

<sup>893</sup> En palabras de LACRUZ BERDEJO, J. L., “Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1063: “se institucionalizaría lo que, en sí, no constituye una institución”. En este sentido, dice JORDANO BAREA, J. B., “Matrimonio y unión libre”, en AC, núm. 1, 1999, p. 190: “hay que respetar esa quasi-ajenidad al Derecho que algunos legítimamente desean”. O, como mantiene ANGUITA RÍOS, R. M., “El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja”, en *Derecho y familia en el siglo XXI: el Derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI. El Ejido, 19-22 de febrero de 2008, II Congreso mundial de Derecho de familia y menores* (coord. HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ, M. A.), vol. I,

Esta familia extramatrimonial es alegal, no ilegal, y es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, *inter partes* en la convivencia, así como por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular<sup>894</sup>. Nuestro Derecho, pues, puede “familiarizar” las uniones de hecho como vía alternativa al matrimonio<sup>895</sup>; con lo que no está de acuerdo el Tribunal Constitucional es con la equiparación de tales uniones al matrimonio, pues no son uniones idénticas, ni tan siquiera equivalentes. Ya la STC 74/1997 de 21 de abril, había establecido:

*“esta igualdad entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales (STC 184/1990) y que, por consiguiente, toda distinción entre unas y otras no puede decirse sea incompatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14”*<sup>896</sup>.

Prueba de ello es que el Tribunal Constitucional, por ejemplo, resolviese que el antiguo art. 174 de la Ley General de Seguridad Social, que reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad exclusivamente al cónyuge —no al conviviente—, no era contrario al principio constitucional de igualdad del art. 14 CE<sup>897</sup>.

Es cierto que, a veces, la ruptura de una pareja de hecho puede generar un desequilibrio económico para uno de los convivientes, pero para dar solución a este caso se puede acudir, como así ha sido contemplado por la propia jurisprudencia<sup>898</sup>, al principio de enriquecimiento injusto que se extrae del art. 1901 CC<sup>899</sup>.

Este rechazo a la analogía entre pareja de hecho y matrimonio se ve aún más reforzado a partir del año 2005. Hasta entonces, la existencia de uniones no matrimoniales se podía justificar, bien por resultar más complicada la ruptura matrimonial, bien porque no estaba permitido el matrimonio homosexual. Una vez que, en el referido año, a tra-

---

Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 90: “constituiría un engaño a la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial”.

<sup>894</sup> Vid., entre otras: SSTS 5/2003 de 17 de enero y 39/2004 de 5 de febrero; SSTC 47/1993 de 8 de febrero y 116/1999 de 17 de junio.

<sup>895</sup> Vid. STS 320/2011 de 12 de mayo.

<sup>896</sup> Vid., entre otras, con relación a esa negativa a equiparar matrimonio y pareja de hecho: SSTS 611/2005 de 12 de septiembre o 1048/2006 de 19 de octubre; SSTC 184/1990 de 15 de noviembre, 222/1992 de 11 de diciembre, 66/1994 de 28 de febrero o 93/2013 de 23 de abril.

<sup>897</sup> Vid. SSTC 92/2014 de 10 de junio y 93/2014 de 12 de junio.

<sup>898</sup> Vid. SSTS 5/2003 de 17 de enero, 584/2003 de 17 junio, 39/2004 de 5 de febrero, 611/2005 de 12 septiembre o 387/2008 de 8 de mayo.

<sup>899</sup> Vid.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las parejas de hecho”, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1993, p. 1835; GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999, pp. 199-356.

vés de las correspondientes leyes, se facilita la disolución del matrimonio y se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es evidente que el que no contrae matrimonio es, sencillamente, porque no quiere someterse a su régimen jurídico. En este mismo sentido se pronuncia la STS 611/2005 de 12 septiembre y, más recientemente, la STS 17/2018 de 15 de enero, también dictada en Pleno, que viene a refrendar la de 2005 que la jurisprudencia menor en todo este tiempo a veces ha desatendido<sup>900</sup>.

De ahí que ni tan siquiera podamos decir que exista una laguna legal ni, por ello, la necesidad de una ley de parejas de hecho. Lo contrario sería incongruente con aquellos que, pudiendo casarse, no lo han hecho; de lo contrario, estaríamos ante un matrimonio a la carta o *ad gustum*<sup>901</sup>.

La posición mantenida por el TS en materia de vivienda de la pareja de hecho en las —ya expuestas— SSTS de 1996 y 1998, cambia con la STS 240/2008 de 27 de marzo: de aquella aplicación analógica del art. 96 CC, se pasa a negar la misma. La citada resolución trae causa de un caso en que, finalizada la unión extramatrimonial por la muerte de uno de ellos (el que era titular de la vivienda), sus causahabientes instan el desahucio del superviviente por permanecer en aquélla —según ellos— en precario. El demandado se opone apoyándose en las anteriormente referidas SSTS de 1996 y 1998, a lo que responde el Tribunal Supremo:

*“si bien es cierto que la Constitución, en su art. 47 protege el derecho a la vivienda y que este es uno de los argumentos utilizados en la STC 222/1992 para declarar inconstitucional la anterior legislación sobre arrendamientos urbanos que no preveía la subrogación del conviviente supérstite en el título de arrendatario, la situación del recurrente tampoco*

---

<sup>900</sup> En este sentido se han pronunciado otras como las SSTS 160/2006 de 22 de febrero, 1048/2006 19 de octubre, 240/2008 de 27 de marzo, 690/2011 de 6 de octubre o el ATS de 10 de septiembre de 2013.

<sup>901</sup> Como dice GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, en *RDP*, núm. 2, 2003, p. 163: “Es demasiado, creo, pues por una parte rechazan con todas sus fuerzas que el Derecho entre en sus vidas y lo estiman como una invasión ilegítima y no constitucional que limita su libertad individual y los diferencia. Pero por otra parte exigen al Gobierno que su unión...tenga relevancia jurídica y piden la protección del Estado y de sus leyes; piden eso mismo que rechazan”.

Según VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, pp. 3416-3417, las personas que, haciendo uso de su libertad, deciden no contraer matrimonio, no pueden esperar beneficiarse de todas las consecuencias jurídicas que la ley establece para aquellas personas que sí han optado por contraerlo, existiendo, pues, una razón objetiva que justifica un trato desigual. Y partiendo de esta afirmación, defienden que “la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas estatales (señaladamente, el artículo 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994) (...) y autonómicas (...) es una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art. 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación (dejando siempre a salvo el principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación), por lo que no nos parece pertinente justificarla en el artículo 14 CE”.

*puede equipararse, porque simplemente carece de título y se encontraba en la vivienda como precarista, por lo que, fallecida la propietaria, no tiene ninguna legitimación para oponerse a la demanda interpuesta por los herederos nuevos propietarios”.*

Esta doctrina se consolida con la STS 690/2011 de 6 de octubre, que, conforme a la plenaria STS 611/2005 de 12 de septiembre, niega que el art. 96 CC resulte aplicable como pretensión del exmiembro de la pareja, no titular del inmueble, para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiéndose, entonces, que la permanencia en aquel inmueble tras dicha ruptura sólo podrá entenderse como tenencia en precario. En un sentido similar se pronuncia la STS 130/2014 de 6 de marzo, en un supuesto de copropiedad entre la demandada y el difunto padre del demandante, que constituían una unión de hecho.

## **2. La (in)aplicación por analogía del art. 96 CC**

Para dilucidar quién se quedará con el uso de la vivienda una vez acaecida la separación de la pareja, habrán de distinguirse dos hipótesis diferentes, dependiendo, fundamentalmente, de si la pareja, al tiempo de la ruptura, tenía hijos comunes que fueran menores de edad no emancipados<sup>902</sup>.

### **2.1 La atribución de la vivienda familiar en caso de crisis de pareja de hecho sin descendencia común menor de edad: inaplicación del art. 96.III CC**

La mera convivencia *more uxorio* no es título jurídico legítimo que obligue a una u otra solución en lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja tras su ruptura. La referida atribución dependerá, ante todo, de que haya, o no, al respecto, un acuerdo, previo o realizado con ocasión de la ruptura, expreso o tácito.

En el supuesto de que el inmueble donde habitaba la pareja fuese cotitularidad de ambos, acaecida la ruptura, ambos tendrían —en proporción a sus cuotas— derecho al goce de la finca común, que podrían repartirse del modo en que cabe hacerlo tratándose

---

<sup>902</sup> Vid.: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda...”, *op. cit.*, pp. 606 y ss.; PÉREZ UREÑA, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las uniones de hecho desde la praxis judicial. El art. 96 CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC”, en *Revista de Derecho de familia*, núm. 18, 2003, p. 56.



de cualquier comunidad<sup>903</sup>. De no haber acuerdo, el juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda sobre cómo gestionar el bien común (*ex art.* 398.III CC). También la ley establece, a cualquier copropietario, opciones para poner fin a la comunidad de bienes, como pueden ser la venta por cada uno de su cuota, con el posible ejercicio de retracto por el otro (*art.* 1522 CC), o la acción de división (*art.* 400 y *ss.* CC). Si sobre la vivienda se comparte un derecho de naturaleza personal (*v. gr.* alquiler), también habrá que atender a lo pactado y, en su defecto, al régimen común correspondiente.

Más problemático resulta el caso en que la titularidad del inmueble, que constituye el hogar de la pareja, corresponde exclusivamente a uno sólo de los convivientes. En tal hipótesis, todo dependerá, una vez más, de que los exconvivientes lleguen a un acuerdo, o que ya lo hubiesen pactado con anterioridad. El juez, en un posible pleito, no puede imponerle una determinada solución al amparo del *art.* 96.III CC. En este sentido parece pronunciarse la STS 690/2011 de 6 de octubre:

*“Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicará la correspondiente solución que se haya acordado. (...) es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio”<sup>904</sup>.*

Si el conviviente no titular del inmueble queda perjudicado tras la ruptura, le podrán quedar otras soluciones (como una indemnización por daños *ex art.* 1902 CC, o, en su caso, por enriquecimiento injusto, *ex art.* 1901 CC, por haber sufragado, a medias o por entero, los gastos de comunidad, IBI,...)<sup>905</sup>.

---

<sup>903</sup> De ahí que no se comprenda lo establecido en la STS 212/1998 de 10 de marzo, que atribuye el uso de la vivienda con fundamento en un principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho, cuando en el uso de la vivienda —adquirida proindiviso— continúa uno de los miembros de la pareja por pacto de los convivientes; en este caso, se trataría simplemente de respetar lo acordado en aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

<sup>904</sup> Ya la STS 1040/2008 de 30 de octubre había descartado la aplicación analógica de los *arts.* 96 y 97 CC a las parejas de hecho.

<sup>905</sup> Cabe aquí hacer referencia a la ya citada STS 1085/1996 de 16 de diciembre, la cual aplicó por analogía el *art.* 96 CC y concedió a la expareja y a sus tres hijos (que tenía de un matrimonio anterior), el uso como vivienda propiedad exclusiva del otro miembro de la pareja. De lo que se trataba, al fin y al cabo, era de indemnizar, o reintegrar, todo el sacrificio económico hecho por ella para fundar aquella convivencia extramarital. De ahí que la solución fuese justa, pero estaba mal fundamentada jurídicamente.

## 2.2 La atribución de la vivienda familiar en caso de crisis en pareja de hecho con descendencia común menor de edad: posible aplicación directa (no por analogía) del art. 96.I CC

La llamada jurisprudencia menor —de las Audiencias Provinciales—, venía hace tiempo coincidiendo en que, para el caso de que la pareja no casada separada tenga hijos comunes menores de edad, se aplique, por analógica, el art. 96.I CC<sup>906</sup>, de tal modo que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar se atribuya a tales hijos e, indirectamente, al conviviente a quien se le confiera su guarda y custodia, sea o no titular del inmueble que fue vivienda familiar.

Esta línea mayoritaria seguida por las Audiencias Provinciales llegó a consolidarse en la STS 221/2011 de 1 de abril, que concede el uso de la vivienda familiar al hijo común y, por extensión, también a la madre por ostentar ella su guarda y custodia, con fundamento en la protección del interés del menor<sup>907</sup>, que, por exigencias constitucionales (*ex arts.* 14 y 39 CE), ha de ser la misma con independencia de que sus padres estén o no casados<sup>908</sup>. La referida sentencia se pronuncia en los siguientes términos:

*“el recurso se plantea en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, pero lo que se discute (...) se refiere a la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos. Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser resuelta fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño. (...) 1º El primer problema previo a resolver consiste en la respuesta a la pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC, ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios. Es*

---

<sup>906</sup> De ahí que pueda resultar criticable —aunque la solución sea justa, como ya hemos visto— la STS 1085/1996 de 16 de diciembre, que aplicó por analogía el art. 96 CC, aun no siendo los hijos comunes.

<sup>907</sup> Ya en 1986, ARECHEDERRA ARANZADI, L., “Las parejas no casadas y la construcción de la noción de vivienda familiar en estos supuestos”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRIK BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 363, aludiendo a las parejas no casadas con hijos, mantuvo que, en estos casos, concurren, matizando los intereses patrimoniales, “referencias de tipo familiar insoslayable”; concretamente, apuntaba que, en estos supuestos, el uso de la vivienda familiar no es una cuestión entre los progenitores, sino que viene marcada por el interés de los hijos. Más recientemente, UREÑA CARAZO, B., “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, en *Diario La Ley*, núm. 8614, 2015, [LA LEY 5532/2015], apunta que las consecuencias jurídicas derivadas de la ruptura de la pareja de hecho son, en la mayoría de los casos, las mismas que en el matrimonio, en tanto que los hijos plantean las mismas necesidades, con independencia de la relación matrimonial o no de sus progenitores.

<sup>908</sup> *Vid.* la STS 728/2002 de 11 de julio, que declara válido el otorgamiento de la vivienda familiar a la hija menor de edad, mientras conviva con la madre y carezca de recursos propios, al tratarse de una manifestación del principio *bonum filii* que debe regir tanto a favor de los hijos matrimoniales como extramatrimoniales.

*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 (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC. (...) 2º... En realidad, 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 arts. 14 y 39 CE”.*

*“El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC)”.*

Y concluye formulando la siguiente doctrina: *“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 art. 96 CC”.*

Este criterio se consolida con el pronunciamiento de la STS 236/2011 de 14 de abril, referido a un caso de crisis matrimonial (no ya de parejas de hecho). De ese fundamento —interés del menor— se desprende que a las parejas de hecho les sea de aplicación el primer párrafo del art. 96, pero no el tercero.

Ahora bien, compartimos la opinión de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, quien, si bien se muestra conforme con el resultado al que llega esta jurisprudencia, muestra su disconformidad con el medio utilizado para llegar al mismo: la aplicación analógica. Considera que, si hoy se impone la igualdad de trato y la no discriminación por razón de filiación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se trataría más bien de una aplicación directa de dicha norma<sup>909</sup>, habida cuenta de que entre aquellas dos clases de filiación no hay semejanza o analogía, sino plena equiparación e identidad en su régimen (*cfr.*, entre otros, los arts. 14 y 39 CE y 108 CC). De esta forma —defiende—, el art. 96.IV CC —en su prohibición de disponer— sí se aplica al caso de parejas de hecho con hijos comunes. De lo contrario, al tratarse de una norma excepcional —por limitar la libertad de propiedad— no cabría su aplicación por analogía *ex art. 4.2 CC*.

---

<sup>909</sup> *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Atribución de la vivienda...”, *op. cit.*, pp. 606 y ss.

La jurisprudencia sentada en las referidas SSTS 221/2011 de 1 de abril y 236/2011 de 14 de abril, se ha ido reiterando por otras sentencias posteriores, entre las que cabe destacar, tan solo un año después, la STS 340/2012 de 31 de mayo. Se refiere esta última a los requisitos necesarios para la aplicación del art. 96 CC a la ruptura de parejas de hecho. Se discutía sobre la atribución de un inmueble que los convivientes no habían reconocido como domicilio familiar, a lo que el Tribunal Supremo dice: *“La aplicación del art. 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición”*; en estos mismos términos se pronuncia la más reciente STS 65/2018 de 6 de febrero.

También de la aplicación del art. 96.I CC a las uniones de hecho se ocupa la STS 5/2015 de 16 de enero que, en relación con una modificación de medidas, recuerda, como principio:

*“Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso”*.

Nótese, además, que para resolver lo que en este procedimiento se discutía, se acudió a las SSTS 451/2011 de 21 de junio, 642/2011 de 30 de septiembre, 23 de diciembre de 1998, 284/2012 de 9 de mayo, 304/2012 de 21 de mayo y 671/2012 de 5 de noviembre, y 320/2014 de 16 de junio, referidas, prácticamente la totalidad de ellas, a sede matrimonial. Es, por tanto, evidente, la equiparación que se hace, a efectos del art. 96.I CC, entre las parejas de hecho y las matrimoniales.

Tras aquella sentencia de 1 de abril de 2011 que consolidaba la aplicación analógica del art. 96 CC, se han dictado otras sentencias en las que, siendo parte los miembros de una unión de hecho con descendencia común, ya parece haberse superado aquella dicotomía sobre la aplicabilidad o no del art. 96 CC. Es una cuestión que ya no se discute, hasta el punto de que muchas de las resoluciones posteriores a la referida versan sobre otros aspectos problemáticos de la atribución de la vivienda familiar, que son tratados

con los mismos criterios y en el mismo sentido que en los supuestos matrimoniales, e incluso apoyándose en sentencias que traen causa, mayoritariamente, de divorcios<sup>910</sup>.

### 2.3 El tratamiento de la pareja de hecho en la vivienda arrendada

Cabe referirnos al supuesto en que la vivienda familiar estuviese arrendada a un tercero —supuesto ya tratado en esta obra— y que únicamente fuese arrendatario uno de los convivientes<sup>911</sup>.

No cabe discusión sobre la continuidad en el arrendamiento cuando el conviviente contratante fallece (art. 16.1.b LAU) o bien decide no renovar el contrato, desistir de él, o abandonar la vivienda sin manifestación expresa del desistimiento o no renovación (art. 12.4 LAU). En uno y otro precepto se contempla expresamente la aplicación de los mismos a “*la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge*”. Es decir, aun no siendo parte del contrato de arrendamiento, este se mantiene a favor del otro conviviente no titular, que continuará en la posición arrendataria. Se requiere para ello la convivencia durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, abandono o desistimiento, salvo que hubieran tenido descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

En cambio, surge el debate respecto a qué sucede en los casos de ruptura de la pareja de hecho. El art. 15 LAU, referente a los supuestos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, a diferencia de los preceptos antes referidos, no realiza referencia alguna a los convivientes de hecho. ¿Cabe, pues, su aplicación a las parejas de hecho?

Una parte de la doctrina defiende que, si consideramos que las normas que contiene el Código Civil sobre el uso en relación con el matrimonio y su crisis, se proyectan, más allá de su estricto ámbito, a situaciones como la convivencia prolongada, la respuesta habría de ser afirmativa<sup>912</sup>. Consideran, pues, que la omisión, por parte del legislador, de alusión alguna a las parejas de hecho en el art. 15 LAU, ha sido involuntaria. Carecería de sentido —dicen— que tales relaciones queden excluidas para adquirir la condi-

---

<sup>910</sup> Vid., entre otras, las SSTS 69/2014 de 13 de febrero, 660/2014 de 28 de noviembre, 461/2015 de 22 de julio, 117/2017 de 22 de febrero o 277/2016 de 25 de abril.

<sup>911</sup> Vid. LEGERÉN-MOLINA, A., “El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 818 y ss.

<sup>912</sup> Vid. ANGUITA RÍOS, R. M., *op. cit.*, p. 96.

ción de arrendatario en los supuestos de crisis de la pareja, y que, en cambio, las parejas de facto sí puedan acceder a los privilegios de la subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario. De ahí que defiendan su interpretación analógica, especialmente en los supuestos en los que existen hijos comunes<sup>913</sup>, pues una interpretación distinta podría incurrir en inconstitucionalidad por omisión similar a la decretada por la STC 222/1992, de 11 de diciembre<sup>914</sup>.

Otros autores, en cambio, niegan tal analogía. Se basan, para ello, por un lado, en el tenor literal del precepto; y, por otro lado, en que no puede considerarse como una omisión involuntaria cuando en aquellos preceptos en los que el legislador ha querido equiparar la pareja de hecho al matrimonio, así lo ha hecho (arts. 12 y 16 LAU), máxime cuando ni tan siquiera ha aprovechado la modificación operada por la Ley 4/2013 para realizar alusión alguna a las parejas *more uxorio* en el art. 15 LAU<sup>915</sup>.

A efectos de dar solución a tal cuestión, se ha de partir de que la reiterada omisión no responde a un trato discriminatorio ni a una laguna, sino a los propios límites del legislador arrendaticio. A diferencia de los arts. 12 y 16 LAU, que crean derechos nuevos propios del régimen arrendaticio, lo dispuesto en el art. 15 LAU trae causa, y da forma, a una atribución de derechos operada en el Código Civil. Por ello, tratándose de una vivienda arrendada, cuyo uso sea atribuido al conviviente no arrendatario, el tratamiento será el mismo que hemos defendido más arriba respecto al art. 96 CC, del que trae causa el art. 15 LAU: será aplicable por analogía —o, más bien, de forma directa, como hemos defendido—, en el caso de que exista descendencia común.

---

<sup>913</sup> CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 205-206, apuesta por la aplicación analógica a las parejas de hecho cuando exista una resolución judicial que fije las consecuencias económicas y personales de su separación; SANTOS MARTÍNEZ, A. M., *op. cit.*, considera que nada impide la aplicación del art. 15 LAU con independencia de que haya matrimonio o relación de convivencia, pues “el elemento tuitivo que contiene dicho precepto no es el derecho al matrimonio sino garantizar el derecho a usar la vivienda arrendada pese a la crisis matrimonial o de convivencia”; LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 198, considera que no es posible la adjudicación de la vivienda a un miembro de la pareja, salvo que haya hijos en dicha unión.

<sup>914</sup> COLAS ESCANDÓN, A. M., *op. cit.*, defiende también la atribución de la vivienda familiar al conviviente no arrendatario en el supuesto en que existan hijos fruto de esa relación extramatrimonial. No obstante, descarta, como base para una aplicación analógica, la doctrina contenida en la STC que declaró inconstitucional el art. 58 LAU 1964 por no incluir a las parejas de hecho en la posibilidad de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento. Señala que, si bien el legislador de la nueva LAU tuvo en cuenta aquellos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, de acuerdo con ello, modificó la materia de la subrogación *mortis causa*, decidió, en cambio, no incluir las uniones en el art. 15 LAU.

<sup>915</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ HIERRO, J., *op. cit.*, p. 115; OSSORIO SERRANO, J., *op. cit.*, p. 428; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al artículo 15”, *op. cit.*, p. 357.

### 3. El tratamiento de la cuestión en el Derecho territorial

Como es sabido, la legislación sobre parejas de hecho puede llegar a resultar caótica, en tanto que existe normativa común y autonómica, y dentro de ésta podemos encontrar regulaciones de lo más variopintas, dependiendo, básicamente, de si se trata de una Comunidad con Derecho civil propio o sin él. Existen tanto leyes autonómicas que contienen una regulación completa de las uniones de hecho —incluyendo, o no, referencia a la atribución del uso de la vivienda familiar—, como otras que se limitan, prácticamente, a la constancia administrativa de las mismas en un Registro. No podríamos, pues, concluir este epígrafe sin hacer, al menos, una breve alusión a las mismas.

En lo que respecta, concretamente, a la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura, cobra una importancia especial la regulación de la materia en Cataluña y Aragón, Comunidades Autónomas ambas donde más ampliamente se regulan las parejas de hecho. En ambas Comunidades, tanto a nivel de parejas de hecho como en sede matrimonial, la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar resulta más detallada y precisa incluso que a nivel estatal, algo, por otro lado, no demasiado meritorio, a la vista de que tampoco se antojaba demasiado complicado superar a la norma estatal en esta cuestión.

#### 3.1 En Cataluña

En el caso de Cataluña, sus arts. 234-4 a 234-14 CCcat. se ocupan de la extinción de la pareja estable, así como de sus efectos. De la atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de extinción de una pareja estable se ocupa especialmente el art. 234-8 CCcat.. En su apartado primero se establece la posibilidad de que sea la pareja la que acuerde la atribución a uno de ellos del uso de la vivienda familiar, para satisfacer en la parte que sea pertinente los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la eventual prestación alimentaria de este<sup>916</sup>. Este acuerdo habrá de ser conforme al interés del menor. Se otorga, pues, prioridad al pacto entre las partes, tal y como se contempla, a nivel estatal, en el propio art. 90 CC.

El punto segundo del art. 234-8 CCcat., por su parte, se ocupa de los supuestos, habituales, en que no exista acuerdo —o el mismo no sea aprobado—. En estos casos, y

---

<sup>916</sup> Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Las parejas estables”, en *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales* (coord. PÉREZ DAUDÍ, V.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 126 ss.

siempre que existan hijos comunes<sup>917</sup>, el precepto establece la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que atribuya el uso de la vivienda familiar en virtud de una serie de criterios que dependen, fundamentalmente, del régimen de custodia establecido para los hijos<sup>918</sup>. Es aquí donde hemos de poner el énfasis: el Código Civil Catalán, ante la ruptura de una pareja de hecho, contempla la posibilidad de que se atribuya judicialmente el uso de la que ha sido vivienda familiar, pero únicamente en aquellos supuestos en los que existan hijos comunes, dato, este último, germen de la idea que queremos transmitir en este epígrafe.

Los criterios que guían esta atribución judicial, en cuyo estudio no nos es posible detenernos, son, en gran medida, coincidentes con los que se establecen en el Código Civil Catalán para las parejas casadas (arts. 233-20 y ss. CCcat.), a excepción de que en estos últimos supuestos también es posible la atribución judicial del uso de la vivienda familiar aun no existiendo hijos o siendo estos mayores de edad. Pero no solo es que los criterios sean, en gran medida, coincidentes, sino que en lo concerniente a exclusión y límites de la atribución, publicidad, obligaciones, extinción y disposición de la vivienda cuyo uso ha sido atribuido, etc., el artículo 234-8 CCcat. remite a la regulación establecida en sede matrimonial (art. 233.20-6 y 7 CCcat. y arts. 233-21 a 233-25 CCcat.).

Por tanto, la única diferencia destacable entre pareja de hecho y matrimonio, en lo que a este epígrafe incumbe, es que en la primera solo cabe la atribución judicial si existen hijos comunes.

### 3.2 En Aragón

El Derecho civil aragonés dispone también, en el Código de Derecho Foral, de su propio régimen jurídico en materia de atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de ruptura de parejas de hecho<sup>919</sup>.

---

<sup>917</sup> La necesidad de que existan hijos comunes para la aplicación del punto segundo del art. 234-8 CCcat es puesta de manifiesto, entre otras, en las SSAP de Barcelona 375/2013 de 17 de mayo y 293/2015 de 7 de mayo. Esta última, dice: “*Se establece una regulación próxima a la prevista respecto del matrimonio, si bien con una diferencia esencial, es decir, que el legislador en los supuestos de falta de acuerdo o cuando el acuerdo no es aprobado judicialmente, sólo ha previsto la atribución judicial del uso de la vivienda cuando concurren hijos menores de edad sujetos a la guarda de alguno de los progenitores*”.

<sup>918</sup> Art. 234.8.2 CCcat: “*Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, en el caso de que los convivientes tengan hijos comunes, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando las siguientes reglas: a) Preferentemente, al miembro de la pareja a quien corresponda la guarda de los hijos mientras dure esta. b) Si la guarda de los hijos es compartida o distribuida entre ambos miembros de la pareja, al que tenga más necesidad*”.

<sup>919</sup> Entre las leyes que dieron lugar a este Código, y a lo que nosotros nos interesa, se encontraba la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.



Dentro del CDFA, hemos de atender a la Sección Tercera del Capítulo II del Título II, denominada como “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”, de lo cual extraemos que para su aplicación han de existir, fundamentalmente, dos premisas. La primera, la existencia de una situación de convivencia que no ha de ser matrimonial, ni tan siquiera institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada. La segunda, la existencia de hijos comunes a cargo. Es notable, pues, la diferencia, en primer lugar, respecto a lo establecido en el Derecho estatal, en donde el art. 96 CC únicamente se refiere a los supuestos de crisis matrimonial; y, en segundo lugar, respecto a lo establecido en el CCcat. pues, si bien es cierto que en ambos textos tienen cabida las parejas de hecho, en el CCcat existe un artículo específico para la atribución del uso de la vivienda familiar en tales supuestos.

Ha de llamarse la atención de cómo el CDFA, en fase de normalidad —ausencia de crisis en la pareja—, protege la vivienda familiar exclusivamente respecto a los matrimonios (art. 190 CDFA). Es decir, que, a efectos de protección de la vivienda familiar, únicamente se equipara el matrimonio a la pareja de hecho —según lo dispuesto en el art. 81 CDFA—, en los supuestos de ruptura de la convivencia con hijos comunes a cargo. Y el motivo de esta equiparación no es otro que el mismo que justifica la aplicación del art. 96.I CC a las parejas de hecho: la igualdad que, constitucionalmente, se ha establecido entre los hijos con independencia de su filiación y, en definitiva, el interés superior del menor.

### **3.3 En el País Vasco**

En el País Vasco, el régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho se encuentra regulado en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. No obstante, hemos de acudir a la LVRF, cuyo objeto es regular las consecuencias derivadas, entre otros, de la extinción de las parejas de hecho.

Es en el art. 12 LVRF donde se contempla la atribución judicial del uso de la vivienda y del ajuar doméstico, siempre que no exista acuerdo o el mismo no sea aprobado por el juez. Al igual que ocurría en el CDFA, este mismo artículo es aplicable tanto a supuestos de nulidad, separación o divorcio, como de extinción de parejas de hecho, sin distinción alguna, pero únicamente se refiere a aquellos supuestos en que existen hijos comunes bajo guarda y custodia.

### 3.4 En Valencia, y su régimen anulado por inconstitucionalidad

Similar estructura normativa a la del País Vasco es la que existe, o más bien existía, en la Comunidad Valenciana. El art. 4.2.c LVaRF (ley declarada inconstitucional, como ya se ha advertido) incluía el destino de la vivienda familiar como uno de los extremos sobre los que había de tratar el pacto que podían alcanzar los progenitores cuando estos no convivían o cuando su convivencia hubiera cesado; el art. 6 LVaRF, por su parte, se ocupaba de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar a falta del referido pacto entre los progenitores.

### 3.5 Y en otras Comunidades Autónomas

Si bien es cierto que la mayoría del resto de Comunidades Autónomas, no citadas anteriormente, también cuenta con ley que regula las parejas de hecho<sup>920</sup>, no se pronuncian sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura. En este sentido, se llegó a plantear, por ejemplo, en la STSJ de Navarra 19/2006 de 8 de noviembre, si el hecho de que la Ley Foral no se pronunciase sobre el uso de la vivienda familiar tras el cese de la vida en común de la pareja podía considerarse o no una laguna legal. Había quien consideraba que la ausencia, dentro de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de una norma atributiva del uso de la vivienda familiar en los casos de ruptura de la pareja con o sin descendencia, no era consecuencia de una simple omisión del legislador navarro, sino que más bien era el resultado de una consciente, voluntaria y

---

<sup>920</sup> Es el caso de Andalucía (Ley 5/2002 de 16 de diciembre, de parejas de hecho), Asturias (Ley del Principado de Asturias 4/2002 de 23 de mayo, de parejas estables), Islas Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), Cantabria (Ley 1/2005 de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria), Canarias (Ley 5/2003 de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias), Extremadura (Ley 5/2003 de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura), Madrid (Ley 11/2001 de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; declarada parcialmente inconstitucional por la STC 81/2013 de 11 de abril), Navarra (Ley Foral 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 93/2013 de 23 de abril) o Murcia (Ley 7/2018, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

Otras CCAA no cuentan con ley a tales efectos, sino únicamente con texto normativo regulador del Registro de Parejas de Hecho. Es el caso de Galicia (DA 3ª de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia y Decreto 248/2007 del 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia), Castilla y León (Decreto 117/2002 de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento; Orden FAM/1597/2008 de 22 de agosto, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León), Castilla La Mancha (Decreto 124/2000 de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha; Orden de 26/11/2012 de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, de desarrollo del Decreto 124/2000 de 11 de julio; y Decreto 43/2018, de 19 de junio, por el que se modifica el Decreto 124/2000, de 11 de julio) y La Rioja (Decreto 30/2010 de 14 de mayo, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja).

deliberada exclusión para esta clase de uniones de una normativa similar a la del artículo 96 del Código Civil<sup>921</sup>. En virtud de ello, no habría de considerarse la existencia de laguna legal alguna que justificase la aplicación o extensión de las medidas que contiene. Sin embargo, la referida STSJ de Navarra consideró, por una parte, que la aplicación de la medida prevista en el párrafo primero del artículo 96 CC a las parejas estables con hijos comunes no aparece excluida por ninguna disposición de la Ley Foral 6/2000 y, por otra parte, que dicha aplicación no viene determinada por una insuficiencia normativa de la citada ley, sino porque, al ser el art. 96 CC aplicable a los matrimonios navarros con hijos, su inaplicación en supuestos de ruptura de la pareja estable con descendencia originaría una discriminación por razón de nacimiento o del carácter de su filiación, contraria a los arts. 14 y 39 CE:

*“En suma, la laguna que la extensión analógica de aquella norma civil general viene a integrar no es la de la Ley Foral 6/2000, pese a que pudo ser también cubierta por ella mediante una previsión paralela, sino la del Código Civil que, en la reforma de la Ley 30/1981, limitó la medida en cuestión a las crisis de los matrimonios con hijos, sin contemplar las de las uniones estables con descendencia, en la tutela de los intereses de la prole habida en unos y otras”.*

Esta es, pues, la realidad existente en el Derecho territorial, donde existe un común denominador: siempre que se contempla la posible atribución del uso de la vivienda familiar en las parejas de hecho es porque ésta tenga descendencia común a cargo.

En este sentido, puede intuirse que la idea del legislador nacional cuando se modifique el art. 96 CC seguirá, tal vez, la senda marcada primero por el Tribunal Supremo, y plasmada después por las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes<sup>922</sup>.

---

<sup>921</sup> Apunta PINTO ANDRADE, C., “La atribución judicial...”, *op. cit.*, que esta postura estricta podría llevar a vulnerar los principios constitucionales de no discriminación por razón de nacimiento, así como de protección integral de la familia.

<sup>922</sup> Baste una mera referencia, antes de concluir este epígrafe, a la proyectada reforma del CC por el que fue el ALCP. En lo que a nosotros nos interesa, hemos de hacer referencia especialmente a dos artículos, cuya modificación se planteaba en el ALCP, y que hacían palpable una consideración de las parejas no casadas que hasta ahora no ha existido. El primero, el art. 159 CC, del siguiente tenor según la proyectada reforma: “*Cuando se produzca la ruptura del vínculo o de la convivencia matrimonial o de las parejas que mantuvieran análoga relación de afectividad, las relaciones paterno-filiales serán establecidas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes. Estas disposiciones también serán de aplicación cuando los progenitores vivieren separados y no estuvieren unidos por algún vínculo*”. El segundo, el propio art. 96 CC, en el que llama la atención cómo a la hora de tratar la atribución del uso de la vivienda familiar existiendo hijos comunes bajo guarda y custodia, se hablaba de la posibilidad de atribuir la misma al “progenitor”, que no al “cónyuge” como contempla el actual art. 96 CC. Por su parte, en los párrafos en los que el art. 96, según la reforma del ALCP, se hubiese ocupado de los supuestos en que no existen hijos comunes, sí se hablaba de “cónyuge”, lo cual no hace sino confirmar el criterio que

---

venimos defendiendo desde el principio de este epígrafe: se puede atribuir el uso de la vivienda familiar en las parejas de hecho con hijos comunes menores, atendiendo así al interés superior del menor.

# CAPÍTULO QUINTO

## CONTENIDO DEL DERECHO

### I. Derechos del beneficiario del uso

El contenido del derecho de uso de la vivienda familiar es lo que, junto con su carácter intransmisible —del que nos ocuparemos en el próximo epígrafe—, nos sirve para descartar la catalogación del reiterado derecho como derecho real de usufructo. Establece el art. 471 CC que “*El usufructuario tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes usufructuados*”. Un contenido —el del usufructo— que ha sido tan sustancial al mismo que procede de la fórmula original de PAULO: *ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*. SÁNCHEZ JIMÉNEZ<sup>923</sup>, por su parte, haciendo hincapié en la amplitud de su contenido, llegó a mantener que se podría decir que el usufructo “es una propiedad afectada de decadencia en favor de otra persona, una propiedad temporal, en fin”.

Es evidente que se trata, pues, de un contenido, a todas luces, más amplio que el del mero uso de la vivienda que ha venido siendo familiar. Ciertamente es que, en base a la autonomía de la voluntad de las partes, el contenido del referido usufructo, como faculta el art. 470 CC, puede ser adaptado por aquellas, siempre que las normas que se excluyan sean de carácter dispositivo. Sin embargo, a ello podríamos objetar, en primer lugar, que esa adaptación por las partes puede llevar a que el derecho, aun denominándosele como “usufructo”, realmente se trate, por ejemplo, de un derecho real de uso, pese al *nomen* que se le otorgue; en segundo lugar, que el referido acuerdo para la configuración del derecho constituiría una solución aplicable únicamente a un supuesto de hecho —el mutuo acuerdo entre las partes— que, por otro lado, valga decir que no es precisamente lo más frecuente en lo que a atribución del uso de la vivienda familiar se refiere.

Descartada la configuración natural del derecho del art. 96 CC como derecho real de usufructo, cosa que nadie discute, cabe justificar, desde el punto de vista del contenido —ya lo hicimos desde el punto de vista de la extensión del derecho sobre el objeto—, su

---

<sup>923</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., *op. cit.*, p. 357.

calificación como derecho real de uso, excluyendo el derecho real de habitación. Veamos las razones:

## 1. Uso

### 1.1 Semejanzas entre el uso y la habitación

Tanto el derecho de uso como el de habitación están destinados a la satisfacción de necesidades actuales del titular y de su familia. El derecho del art. 96 CC requiere una facultad básica que es la de que el beneficiario pueda tener un uso directo de la cosa — la vivienda—. Cabe, pues, preguntarse, ¿qué derecho se adaptará mejor al contenido del derecho del art. 96 CC: el de uso o el de habitación?

En este sentido, el derecho real de habitación, por una parte, se identifica con un uso directo del bien gravado, sin intermediación de tercero: “*da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*” (art. 524.II CC). Por otra parte, el derecho real de uso ¿implica que el usuario pueda servirse personalmente de la cosa —en nuestro caso, la vivienda—?

El art. 524 CC, respecto al derecho de uso, dispone en su párrafo primero, que el mismo “*da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente*”. Que el art. 524.I CC no mencione la facultad de uso del usuario no significa que no le corresponda, solo que el Código la da por supuesta y se centra en los frutos como cuestión más conflictiva<sup>924</sup>.

Es más, atiéndase a que, en la época clásica, según su significado originario, el *usus* era el derecho de usar una cosa sin percibir sus frutos: *qui usus relictus est uti potest, frui non potest* (D. 7, 8, 2 pr.). Fueron los jurisconsultos los que modificaron ese rigor en la práctica: el usuario de una casa puede habitarla con su familia, y dar acogida en ella a huéspedes, esclavos, libertos, operarios, etc., mientras que el usuario de un fundo puede recoger los frutos agrícolas, hortícolas y forestales más indispensables para aten-

---

<sup>924</sup> Vid.: CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario a los artículos 467 a 529”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4158; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 871; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 554, para quien, que haya derecho a usar la cosa se sigue de que el uso se rige supletoriamente por las reglas del usufructo, y este, aunque tampoco lo diga expresamente la ley, da derecho a usar la cosa usufructuada; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Determinación del derecho de habitación”, en *RCDI*, núm. 763, 2017, p. 2647.

der a las necesidades domésticas cotidianas<sup>925</sup>. En el Derecho justiniano es posible tomar los frutos del fundo que sean necesarios para el sustento del usuario y de su familia (D. 7, 8, 12, 1; D. 7, 8, 15 pr.; D. 7, 8, 22; I. 2, 5, 1)<sup>926</sup>. Se pasó, pues, de un *nudus usus* (D. 7, 8, 1, 1), a un pequeño usufructuario<sup>927</sup>.

En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA<sup>928</sup> entiende que, atendiendo a un concepto común y racional, “usar una cosa es servirse personalmente de ella”, por lo que el goce de la misma por el usuario se erige en elemento esencial<sup>929</sup>. De no ser así, resultaría el de uso un derecho inferior y más restringido que el de habitación. En este mismo sentido, se pronuncian LAURENT<sup>930</sup> y PACIFICI-MAZZONI<sup>931</sup>.

No obstante, y pese a los referidos antecedentes históricos, a fin de evitar que se plantease esta cuestión sobre si la percepción de los frutos lleva consigo, o no, el servirse el usuario personalmente de la cosa, hubiera sido preferible que nuestro Código, en vez de referirse únicamente a la percepción de frutos, sin más —sin decir ni tan siquiera

---

<sup>925</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 313: “Mas si se le dexó el uso de un rebaño, v.g. de ovejas, dice Labeon, que solo ha de usar para estercolar; pero que no puede usar ni de las crias, ni de la leche, porque esto pertenece al fruto; pero juzgo que puede usar de algun poco de leche, porque las voluntades de los difuntos no se han de interpretar con tanta limitación” (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII [D. 7, 8, 12, 2]). “Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait; sed noque lana neque agnis, neque lacte usurum; haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto, neque enim tan stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum”. Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 216 o CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, t. II, vol. II, *op. cit.*, p. 119, quien apunta que cuando la cosa sujeta al derecho de uso era susceptible de procurar una ventaja real por el simple uso, se rehusaba al usuario el derecho de percibir frutos, pero cuando el simple uso no procuraba ningún beneficio o el que procuraba era insignificante, se añadían a él algunas ventajas propias del usufructo. Explicación que también se recoge en ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano* (trad. PÉREZ DE ANAYA, F. y PÉREZ RIVAS, M.), t. I, Librería de Leocadio López, Madrid, 1884, p. 406.

<sup>926</sup> ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, *op. cit.*, p. 407, precisamente en sus explicaciones a I. 2, 5, 1, señala que “por poco numerosa que sea la familia del usuario, el propietario no puede ocupar la más pequeña parte de la casa, porque el usuario tiene el *jus utendi* en su totalidad”.

<sup>927</sup> Vid. VALVERDE y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 454.

<sup>928</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, p. 484.

<sup>929</sup> RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1385, considera que ha de partirse de que el de uso es un verdadero derecho real que se ejerce directamente sobre la cosa sin la intermediación de nadie, por lo que el usuario tiene derecho a servirse de la cosa directamente; y añade: “la existencia misma del derecho real de uso requiere que su ejercicio recaiga sobre la cosa objeto del derecho, no de forma ideal, sino directamente *in natura*”.

<sup>930</sup> LAURENT, F., *Principios de Derecho civil francés*, t. VII, Imprenta de Barroso, Méjico, 1895, p. 150: “el art. 627 dice formalmente que el usuario y el que tiene un derecho de habitación deben disfrutar como buenos padres de familia; luego ellos mismos disfrutan”.

<sup>931</sup> PACIFICI-MAZZONI, E., *Istituzioni di Diritto...*, *op. cit.*, p. 166: “L’usuario ha diritto di conseguire il possesso esclusivo dell’intero fondo, se ne raccoglie tutti i frutti; e il possesso comune col proprietario o coll’usufruttuario, se ne raccoglie soltanto una parte. Nè può invece il proprietario costringerlo a ricevere da lui frutti”.

por quién<sup>932</sup>, hubiera optado por la fórmula —más clara— utilizada por otros Códigos europeos<sup>933</sup>.

Tratándose, por otra parte, de un derecho real de disfrute directo, con *ius possidendi*, entre las acciones protectoras, cabe destacar la facultad del titular del derecho para reclamar al propietario la entrega de la cosa gravada para hacer efectivo el contenido del derecho —en caso de que no la estuviera ya ocupando—<sup>934</sup>. Ciertamente es que, en la gran mayoría de los casos, el beneficiario del uso se encontrará ya ocupando el inmueble, pero nada obsta —como hemos visto— a que, de una forma involuntaria hubiera tenido que abandonar la vivienda antes del pronunciamiento judicial, sin que por ello pierda la vivienda el carácter de familiar. Contará, además, con la acción confesoria frente al propietario que niegue la existencia del uso y frente a los que lo perturben o amenacen hacerlo; así como con las acciones posesorias para retener o recobrar la posesión.

Si admitimos, en fin, que la facultad central del usuario es la de utilizar la cosa gravada —la vivienda—, la cercanía entre uno y otro derecho —uso y habitación— es evidente, y sobre tal similitud ya encontramos referencias en el Digesto:

*“Se pregunta si legada la habitación, es lo mismo que si se legase el uso; y en cuanto al efecto, quasi es lo propio el legado del uso que el de la habitación: así lo siente Papiniano al libro diez y ocho de las Quaestiones”* (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII [D. 7, 8, 10 pr.])<sup>935</sup>.

---

<sup>932</sup> Siguiendo, así, al Código francés, cuyo art. 630 CCfr. establece: “*Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille*”.

<sup>933</sup> El Código italiano o el portugués emplean la palabra “servirse” en vez de “percibir”. Concretamente, el art. 1484.1 CCport. dice “*O direito de uso consiste na facultade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular, quer da sua familia*”, mientras que, por su parte, el art. 1021 CCit. establece que “*Chi ha diritto d'uso di una cosa può servirsi di essa e, se è fruttifera, può raccogliere i frutti per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia*”.

PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, op. cit., p. 635, comentando el antiguo art. 521 CCit. relativo al uso, que hablaba de “raccogliere i frutti”, dice “*Ne piace qui notare, come la precisa espressione raccogliere, sostituita nel Codice patrio alla equivoca exiger del Codice napoleonico (art. 630), abbia prevenuto la questione agitata su tal punto dagli interpreti del medesimo, ed abbia rigettato definitivamente la decisione di quelli, che pretendevano che dovesse l'usuario ricevere i frutti dalle mani del proprietario*”. Vid., asimismo, IOLONDA, P. y LAVIANO SAGGESE, F., *Codice Civile: illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali*, Casa Editrice La Tribuna, Plasencia, 2010, pp. 645 y ss. Incluso, más clara resulta la ley 425 CDCFN que dice que “*los titulares de estos derechos concurrirán en su ejercicio con el uso ordinario del propietario (...)*”, de lo que se extrae que el usuario tiene derecho a usar la cosa directamente.

<sup>934</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, op. cit.

<sup>935</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 312: “*Si habitatio legetur, an periode sit, atque si usus, quaeritur. Et effectum quidem idem paene esse legatum usus et habitations et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum*”.



## 1.2 Diferencias entre el uso y la habitación

### 1.2.1 Diferencia cuantitativa

Pese a la aparente similitud, entre el uso y la habitación las diferencias son tanto cualitativas como cuantitativas. El punto de vista cuantitativo —ya lo vimos al estudiar el objeto del derecho—<sup>936</sup> nos llevó a alejarnos del derecho de habitación en tanto que este, al contrario de cuanto sucede en el derecho de uso de la vivienda familiar, se restringe a la ocupación, en casa ajena, “*de las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*”, mientras que el usuario puede utilizar la cosa íntegramente, más allá de las necesidades propias y de su familia, sin tener que dejar la parte o piezas no necesarias a disposición del propietario.

### 1.2.2 Diferencia cualitativa

Desde un punto de vista cualitativo, mantuvo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ<sup>937</sup> que, aunque apenas se distingue el uso de una casa y la habitación, puede haber alguna diferencia, de ahí que JUSTINIANO le dedicase un párrafo en su Instituta y que el Rey ALFONSO X le dedicase una Ley en las Partidas; y apunta, en este sentido, que lo que tiene de especial el derecho de habitación es el destino del mismo.

La utilización del usuario se caracteriza por su generalidad, estándole permitidas todas las formas de uso compatibles con el destino de la cosa, con independencia de la subjetiva finalidad de esa utilización. En definitiva, el usuario puede servirse de la cosa sobre la que recae su derecho para el fin que desee, mientras que el habitacionista no puede dedicarlo a cualquier fin, sino únicamente a vivienda propia y de la familia, ni tan siquiera de terceros más allá de lo que englobe el concepto de “familia” —sobre el que volveremos—<sup>938</sup>. Y ello pese a que nuestro Código se refiera de forma genérica a la facultad de ocupar casa ajena, a diferencia de otros Códigos, como el italiano, que hablan, no de ocupar la casa, sino de habitarla (art. 1022 CCit.)<sup>939</sup>. Es la tradición histórica, y la existencia de un derecho de uso que posibilita un uso más extenso, lo que re-

---

<sup>936</sup> Vid. *supra*, cap. cuarto, I.1.1.3.

<sup>937</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II, Lex Nova, Madrid, 1863 (reimpresión en 1988), p. 596.

<sup>938</sup> Vid., en tal sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, op. cit., p. 555.

<sup>939</sup> Art. 1022 CCit.: “*Chi ha diritto di abitazione di una casa può abitarla limitatamente ai bisogni suoi e della sua famiglia*”.

fuerza la idea de que el derecho de habitación solo permite dedicar la casa objeto del derecho a alojamiento<sup>940</sup>. Nótese que, cuando sobre la casa lo que recae es un derecho de uso, el usuario, además de morar en ella, puede hacer uso de los almacenes, bodegas, lagares y demás oficinas<sup>941</sup>.

En virtud de lo anterior, desde este punto de vista cualitativo, bien podría pensarse que el derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC encaja más adecuadamente en la figura del derecho de habitación, máxime cuando, hasta la reforma de este derecho por obra del art. 524 CC, la habitación tenía más bien el concepto de ser el “derecho de utilizar la parte habitable de una casa ajena sin pagar renta”<sup>942</sup>, es decir, no se reducía a las piezas necesarias<sup>943</sup>.

En cambio, en el actual art. 524.II CC —como hemos advertido en el apartado anterior—, la referencia a tal limitación cuantitativa —a las piezas necesarias— es expresa. De ahí que, siendo posible —como hemos justificado—, que el derecho real de uso recaiga sobre una casa, es por lo que se ha de considerar que el derecho del art. 96 CC ha de configurarse, más bien, como un derecho real de uso, aunque especial, consistiendo tal especialidad en que el cónyuge beneficiario, además de utilizarla de forma directa e inmediata, amén de personal<sup>944</sup>, ha de destinarla principalmente a satisfacer la necesidad permanente de vivienda suya y de sus hijos —en caso de existir y haberle sido adjudicada su custodia—. Ha de constituir su vivienda habitual o primera vivienda y no, por ejemplo, una segunda vivienda con fines vacacionales, lo cual sería contrario al fundamento y finalidad del art. 96 CC. No considera RIVERO HERNÁNDEZ que esta limitación del contenido del derecho real de uso —en cuanto al fin al que se ha de destinar la casa objeto del derecho— conlleve necesariamente entender que estamos ante un derecho de uso atípico, aunque lo considera un mal menor pues, al fin y al cabo, —dice— le será aplicable el régimen del derecho de uso, ya sea directamente o por analogía<sup>945</sup>. Cuestión, esta última, que se ha de precisar, pues se trataría, más bien, de una aplicación su-

---

<sup>940</sup> Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 873, 876 y 880.

<sup>941</sup> Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *op. cit.*, p. 631.

<sup>942</sup> Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 607.

<sup>943</sup> Aunque nada se decía expresamente en los textos respecto a tal limitación cuantitativa, ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 745, sí la tuvo en cuenta: a la hora de distinguir la habitación del usufructo, mantuvo que la primera no comprende más que la facultad de vivir en la casa ajena solamente con respecto a la necesidad que se tenga de ella, de modo que si una parte de la casa fuere bastante para el que tiene el derecho de habitación, podría el propietario ocupar por sí o alquilar la otra parte.

<sup>944</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

<sup>945</sup> *Íd.*, no ve inconveniente en que se disponga en el título constitutivo que el goce (utilización) quede limitado a una forma de aprovechamiento y no a otras, para lo cual podría invocarse la aplicación supletoria del art. 469 CC en sede usufructo, que admite la limitación voluntaria de aprovechamientos.

pletoria, al tratarse del régimen común del derecho de uso típico: el art. 96 CC funciona como norma especial y los arts. 523 y ss. CC se aplican como normas generales.

Por otra parte, téngase, además, en cuenta, que en el derecho de habitación, no solo es que deba destinarse la casa a vivienda propia, sino que habrá de destinarse a tal fin con exclusividad. Como mantiene VENEZIAN, “el usuario puede montar en ella el oficio que ejerza y usar los almacenes y tiendas para el comercio propio: la habitación se limita a satisfacer las necesidades del alojamiento y no son admisibles aquellos aprovechamientos cuando sólo se haya concedido el derecho a la habitación”<sup>946</sup>. Es decir, que de considerarse el del art. 96 CC un derecho de habitación, ello conllevaría, aunque no se diga nada en el Código expresamente, que, pese a estar ocupando el beneficiario la totalidad de la casa, y aun no siéndole necesaria toda ella, no podría, por ejemplo, destinar alguna de las habitaciones no necesarias a instalar —o incluso mantener, si ya lo tenía con anterioridad— su despacho profesional<sup>947</sup>. Ello contrasta con la aplicación práctica del art. 96 CC, ya que la existencia, en la vivienda, de la actividad profesional que venía desarrollando uno de los cónyuges puede llegar a ser, incluso, motivo de atribución de la vivienda en virtud del art. 96.III CC, y acabar repercutiendo en un beneficio indirecto del resto de miembros de la familia —v. gr. a la hora de cuantificar las pensiones—. Cuestión distinta sería que el destino primordial al que se destinase la vivienda fuese, precisamente, la actividad profesional, pues se estaría contradiciendo tanto el fundamento como el fin de la medida contemplada en el art. 96 CC<sup>948</sup>.

## 2. Frutos

Habiendo configurado el derecho del art. 96 CC como un derecho real de uso, se ha de tener en cuenta que, como advertimos más atrás, si bien este último derecho, en su origen romano, solo comprendía el uso, el contenido del mismo fue ampliándose para permitir que el usuario tuviera derecho a los frutos en la medida de sus necesidades y las

---

<sup>946</sup> VENEZIAN, G., *op. cit.*, p. 827.

<sup>947</sup> *Vid.*: CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4162; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, t. II, vol. II, *op. cit.*, p. 121; o FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, pp. 879- 880, quien señala que la tradición histórica y la existencia de un derecho de uso, como modelo de derecho real que permite un uso más extenso, parece reforzar la idea de que, como tal, el derecho de habitación sólo permite dedicar la casa objeto del derecho al alojamiento (como vivienda habitual, de temporada o de recreo).

<sup>948</sup> *Vid.*: PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 86; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 22; ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, p. 262.

de su familia: “Porque este que ha el uso tan solamente, non puede esquilmar la cosa, si non en lo que oviere menester para su dispensa” (Ley 20, Título 31, Partida 3<sup>a</sup>); en el mismo sentido, el actual art. 524 CC. Necesidades que son relativas, dependen del estado social del individuo y habrán de regularse según la posición social de la familia<sup>949</sup>.

En relación con los frutos en el derecho real de uso general, no pocas discusiones han existido a lo largo de la historia. Existen autores que defienden la obtención por el usuario únicamente de frutos naturales —por ser los civiles de aprovechamiento indirecto—; en esta línea, MUCIUS SCAEVOLA considera que el uso se refiere a los frutos verdaderos en especie: “el carácter esencial del uso radica en que los frutos de la cosa se dediquen a la satisfacción de la necesidad propia de la naturaleza del fruto, y en los bienes indicados el fruto es el dinero, el cual no se puede consumir, sino dedicarlo a la satisfacción de las necesidades que tenga la persona, cualesquiera que sean estas”<sup>950</sup>. Es obvio que se trata de una visión antigua, pues hoy sí podemos defender que el dinero es consumible: a través del gasto.

Frente a lo anterior, se pronuncia a favor de los frutos civiles, RIVERO HERNÁNDEZ, entre otros<sup>951</sup>, quien apuesta por no quedarse en los avatares históricos y dogmáticos de los derechos de uso y habitación a la hora de interpretarlos, al considerar que eso restringiría la utilidad social y funcionabilidad del uso y habitación que hoy se constituya. La constitución de un derecho de uso sobre una cosa se hace hoy con unos fines y disfrutes más amplios y complejos, como de hecho son las necesidades y la vida actual. Apuesta, en definitiva, por *desdogmatizar* la institución, adecuándola a la vida y momento actual, “asumiendo de su historia lo que tiene de aportación a nuestro acervo socio-jurídico sin quedar atrapados en los hilos sutiles de una dogmática atormentada en la configuración de su concepto y entidad jurídica”. Así lo permite, en fin, la interpretación de las normas conforme a la realidad social (*ex art. 3.1 CC*).

---

<sup>949</sup> Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, p. 486. Se refiere, en este sentido, al D. 7, 8, 12, 1 (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII): “*Iuventius, etiam cum convivis et hospilibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur; aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus*”. Es decir, “*Juvenio añade que también puede usar para los convites y sus huéspedes, cuya sentencia nos parece más verdadera, porque se ha de tolerar alguna extensión más al que tiene el uso, según la dignidad de la persona*” (vid. *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 313).

<sup>950</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, p. 485, considera el alquiler de un edificio fuera del uso y lo mismo dice del valor del arrendamiento de tierras y de las rentas, que considera un usufructo parcial, no un uso. En la doctrina italiana, IOLONDA, P. Y LAVIANO SAGGESE, F., *op. cit.*, p. 645: “*Circa i frutti della cosa, all’usuario spettano solo quei frutti che servono a soddisfare in modo diretto i bisogni suoi e della sua famiglia: ciò comporta, di regola, l’esclusione dei frutti civili, che non sono idonei a soddisfare direttamente bisogni di carattere personale*”.

<sup>951</sup> También VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 457, incluye, entre los frutos, los civiles.

Téngase en cuenta, además, que el art. 524 CC no restringe en ningún momento los frutos a los naturales e industriales, lo único que limita es el destino que ha de dar el usuario a tales frutos, cualesquiera que estos sean. Por tanto, debe ser regla general que correspondan al usuario todos los frutos que produzca la cosa sobre la que recae el derecho, incluso los civiles, salvo que otra cosa se diga en el título constitutivo.

Otra cuestión que también ha sido muy discutida en relación con los frutos es si la satisfacción de las necesidades con los frutos que da el bien ha de ser sólo directa o también indirecta. En definitiva, si el usuario solo tendrá derecho a los frutos que pueda consumir él y su familia o si se puede satisfacer otras necesidades de los mismos mediante la venta de los frutos.

Del lado de la primera de las opciones planteadas se sitúan autores, como MUCIUS SCAEVOLA, que consideran que el uso solo da derecho a percibir los frutos para su consumo, los precisos al usuario para satisfacer las necesidades propias de la naturaleza o índole de dichos frutos<sup>952</sup>; es decir, la satisfacción ha de hacerse con los mismos frutos percibidos. Para LAURENT, el usuario no tiene derecho a los frutos que no consume: “el uso no es un crédito de alimentos; su objeto no es dar al usuario todo lo que necesita para vivir. Él tiene un derecho real, derecho limitado a los frutos del predio, y a esta parte de los frutos que es necesaria para su consumo; el resto pertenece al propietario”<sup>953</sup>.

La limitación de los frutos —a los que el usuario y su familia puedan consumir—, es la forma que se ajusta a los orígenes históricos de la figura, cuando su finalidad era alimentista en una economía rural y agraria: “*Sabino y Casio son de sentir que puede usar de la leña para el uso cotidiano, del huerto, frutas, hortalizas, flores y agua, no para vender, y percibir interés, sino para el uso preciso, sin abusar*” (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII [D. 7, 8, 12, 1])<sup>954</sup>; “*lo que ouere menester para comer el, e su*

---

<sup>952</sup> Vid. MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, p. 487, quien considera que lo contrario no sería uso, sino usufructo parcial. En el mismo sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *op. cit.*, pp. 593 y 594, para quien la causa de que se prohíba arrendar o vender los beneficios que el uso reporta es porque, de lo contrario, ya no sería usar, sino más bien sacar de la cosa un producto civil; ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, *op. cit.*, p. 406; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 524”, *op. cit.*; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 57, centra la diferencia entre el usufructo y el uso y la habitación, en cuanto a contenido, en que la satisfacción de las necesidades del usuario o habitacionista debe hacerse con el goce directo de la cosa (su uso, el consumo directo de sus frutos), no pudiendo el usuario vender los frutos para con el precio de su venta satisfacer otras necesidades.

<sup>953</sup> LAURENT, F., *op. cit.*, p. 145.

<sup>954</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 313: “*Sabinus et Cassius, et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, el aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad absum*”.

*compaña; mas non para dar ende a otri, nin para vender*” (Ley 20, Título 31, Partida 3ª)<sup>955</sup>.

Frente a la tesis de SCAEVOLA, considero convincente la teoría, más moderna, de ALBALADEJO, para quien “las necesidades del usuario y de su familia marcan la extensión de su derecho a percibir los frutos”: solo recibe lo que necesite (*v. gr.* si la finca produce algarrobas, solo las hace suyas si tiene ganado que las consuma) y solo en la cantidad que precise para su empleo directo. Ahora bien, recibidos estos, no es necesario que sean empleados en la satisfacción de tales necesidades, pues “el derecho de uso no es un derecho de alimentos, sino que es un derecho en el que el alimento es la medida de lo que hay derecho a percibir”<sup>956</sup>.

Por su parte, para RIVERO HERNÁNDEZ<sup>957</sup>, la limitación cuantitativa no puede ser para atender sólo a las necesidades alimentarias, sino también a otras necesidades personales, de manera que el usuario podrá vender trigo o leche no en términos y cantidades comerciales, desde luego, pero sí para comprar fármacos con que curar su enfermedad, que son también de necesidad personal.

A favor de estos autores y contra aquellos más antiguos, y en relación con el posible obstáculo del art. 525 CC sobre indisponibilidad, se ha de precisar que una cosa es disponer del derecho de uso (a usar y disfrutar) y otra es disponer de los frutos ya obtenidos, de los cuales el usuario es ya su dueño. Esto parece entenderse también de la lectura de GREGORIO LÓPEZ cuando, en su glosa a la Ley 20, Título 31, Partida 3ª, dice: “empero, puede siempre y por punto general vender el usuario los frutos después que los haya percibido”<sup>958</sup>.

La posibilidad de enajenación de esos frutos para cubrir otras necesidades del usuario y de su familia “nos revela la situación de este derecho, en tránsito desde una primera concepción restrictiva y alimentista propia de una economía rural y agraria, al intento de adecuar este derecho a la moderna economía de intercambio de productos como medio

---

<sup>955</sup> GREGORIO LÓPEZ, en *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX (con las variantes de más interés y con la glosa de GREGORIO LÓPEZ)*, t. II, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1844, p. 879, en su glosa a la Ley 20, Título 31, Partida 3ª, dice: “a menos que se trate de un bosque situado a larga distancia, del cual sería inútil tener el uso si no pudiese el usuario vender la parte de árboles o leña que por tal servidumbre le corresponde”.

<sup>956</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, pp. 554-555.

<sup>957</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

<sup>958</sup> GREGORIO LÓPEZ, en *Las Siete Partidas...*, *op. cit.*, p. 879.

normal de satisfacción de necesidades. Y, seguramente, ésta sea la perspectiva adecuada para su aplicación actual”<sup>959</sup>.

No obstante lo anterior, el art. 96 CC solo se refiere al uso, no a los frutos. Por ello, atendiendo a la especialidad que venimos defendiendo del derecho real de uso contemplado en el referido precepto, ha de entenderse que el mismo, salvo acuerdo de las partes, no comprende los frutos, más allá de los posibles frutos naturales que, para consumo propio —del usuario y de su familia—, se pudieran obtener —v. gr. jardín anexo—. No consideramos que tal precisión sea un obstáculo para la consideración del derecho del art. 96 CC como derecho real de uso, pues téngase en cuenta que este último, en sus orígenes —según hemos advertido—, solo comprendía el uso<sup>960</sup>.

## II. (In) disponibilidad de la vivienda atribuida en uso

### 1. La intransmisibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar

Como ya advertimos más atrás, el otro rasgo que, junto con su contenido, nos lleva a descartar que el derecho de uso de la vivienda familiar sea un derecho de usufructo, es el carácter transmisible de este último, siendo, por tanto, susceptible de enajenación a título oneroso o gratuito (art. 480 CC) y de ser hipotecado (art. 107.1º LH)<sup>961</sup>.

Tal transmisibilidad no casa con el derecho contemplado en el art. 96 CC que, por su propio fundamento, es considerado, por gran parte de la jurisprudencia<sup>962</sup> y de la doctrina<sup>963</sup>, como personalísimo y, por tanto, como inalienable e inembargable.

---

<sup>959</sup> Vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 878. En p. 870, apunta que la regulación de estos derechos padece ciertas dosis de anacronismo.

<sup>960</sup> Vid. RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2069, quien, partiendo de la tipología de frutos contenidos en el art. 355 CC, defiende que los frutos naturales e industriales, al tratarse la vivienda de finca urbana, no tendrían cabida y, respecto a los frutos civiles —alquiler—, no podrían —dice— estar comprendidos en tanto que, lógicamente, comportarían la desaparición del uso de la vivienda familiar.

<sup>961</sup> Art. 107.1º LH: “Podrán también hipotecarse: 1.º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”.

<sup>962</sup> Vid. entre otras: SAP de Navarra de 23 de junio de 1993, SAP de Lleida 72/1999 de 3 de mayo, SAP de Asturias 199/2000 de 17 de abril, SAP de Ciudad Real 444/2001 de 31 de diciembre o SAP de Pontevedra 542/2005 de 25 de noviembre.

<sup>963</sup> Vid.: CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1609; PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, p. 690; LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 271 y ss.; POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, pp. 126-127; o RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2064.

El carácter personalísimo se atribuye en atención a que el derecho deriva de una relación matrimonial frustrada, y consiste en mantener temporalmente uno de los efectos del matrimonio, una vez fracasado este.

El fundamento asistencial del art. 96 CC consiste en cubrir la necesidad de vivienda —necesidad habitacional— de aquellos miembros de la familia cuyo interés esté más necesitado de protección —de los más débiles—. Es esta necesidad la que faculta la constitución de un derecho real de uso sobre un inmueble a favor de una o varias personas sin contar con el consentimiento del otro cónyuge propietario. El art. 96 CC impone, por ello, el destino de vivienda en favor del usuario. Este destino impide que el usuario de tal vivienda pueda disponer del uso, si quiera sea gratuitamente, pues entonces dejaría de ser vivienda. Es decir, carecería de sentido que, una vez atribuido el uso de la vivienda, el derecho en cuestión fuese transmitido a un tercero: dicha vivienda ya no estaría cumpliendo el fin para el que se atribuyó. De ahí que el abandono de la vivienda —su no uso— por el cónyuge beneficiario conlleve —como se ha visto—<sup>964</sup> la pérdida del carácter familiar de la misma; una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la atribución de la vivienda que conlleva la posibilidad de instar la extinción del derecho a usarla.

## 2. La (in) transmisibilidad de los derechos de uso y habitación

### 2.1 Orígenes

En lo que se refiere a la disposición del derecho real de uso general —al igual que el de habitación—, la cuestión es compleja. El carácter estrictamente personalista que de antiguo informó a estos derechos permitió hablar de su intransmisibilidad<sup>965</sup>.

La intransmisibilidad del derecho de uso se extrae de diversos textos romanos, como el de GAYO, Diario, libro II: “*ni puede vender, arrendar, o conceder graciosamente á algún otro el derecho que tiene en él*” (D. 7, 8, 11)<sup>966</sup>; el de PAULO, Comentarios al Edicto, libro XIII: “*Si solo el uso es nuestro, el qual (sic) no se puede vender, ni arren-*

---

<sup>964</sup> Vid. *supra*, cap. cuarto, III.2.3.1.

<sup>965</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, t. II, Tecnos, Madrid, 2016, p. 69, mantiene que —los de uso y habitación— son derechos intransmisibles e indisponibles, no pudiendo ser tampoco objeto de arrendamiento por regla tajante del art. 525 CC.

<sup>966</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 312: “*nec ulli allii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest*”.



dar” (D. 10, 3, 10, 1)<sup>967</sup>; o el de ULPIANO, Comentarios a Sabino, libro XVII: “*Ni las pueden arrendar separadamente, ni vender el uso, ni conceder la habitación sin vivir ellos*” (D. 7, 8, 8, pr.)<sup>968</sup>. En las Instituciones de Justiniano, también existe referencia a la imposibilidad de arrendar o vender el derecho de uso que recae sobre un fundo rural (I. 2, 5, 1)<sup>969</sup>, así como a la imposibilidad de transferir a otro el derecho de uso de una casa (I. 2, 5, 2)<sup>970</sup>. También pasó a las Partidas (Ley 20, título 31, Partida 3<sup>a</sup>): “*Otrosi dezimos, que non puede ome enagenar, nin empeñar la cosa en que ha el uso*”.

Las razones de este carácter las sitúa LASARTE en la cercanía de estos derechos con la necesidad absoluta —casi con la caridad—<sup>971</sup>. Si se trata de dar cobertura a necesidades básicas y esenciales —v. gr. necesidad de vivienda— la intransmisibilidad ha de ser algo consustancial al derecho para evitar que se frustre el fin perseguido con el mismo. Un sustrato de cobertura de necesidades básicas que, precisamente, es el que se ha promulgado en esta obra como fundamento del derecho de uso de la vivienda familiar. Por tanto, el fin de uno y otro derecho parece ser coincidente: responden a la necesidad de vivienda.

Esa intransmisibilidad pasó también a nuestro código, cuyo art. 525 CC establece que “*Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*”<sup>972</sup>, a diferencia de lo que para el usufructo autoriza el art. 480 CC. Diversidad de criterio que SÁNCHEZ ROMÁN<sup>973</sup> encuentra justificada en la naturale-

---

<sup>967</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 401: “*Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest*”.

<sup>968</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 312: “*Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum*”.

<sup>969</sup> ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, op. cit., p. 405: “*Por lo demás no puede alquilar, vender o ceder gratuitamente su derecho a nadie, aunque el usufructuario pueda hacerlo*”: “*Nec ulli alii jus quod habet aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: cum is qui usumfructum habet possit hæc omnia facere*”. Comenta, al respecto, que el arrendar y vender los beneficios ya no sería usar, sino sacar de la cosa un producto civil, para lo cual —dice— era también necesario prohibir la cesión gratuita, pues hubiera sido un medio de burlar la prohibición.

<sup>970</sup> ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, op. cit., pp. 406-407: “*El que tiene el uso de una casa, no tiene más que el derecho de habitarla él mismo, sin poder transferir este derecho a otro. Y sólo tiene permiso para recibir en ella un huésped, habitarla con su mujer, sus hijos, sus criados y las demás personas libres afectas a su servicio; lo mismo que sus esclavos; o con su marido si es mujer la que tiene el uso de la casa*”: “*Item, is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item liberitis, nec non aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertinet, cum marito ei habitare liceat*”.

<sup>971</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales...*, op. cit., p. 155.

<sup>972</sup> Intransmisibilidad que pasó, asimismo, al código francés: “*L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre*” (art. 631 CCfr.), “*Le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué*” (art. 634 CCfr.); al italiano: “*I diritti di uso e di abitazione non si possono cedere o dare in locazione*” (art. 1024 CCit.); o al portugués: “*O usuário e o morador usuário não podem trespassar ou locar o seu direito, nem onerá-lo por qualquer modo*” (art. 1488 CCport.).

<sup>973</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, F., op. cit., p. 607.

za o extensión respectiva de estos derechos. Frente al usufructo, el uso y la habitación se configuran, pues, como personalísimos<sup>974</sup>.

Pese al contenido del antedicho precepto, en relación con la intransmisibilidad, o no, de los derechos reales de uso y habitación, existen dos corrientes<sup>975</sup> contrapuestas.

## 2.2 Sobre el carácter imperativo (o no) del art. 525 CC

Un sector doctrinal, defendido ya por algunos desde antiguo<sup>976</sup>, pero actualmente el más numeroso<sup>977</sup>, defiende la transmisibilidad del derecho de uso cuando así se haga constar en el título constitutivo.

Para ello parten del referido art. 525 CC, que ponen en relación con el art. 523 CC, cuyo contenido es acorde con la regla más general contemplada en el art. 1255 CC (autonomía privada). En virtud del art. 523 CC: “*Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*”.

Ya la STS de 4 de febrero de 1983, refiriéndose al régimen jurídico del derecho de uso, decía que el mismo “*atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real*”, mismos términos en los que se pronuncia la más actual STS 808/2001 de 26 de julio. También la RDGRN de 10 de diciembre de 2015 considera que el propio legislador ha querido supeditar la regulación legal de estos

---

<sup>974</sup> Vid. VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, pp. 454-455.

<sup>975</sup> Vid. FERNÁNDEZ DOMINGO, J., *op. cit.*, pp. 122 y ss.; PIZARRO MORENO, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]*), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 2078 y ss.; ROVIRA SUEIRO, M., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 766; TORRELLES TORREA, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 651.

<sup>976</sup> Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 607, considera que el criterio prohibitivo del art. 525 CC cederá cuando en el título constitutivo de estos derechos se estableciere o permitiere otra cosa, en virtud de lo dispuesto en el art. 523; VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 454; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, p. 679.

<sup>977</sup> Vid.: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, t. II, vol. II, *op. cit.*, p. 122, quien apunta que el uso y la habitación tienen siempre carácter personalísimo e intransmisible, a lo menos cuando el título no establezca lo contrario; FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil)”, en *Anales de Derecho*, núm. 17, 1999, pp. 111 y ss.; o GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Determinación del derecho de habitación”, en *RCDI*, núm. 763, 2017, p. 2655. Posición particular es la de DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 525”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.)*, t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230305>, quien requiere, además de la previsión en el acto o negocio jurídico constitutivo, que ello sea necesaria para la satisfacción de las necesidades que debe asegurar el uso o la habitación.

derechos a la configuración que las propias partes, o el constituyente unilateral, en su caso, hayan querido establecer “dentro de los lógicos márgenes que imponen los diferentes tipos de derechos reales, siendo la autonomía privada, por tanto, la principal fuente de las facultades y obligaciones que corresponderán al usuario y al titular del derecho de habitación”.

En opinión de esta doctrina, entre el art. 523 CC y el art. 525 CC no existe, como *a priori* cabría pensar, una oposición que haya de salvarse imponiendo el art. 525 CC como regla especial. Uno y otro precepto no son incompatibles. La intransmisibilidad es la regla general en los derechos de uso y habitación (*cf.* arts. 525 CC y 108.3º LH). Ahora bien, lo dispuesto en el art. 525 CC no obsta a que se pacte su transmisibilidad en el título constitutivo. Dispone el art. 523 CC que el contenido de los derechos de uso y habitación se rige por el título constitutivo y, en su defecto, por el régimen legal, que se aplicará en defecto de regulación en el título constitutivo<sup>978</sup>; régimen legal del que forma parte, precisamente, el art. 525 CC, que prohíbe arrendar o traspasar los derechos de uso y habitación. Lo contrario, privaría de sentido al art. 523 CC<sup>979</sup>.

En definitiva, esta doctrina defiende la primacía que el Código Civil otorga a la autonomía de la voluntad a la hora de regular los derechos de uso y habitación. Si bien el art. 525 CC parece tajante, en virtud de lo anterior, consideran que el art. 525 CC no es una norma imperativa, de *ius cogens*<sup>980</sup>. No están en juego intereses de terceros ni el orden público en general, por lo que se puede pactar su transmisibilidad.

Incluso en la doctrina italiana, PACIFICI-MAZZONI, apoyándose en el Digesto, y comentando el antiguo art. 538 CCit., que decía, en similares términos al actual art. 1024 CCit., “*I diritti di uso e di abitazione non si possono cedere, ne affittare*”, decía “Però non v’ha difficoltà che chi dà l’uso o l’abitazione possa concedere all’usuario e all’abitante la facoltà che può di fare cessioni o affitti dei loro diritti, facoltà che può risultare anche da circostanze che siasi concessa”<sup>981</sup>.

---

<sup>978</sup> *Vid.*, en tal sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 885.

<sup>979</sup> *Vid.* CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, pp. 4165 y ss.

<sup>980</sup> *Vid.*, en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 559.

<sup>981</sup> PACIFICI-MAZZONI, E., *Il Codice Civile...*, *op. cit.*, p. 653. IOLONDA, P. Y LAVIANO SAGGESE, F., *op. cit.*, p. 646, aclara que “Secondo la dottrina prevalente, la disposizione in esame non può essere erogata dalle parti, perché la cedibilità a terzi deve ritenersi incompatibile con la natura personale dei diritti di uso e abitazione. Secondo la giurisprudenza, invece, il divieto di cessione dei diritti di uso e abitazione non è di ordine pubblico e pertanto può essere oggetto di deroga ove espressamente convenuta tra il proprietario (concedente) e l’usuario o l’habitor, senza che la stessa possa desumersi, implícitamente, per il solo fatto che quest’ultimo, violando la norma, ceda il suo diritto a terzi (Cass. 31-7-1989, n. 3565)”.

### 2.3 Sobre el carácter esencial (o no) de la intransmisibilidad

Frente a tal postura y, especialmente, frente al argumento de que el art. 525 CC se encuentra dentro de “*las disposiciones siguientes*” a las que se refiere el art. 523 CC como supletorias de lo dispuesto en el título constitutivo, RAMS ALBESA advierte que si bien “hay que reconocer que la ordenación formal de los preceptos (...) puede inducir a mantener la tesis de la transmisibilidad concedida, también es evidente que estos textos no son precisamente un modelo científico de ordenación sistemática”<sup>982</sup>.

En fin, hemos de considerar que lo dispuesto en el art. 523 CC no tiene por qué conllevar que todas las disposiciones contenidas en los preceptos sucesivos sean disponibles. En la línea de lo apuntado por RAMS, ha de tenerse en cuenta que también el art. 392.II CC, respecto a la comunidad de bienes, establece que “*A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título*” y, sin embargo, ello no conlleva que todo el régimen legal de la comunidad (arts. 393 y ss. CC) sea dispositivo; nadie admite tal cosa: hay normas imperativas por contener elementos que son esenciales en la copropiedad, y otras que son dispositivas por contener elementos naturales. Veamos, entonces, qué sucede con el art. 525 CC.

Ya en el Proyecto de Código Civil de 1851, el antiguo art. 469 CC—que ya no se conserva—, respecto al usufructo, decía: “*los derechos y obligaciones del usufructuario se arreglan en todo caso, por el título constitutivo del usufructo*”, y matizaba GARCÍA GOYENA que sería así “salvo en lo que sea contra las leyes y buenas costumbres, o contra la esencia misma del usufructo”<sup>983</sup> (el subrayado es nuestro).

Refiriéndose ya a los derechos de uso y habitación y, en particular, a nuestro actual art. 523 CC, MUCIUS SCAEVOLA señaló que tal precepto no es más que una aplicación del principio de libertad estipulatoria al uso y a la habitación, por lo que los particulares, en los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, tendrán que respetar la ley, la moral y el orden público. Y advirtió que, con preceptos tan elásticos, los criterios básicos quedan a merced de quien quiera llamar uso a lo que sea usufructo, razón por la que los contratantes “gozarán de facultad para modificar los requisitos accidentales de uno y otro —uso y habitación—, mas no los requisitos esenciales, los que constituyen la naturaleza e índole propias”, y añade: “llamarán uso y habitación a lo que no revista tal carácter; pero ya sabemos que las figuras jurídicas no se califican por el nom-

---

<sup>982</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, op. cit., p. 90.

<sup>983</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. I, op. cit., 412.

bre que se les atribuya, sino por sus elementos fundamentales”<sup>984</sup>. En el mismo sentido, RAMS ALBESA considera que aquella afirmación de GARCÍA GOYENA es predicable también del actual art. 523 CC, de forma que tal libertad ha de entenderse referida solo a aquellos deberes y facultades que pueden, sin afectar a su contenido real, ser objeto de gradación ampliativa o restrictiva<sup>985</sup>.

En definitiva, existe una serie de elementos estructurales o esenciales sin los cuales una determinada figura jurídica queda desdibujada hasta el punto de no poder ser calificada como tal, pese al *nomen* con que se le denomine.

Teniendo en consideración lo anterior, el *quid* de la cuestión que nos venimos planteando está, pues, en determinar si la prohibición expresa, clara y terminante del artículo 525 del Código Civil es un elemento constitutivo y estructural de estos derechos, es decir, de esencia a los mismos, o se trata, por el contrario, de un elemento natural del que poder prescindir, de una norma supletoria de la autonomía de la voluntad creadora de los mismos y, por lo tanto, subordinada a la misma conforme al artículo 523 del Código Civil<sup>986</sup>. Lo que no se puede, a través del título constitutivo, es desnaturalizar el derecho en cuestión.

### 2.3.1 Corriente favorable al carácter esencial de la intransmisibilidad

Frente a aquella doctrina mayoritaria que admite la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación si así se ha dispuesto en el título constitutivo y considera que el art.

---

<sup>984</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, pp. 474-475. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 557, para quien el prototipo legal podrá modificarse solo hasta el límite en que no afecte a sus líneas esenciales “pues, entonces, aunque lo establecido fuese válido, no sería un derecho de uso o de habitación”; DÍAZ BRITO, F. J., “Comentario a las leyes 423 a 426”, en *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (dir. RUBIO TORRANO, E.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 1403, comentando la ley 423, que también se refiere a la supletoriedad de sus disposiciones respecto a lo contemplado en el en el título constitutivo, dice que el amplio margen que se deja a los particulares no puede conducir a que se desdibujen los perfiles que son inherentes a los derechos de uso y habitación, atribuyéndoles un contenido propio de otros derechos cercanos como el usufructo; ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 989, refiere como único límite respetar la esencia de estos derechos para no quedar desnaturalizados.

<sup>985</sup> RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1384.

<sup>986</sup> En tales términos se pronuncia también la RDGRN de 10 de diciembre de 2015 al exponer las dos corrientes doctrinales existentes al respecto, así como RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1387.

A esta distinción entre elemento natural y esencial se refiere también, al tratar las servidumbres, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Elementos —esenciales, naturales y accidentales— en las servidumbres prediales”, en *Tratado de servidumbres (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, La Ley, Madrid, 2015, p. 110, al decir: “solo de ser elemento esencial habrá de ser respetado en la servidumbre atípica; no será así, en cambio, cuando sea un rasgo natural (esto es, normal, pero excluible convencionalmente o según las circunstancias de cada caso), ni tampoco, por semejante razón, cuando sea un elemento accidental, que solo rige en caso de que así sea acordado”.

525 CC no es de *ius cogens*, otra corriente doctrinal, minoritaria, partiendo de aquellos textos de Derecho romano y de las Partidas antes transcritos, defiende la intransmisibilidad de tales derechos.

Esta otra corriente incide en el fundamento asistencial de estos derechos, considerando que el contenido de los mismos se debe acomodar a satisfacer las necesidades mínimas, incluso vitales, de la familia del usuario, primero y único beneficiario. De ahí el carácter personalísimo del derecho, que trasciende la función subjetiva (nacimiento, ejercicio, duración) e impregna la totalidad de sus efectos y las relaciones concedente-beneficiario, “*por ello no se le debe conceder al titular la posibilidad de gozar del bien gravado a través de un subrogado*”<sup>987</sup>. Por consiguiente, su intransmisibilidad formaría parte esencial del tipo, pues responde a su *ratio*, a su finalidad<sup>988</sup>.

En esta línea, VENEZIAN, quien podemos considerar que encabeza este sector doctrinal contrario a la transmisibilidad, mantiene que, de cederse, sea gratuitamente o mediante precio, el derecho real de uso o habitación, o incluso de arrendarse, se estaría frustrando la finalidad misma de la atribución, que es asegurar al usuario la satisfacción directa de sus necesidades<sup>989</sup>. En tal sentido se pronuncian también otros autores clásicos como MUCIUS SCAEVOLA<sup>990</sup> para quien, de poderse transmitir el derecho a un tercero, no podría cumplirse su finalidad jurídica y social que no es otra que satisfacer las necesidades del usuario. O, más modernamente, RAMS ALBESA, para quien la razón para defender tal intransmisibilidad como parte esencial del tipo, no es la aptitud de la cosa para satisfacer directamente las necesidades del cedente, sino que, con tal cesión, se frustra la finalidad de la atribución<sup>991</sup>.

De esta manera, si se pacta la transmisión del derecho, se estará desnaturalizando los derechos reales de uso y habitación, se estará creando, en definitiva, uno distinto: bien

---

<sup>987</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 81.

<sup>988</sup> Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ...*, *op. cit.*, p. 1267, quien considera que el uso y la habitación son por principio indisponibles al ser personalísimos. Y advierte que los rasgos esenciales no son determinantes, reveladores por sí solos del tipo. Es decir, que los rasgos sean esenciales a uno y otro tipo de molde jurídico-real de goce, no significa que sean exclusivos de ellos. En este sentido, también se puede concretar el fin del goce, y limitarlo cuantitativamente, en el usufructo; también el uso y la habitación son temporales, como el usufructo; y, aun siendo el uso y la habitación indisponibles, también puede tal cosa pactarse en el usufructo.

<sup>989</sup> VENEZIAN, G., *op. cit.*, p. 850.

<sup>990</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, pp. 492-493.

<sup>991</sup> RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1387. Este mismo autor, en *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss., dice: “elasticidad cuantitativa del potencial aprovechamiento e intransmisibilidad forman el anverso y el reverso de la finalidad específica que se contempla como objeto digno de protección por el ordenamiento: satisfacción directa de las necesidades del titular”.

negando su consideración como derecho real autónomo y asimilándolo a la disciplina del usufructo<sup>992</sup>; bien considerándolo un derecho real atípico<sup>993</sup>. En este sentido, la STS 808/2001 de 26 de julio, declara lo siguiente:

*“Cabe meditar si por ese título constitutivo (...) v. gr., se acuerde por el propietario de la cosa a favor de otra, un derecho a usar de su cosa, sin esas limitaciones, de tal forma que ni sea personal —se faculte para su cesión o transmisión—, (...). Entonces, cabría afirmar que acaso por el juego negocial —no muy pacífico en la doctrina— se habría conformado un tipo dentro de los «iura in re aliena» innominado, aunque, descolgado de la tipicidad expuesta (...), lo que conduce que en esa hipótesis de libertad de configuración, se estaría, no ante el derecho tipificado, sino ante «una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva ex arts. 531 y 533-2º CC»”<sup>994</sup>.*

### 2.3.2 Corriente contraria al carácter esencial de la intransmisibilidad

Frente a estos razonamientos, los autores de aquella otra corriente que defiende la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación, califican la intransmisibilidad de estos derechos como un elemento natural de los mismos, más que esencial, a lo que habría que objetar: si, *ex art. 523 CC*, todo lo que sigue es disponible, ¿cuáles son, entonces, elementos esenciales?

No tratándose, pues, de un elemento esencial, sería compatible la defensa de su transmisibilidad —cuando así conste en el título constitutivo— con su configuración

---

<sup>992</sup> De ahí que RAMS ALBESA, J. J., *ibid.*, p. 85, considere que el tratamiento que le otorguemos a la prohibición del art. 525 CC dependerá de si determinamos que la distinción entre los derechos de uso y usufructo es meramente cuantitativa —alcance del contenido del derecho, facultades y deberes del titular— o también cualitativa.

<sup>993</sup> *Vid.*, en tal sentido: VENEZIAN, G., *op. cit.*, p. 853; LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 77; MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 66; ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, t. VI, *op. cit.*, p. 226.

<sup>994</sup> Sobre las servidumbres personales, *vid.*: PALACIOS GONZÁLEZ, M. D., “Servidumbres prediales y personales: en especial, las servidumbres personales (típicas y atípicas)”, en *Tratado de servidumbres (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 183-214; y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Concepto y tipificación de las servidumbres en el derecho actual: la servidumbre predial de utilidad privada como genuina servidumbre y la más odiosa carga real inmobiliaria”, en *Tratado de servidumbres (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, La Ley, Madrid, 2015, p. 105, quien considera que “las servidumbres personales reciben la consideración de categoría residual, o de cajón de sastre donde encajar todo aquello que no sea servidumbre predial ni pueda calificarse o catalogarse en alguno de los típicos derechos reales de goce (desde el usufructo hasta la superficie)”.

como una figura autónoma: un derecho real de uso o habitación, distinto del usufructo. No se trataría, en definitiva, de un cambio que desnaturalizase el tipo. Seguiría siendo un derecho real de uso al que no se le aplicaría, por haberse excluido convencionalmente, lo dispuesto en el art. 525 CC<sup>995</sup>.

En su defensa de la transmisibilidad, esta corriente no considera un obstáculo que el art. 108.3º LH disponga que no se podrán hipotecar el uso y la habitación<sup>996</sup>. Lo contemplado en este precepto —dice VALVERDE Y VALVERDE— responde a la nota de la inalienabilidad que tiene el uso y la habitación según el Código, pues solo los derechos reales enajenables pueden ser hipotecados<sup>997</sup>. De ahí que considere que, si la Ley Hipotecaria vigente se revisó para adaptarla al Código, debió tener en cuenta que este permite el uso y la habitación como enajenables en el caso de que así se autorice en el título de constitución; razón por la que debió permitir la hipoteca de estos derechos cuando su título de constitución permitiese su enajenación o cesión. Y añade: “no solo porque todo derecho real enajenable puede hipotecarse (art. 106.2º LH), sino también porque resulta anómalo y contradictorio que el usuario que puede hacer lo más, como es enajenar el uso, no pueda lo menos, que es hipotecar tal derecho”<sup>998</sup>.

Esta corriente doctrinal defiende que, cuando el art. 524 CC se refiere a las necesidades del usuario y de las personas de su familia, realmente, no está configurando tales necesidades como fundamento de la medida, sino más bien como límite cuantitativo. Y, que se trate de un límite que fluctúa en función de las necesidades, es lo que explica que se prohíba la transmisión del derecho pues, cuando el mismo se constituyó, se hizo

---

<sup>995</sup> Vid., en tal sentido, CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, pp. 4165 y ss. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La transmisibilidad...”, *op. cit.*, p. 113 y en “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 886.

<sup>996</sup> No se entiende, a este respecto, la opinión de LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 77, quien considera que la transmisión de un derecho de uso o habitación, aun autorizada por el título, encontraría dificultades para su inscripción en el Registro de la Propiedad, “al estar prohibida expresamente la hipoteca del uso y la habitación, sin salvedad alguna”. Parece, así, mezclar la imposibilidad de gravar con hipoteca estos derechos (art. 108.3 LH) —y la denegación de la inscripción de tal hipoteca—, con la no inscripción del título constitutivo que faculta a la enajenación como posibilidad contemplada por el art. 523 CC. Es más, mantiene FERNÁNDEZ DOMINGO, J., *op. cit.*, p. 67, que, de aceptarse la intransmisibilidad basada en dificultades de calificación registral o de inscripción se estaría supeditando el contenido del derecho sustantivo a una regulación adjetiva, cual es la legislación del Registro de la Propiedad: la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario.

<sup>997</sup> Así lo contemplaba, incluso, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en la que, partiendo de lo que decían las Partidas, se contemplaba lo siguiente: “Con solo considerar que el derecho del usuario está tan limitado por las leyes de Partida que no le es lícito arrendar, y lo que es más, ni conceder el uso gratuito de la cosa, y por lo tanto, mucho menos enajenar el derecho que le corresponde, claro es que no puede tener la facultad de hipotecar ni la cosa ni su uso. Lo mismo debe decirse de la habitación (...)”.

<sup>998</sup> VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 456. Esta es la posición también adoptada por ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 560.



atendiendo a las necesidades —límite cuantitativo— del usuario y de su familia, que pueden no ser las mismas que las del nuevo usuario al que se le transmita el derecho<sup>999</sup>.

Con esta idea del límite cuantitativo como justificación de la intransmisibilidad parece identificarse también GARCÍA GOYENA cuando, al referirse a la diferencia entre el uso y el usufructo en lo que a transmisibilidad se refiere, dice que la razón de ser de tal diferencia es “que todo usufructuario, sin distinción de personas, hace siempre suyos todos los frutos; es, pues, indiferente al propietario la persona del que ejerce este derecho”, en cambio, “en el usuario todo es personal, y se amplía o limita el derecho según su condición, dignidad y familia; circunstancias que pueden variar aun después de haber principiado el uso, y no son adaptables al comprador, arrendatario o cesionario”<sup>1000</sup>.

El mismo GARCÍA GOYENA<sup>1001</sup>, al justificar la permisibilidad del arriendo por algunas leyes (Leyes 4<sup>1002</sup>, 12 —párrafo cuarto—<sup>1003</sup> y 22<sup>1004</sup>, todas del título 8 del libro 7 del Digesto), dice que tales leyes “contienen ejemplos en que es permitido al usuario el arriendo por haber conjeturas de que así lo quiso el testador: pero esto rigurosamente no es una excepción (sic) de este arriendo, sino una consecuencia del 470; la primera ley y

---

<sup>999</sup> En este sentido se pronuncia CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 274 y 275, quien plantea, como posible solución, admitir la renuncia de modo que el cesionario tenga como límite las necesidades del cedente, no las suyas. Posición similar a la de ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, op. cit., p. 559, quien llega a mantener que, transmitido o cedido su ejercicio, la medida de la extensión del derecho será la de las necesidades del usuario o habitacionista (y sus familias) originarios, no las del cesionario.

<sup>1000</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. I, op. cit., p. 417.

<sup>1001</sup> *Ibíd.*

<sup>1002</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 311: “pero que sin él, no pueden habitar estos. Mas Próculo nota en cuanto al inquilino, que no quiere que se entienda inquilino el que habita con él. Según estas cosas, aunque reciba pensión, habitando juntamente con él, no se le ha de prohibir. ¿Qué diremos si se hubiese dexado el uso de una casa espaciosa a un hombre de media esfera, que tenga lo suficiente con una parte de ella? La habitará también con aquellos que tiene en lugar de siervos para el trabajo, aunque sean libres, o siervos ajenos” (sic) (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII): “*ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum; quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuuncula contentus sit? Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint, vel servi alieni*”.

<sup>1003</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 313: “Si se legase el uso de alguna manada de caballos, se ha de ver si podrá domarlos, y usar de ellos para arar: y si acaso era cochero a quien se dexó el uso de los caballos, juzgo que no usará de ellos para los juegos circenses, porque esto es como alquilarlos. Pero si el testador se los dexó sabiendo que este era su instituto y vida parece que también quiso que usase en esta forma” (sic) (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII): “*Equitii quoque legato usu videndum, ne et domare possit, et ad vehendum sub iugo uti. Et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse*”.

<sup>1004</sup> *El Digesto...*, op. cit., p. 315: “El Emperador Adriano determinó, que a aquellos a quienes se les legó el uso de la selva, parecía que también se les había legado el fruto, porque si no se les permitiese a los legatarios cortar la selva, y venderla, del mismo modo que a los usufructuarios, no percibirían cosa alguna de este legado” (sic) (Pomponio; Comentarios a Quinto Mucio, libro V): “*Divus Hadrianus, quum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque iis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato*”.

regla es el título constitutivo; la voluntad tácita equivale a la espresa (sic)<sup>1005</sup> (el subrayado es nuestro).

Por su parte, para DORAL GARCÍA la razón de la prohibición del art. 525 CC se debe a razones históricas, al fin alimentario que estos derechos cumplían en su origen. Su finalidad es “marcar las diferencias con el usufructo (art. 480) y afirmar, con tutela jurídica eficaz, que lo que excede de la capacidad de goce, pertenece al propietario”, de ahí que el propietario sea libre de autorizar otra cosa al usuario y al habitacionista en el título constitutivo<sup>1006</sup>. Dicho de otra forma, si ese “riesgo” que asume el propietario, en el caso de que se transmita el derecho de uso que pesa sobre su bien, es la razón de no permitir la transmisibilidad del derecho, ¿qué problema hay si ambas partes llegan a un acuerdo en el título constitutivo permitiendo la transmisibilidad?

Y, en esta misma línea, se pregunta FERNÁNDEZ CAMPOS: si se admite que el contenido del derecho de uso o habitación puede variar después de haber sido constituido en función de las nuevas necesidades del usuario, ¿qué inconveniente hay en admitir que también la cesión temporal a un nuevo beneficiario o la transmisión a un nuevo titular pueda determinar un nuevo contenido, con arreglo a las necesidades del nuevo usuario?<sup>1007</sup>

Cabría, entonces, responder con lo que se afirmó al comienzo de este apartado. El legislador no contempla los derechos de uso y habitación como usufructos especiales, sino que les dedica un capítulo diferente —aunque con remisión al régimen del usufructo, precisamente en lo que quiera que tengan de común, no en lo demás—, tratándolos, por tanto, como una figura autónoma. Téngase en cuenta que, originariamente, el derecho de uso se distinguió del usufructo en que comprendía solo la facultad de uso, pero no la de disfrute (el *uti* pero no el *frui*). Fue posteriormente cuando, una nueva configuración del uso, lo aproxima al usufructo, con la configuración que hoy mantiene. Entre los elementos, pues, que lo diferencian del usufructo se encuentra el límite cuantitativo del derecho del usuario y su intransmisibilidad<sup>1008</sup>.

---

<sup>1005</sup> El art. 470 del Proyecto de 1851 equivale a nuestro actual art. 523 CC.

<sup>1006</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 525”, *op. cit.*

<sup>1007</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La transmisibilidad...”, *op. cit.*, p. 107, quien señala, además, que el carácter personal del derecho en cuanto a la determinación del contenido, no significa que el derecho se deba configurar con el carácter de personalísimo, de modo que impida su transmisión.

<sup>1008</sup> Sobre las diferencias entre habitación y uso y entre este y usufructo limitado, *vid.*, FERNÁNDEZ DOMINGO, J., *op. cit.*, pp. 43 y ss.

Por su parte, los elementos que diferencian el derecho de habitación del de uso son la ausencia de frutos, el objeto sobre el que recae —necesariamente ha de ser una casa—, así como el destino de vivienda al

Por tanto, no es que no se pueda pactar la transmisibilidad en el título constitutivo, lo que ocurre es que, si se pacta tal transmisibilidad, el derecho dejará de ser un derecho real de uso —o de habitación— para ser un derecho de usufructo, o una servidumbre personal... Se trata de uno de sus elementos esenciales, que diferencian el uso y la habitación del usufructo<sup>1009</sup>.

Tampoco es concluyente uno de los razonamientos de RIVERO HERNÁNDEZ cuando dice que la prueba de que la norma del art. 525 CC no es imperativa ni cuestión de orden público, ni constituye un elemento esencial, puede encontrarse, dentro de nuestro sistema jurídico, en ordenamientos como el navarro y el catalán, herederos también de la tradición jurídica romana y romanista<sup>1010</sup>. En virtud de lo dispuesto en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra respecto al derecho de habitación, se presumirá que este concede a su titular la facultad de arrendar la vivienda total o parcialmente, cesando el arrendamiento cuando se extinga el derecho de habitación (ley 424 CDCFN)<sup>1011</sup>, mientras que, respecto al derecho real de uso, establece que el titular del mismo no podrá ceder totalmente su derecho, aunque sí compartir su ejercicio con otras personas (ley 425 CDCFN)<sup>1012</sup>. Por su parte, también el Código Civil Catalán, en su art.

---

que sirve. *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.* y FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La transmisibilidad...”, *op. cit.*, p. 89.

<sup>1009</sup> De hecho, O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2016, p. 567, resta importancia práctica a este asunto pues, si el constituyente, o las partes de común acuerdo, quieren crear un derecho de uso o habitación transmisible pueden o bien constituir un derecho real nuevo o bien constituir un usufructo limitado.

<sup>1010</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

<sup>1011</sup> Ley 424 CDCFN: “a) Habitación.— A no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación, se presumirá que éste concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, así como de arrendar la vivienda total o parcialmente, y el arrendamiento cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna”. *Vid.* DÍAZ BRITO, F. J., *op. cit.*, 2002, p. 1409, quien considera que la facultad de arrendar total o parcialmente la vivienda supone un retorno a la concepción justiniana de la habitación, como veremos en el epígrafe III de este capítulo. En el mismo sentido, ARREGUI GIL, J., “Comentario a la ley 424”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.)*, t. XXXVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2007 [consultado el 4 de febrero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/268137>.

<sup>1012</sup> Ley 425 CDCFN: “b) Uso y otros derechos.— Salvo lo establecido en la ley anterior respecto a la habitación, los titulares de estos derechos concurrirán en su ejercicio con el uso ordinario del propietario o persona que lo sustituya; y no podrán ceder totalmente su derecho, aunque sí compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución como sin ella”. *Vid.* DÍAZ BRITO, F. J., *op. cit.*, p. 1412, quien afirma que la posibilidad contemplada en el precepto de que el usuario comparta el ejercicio de su derecho con otras personas es una solución amparada en las fuentes romanas que, como veremos en el epígrafe III de este capítulo, aluden a la presencia de un huésped o de un arrendatario que conviva con el usuario. Por su parte, ARREGUI GIL, J., “Comentario a la ley 425”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.)*, t. XXXVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2007 [consultado el 4 de febrero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/268139>, apunta que respeta esta ley lo que se conoce como el ligamen indisoluble del derecho con su titular, de ahí la prohibición de la cesión total.

562-4.1 CCcat.<sup>1013</sup>, contempla la posibilidad de que los titulares del derecho real de uso y habitación enajenen o graven su derecho si lo consienten los propietarios.

### 3. La aplicabilidad de la tesis al derecho del art. 96 CC

Cabe, llegados a este punto, observar lo desarrollado —sobre la transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación— desde el punto de vista del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en virtud del art. 96 CC. Derecho, este último, cuya naturaleza de derecho real de uso se viene defendiendo en esta obra y cuya intransmisibilidad se ha justificado al comienzo de este epígrafe.

En consonancia con lo advertido al hablar sobre el derecho real de uso, en aquellos supuestos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar se produzca judicialmente —por no haber acuerdo entre los cónyuges o por no ser este aprobado por el juez, notario o letrado de la Administración de Justicia—, la intransmisibilidad de tal derecho es indiscutible, en virtud de lo dispuesto por el art. 525 CC. Aunque se defendiese —según lo visto en el apartado anterior— la posibilidad de pactar la transmisibilidad del derecho real de uso, al no existir acuerdo, tal posibilidad decae. Esta intransmisibilidad del derecho real de uso casa a la perfección con el fin de la norma contemplada en el art. 96 CC.

Situémonos ahora en sede de un procedimiento de mutuo acuerdo, donde son los cónyuges los que, en el convenio regulador, llegan a un acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar.

De lo expuesto más arriba no puede concluirse que se encuentre suficientemente justificada la posición de aquellos que consideran que la intransmisibilidad no es un elemento esencial. La doctrina está dividida. De hecho, hemos visto cómo una corriente doctrinal mayoritaria apuesta por la posibilidad de que, por acuerdo de las partes, se pacte en el título constitutivo la transmisibilidad del derecho real de uso. Frente a ello, ya hemos advertido cómo lo que contempla el art. 96 CC es la atribución del uso de la que es vivienda familiar, por lo que la transmisión de ese derecho, con el correspondien-

---

<sup>1013</sup> Art. 562-4.1 CCcat.: “Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios”. Vid. ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 999, quien justifica este párrafo del precepto en la postura del actual legislador, más proclive a respetar la autonomía de la voluntad de las partes en la constitución y configuración de estos derechos. Por su parte, ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, p. 1357, justifica tal posibilidad en que la inalienabilidad del derecho de uso y habitación responde a una prohibición legal de disponer —no tratándose de una característica estructural de los derechos—, por lo que puede plantearse la posibilidad de su derogación en el título constitutivo del derecho o en un momento posterior.

te abandono, puede conllevar la pérdida del carácter de familiar y, por tanto, la extinción del derecho.

Pues bien, no obstante esta aparente confrontación, se ha de considerar que, aunque se admitiese la tesis que defiende la transmisibilidad del derecho real de uso general — si así lo contempla el título constitutivo—, ello no sería óbice para considerar el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real de uso, pues ya hemos advertido la especialidad del derecho contemplado en el art. 96 CC.

### **III. Sobre el arrendamiento de parte de la vivienda familiar**

En línea con lo se viene tratando, cabe preguntarse sobre la posibilidad de que el usuario de la vivienda arriende la parte de la misma —las habitaciones— que no utilice para él mismo.

Desde el punto de vista de la configuración del derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC, ningún obstáculo parece existir. En principio, casaría mal con el art. 96 CC arrendar toda la vivienda, pues perdería tal carácter y atentaría contra el fundamento y finalidad de la norma contemplada en el antedicho precepto. Ahora bien, ya hemos venido advirtiendo que este derecho de uso se refiere a la totalidad de la vivienda y es altamente probable que no todas sus habitaciones sean necesarias al usuario e hijos —en caso de haberlos—. Así, quedando salvaguardada la finalidad del art. 96 CC — proveer habitación a aquel cuyo interés sea el más necesitado de protección—, no parece existir obstáculo para que esa satisfacción de la necesidad habitacional de la familia sea compatible con el arrendo de aquella parte de la vivienda cuya ocupación no sea necesaria por el beneficiario del uso, siempre que quede salvaguardado el interés de los menores.

Desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso, cabe decir, en primer lugar, que los frutos que tendrá derecho a percibir el usuario se refiere a los naturales, industriales y civiles. Ya dijimos, al ocuparnos de los frutos, que el art. 524.I CC no restringe en ningún momento los frutos a los naturales e industriales, por lo que debe ser regla general que correspondan al usuario todos los frutos que produzca la cosa sobre la que recae el derecho, incluso los civiles, salvo que otra cosa se diga en el título constitutivo. Así se contempla también en el art. 471 CC en sede de usufructo, que pue-

de entenderse aplicable al derecho de uso por remisión del art. 528 CC<sup>1014</sup>. Es más, si la ley hubiese querido limitarlos a alguna clase de frutos, así lo habría hecho expresamente. En segundo lugar, la respuesta que se dé vendrá determinada por la interpretación que se haga del art. 525 CC —abordado en el anterior epígrafe— y en cuya virtud los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título.

Si acudimos a las fuentes antiguas, respecto al derecho de habitación, el *habitor* puede arrendar toda la casa entera (I. 2, 5, 5): “*Aquellos a quienes pertenece el derecho citado, según una decisión conforme al parecer de Marcelo que hemos publicado con miras de utilidad, han recibido de nosotros la facultad, no sólo de habitar ellos mismos, sino también de arrendar a otros*”<sup>1015</sup> (vid. también C. 3, 33, 13). Como recuerda VALVERDE Y VALVERDE, Justiniano estableció que una persona podría tener el derecho de habitación sin tener el habitador obligación de habitarla<sup>1016</sup>. También en las Partidas: “*E puede morar en ella éste á quien otorgaron la morada con la compañía que tuviere. E aun si la quisiere arrendar ó alojar puédelo facer. Pero á ome ó á mugeres que fagan y buena vecindad*” (Ley 27, título 31, Partida 3<sup>a</sup>).

Son, por tanto, los códigos modernos, a partir del Código francés, los que han vuelto a regular el derecho de habitación según el concepto primitivo, no aceptándose la variación introducida por Justiniano<sup>1017</sup>.

Un tratamiento distinto tiene el derecho real de uso, respecto al que, como hemos visto en el epígrafe anterior, los diferentes textos (Digesto, Instituciones, Partidas...) se refieren para negarle la posibilidad de que pueda ser transmitido o arrendado. En tal línea, ESCRICHE diferencia la habitación del uso, además de por las causas de extinción, porque el usuario no puede dar la casa en arriendo<sup>1018</sup>.

Realmente creo que tal afirmación necesita ser matizada. Si bien, en este sentido, el derecho real de uso se diferencia del de habitación, la diferencia estriba más bien en que el usuario no podrá arrendar la totalidad de la casa, disponiendo —o administrando—

---

<sup>1014</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4158.

<sup>1015</sup> Vid. ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, *op. cit.*, p. 206: “*quam habitationem habenti bus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare*”.

<sup>1016</sup> VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 455.

<sup>1017</sup> *Íd.*

<sup>1018</sup> Vid. ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 745 y 1520. En el mismo sentido: GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos (corregida y aumentada por AGUIRRE, J. y MONTALBÁN, J. M.)*, t. I, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1852, p. 297; SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Imprenta de D. Ramón Verges, Madrid, 1839, p. 137; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, pp. 673-674.

así de su entero derecho, que es lo que, en principio, parece prohibir el art. 525 CC, pero ello no obsta a que pueda arrendar las habitaciones sobrantes. Como mantiene GÓMEZ DE LA SERNA<sup>1019</sup>, la ley sí permite recibir huéspedes.

Tal posibilidad parece admitirse en el Digesto y en las Instituciones, que se refieren a la presencia de un huésped o de un arrendatario que conviva con el usuario<sup>1020</sup>:

*“Pero sin él no pueden habitar estos. Mas Próculo nota en quanto al inquilino, que no quiere que se entienda inquilino el que habita con él. Según estas cosas, aunque reciba pensión, habitando juntamente con él, no se le ha de prohibir. ¿Qué diremos si se hubiese dexado el uso de una casa espaciosa a un hombre de mediana esfera, que tenga lo suficiente con una parte de ella? La habitará también con aquellos que tiene en lugar de siervos para el trabajo, aunque sean libres, o siervos ajenos”* (sic) (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII [D. 7, 8, 4 pr.]<sup>1021</sup>.

*“El uso de la casa se dexó o al marido, o a la muger. Si al marido, puede habitar en ella no solo él, sino también con su familia. Pero se dudó si con sus libertos. Y Celso escribió, que también con ellos; también puede recibir huésped; así lo escribió en el libro diez y ocho de los Digestos; cuya sentencia aprueba Tuberon. También me acuerdo que trató Labeon en el libro Posteriorum si podrá recibir inquilino: y dice que el que por sí habita, puede recibir inquilino; y también huéspedes, y a sus libertos”* (Ulpiano; Comentarios a Sabino, libro XVII [D. 7, 8, 2, 1])<sup>1022</sup>.

*“El que tiene el uso de una casa, no tiene más que el derecho de habitarla él mismo, sin poder transferir este derecho a otro. Y solo tiene permiso*

---

<sup>1019</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *op. cit.*, p. 631.

<sup>1020</sup> *Vid.*, IGLESIAS, J., *op. cit.*, p. 216 y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *op. cit.*, p. 594. En cambio, GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. I, *op. cit.*, p. 417, mantiene, como ya advertimos más atrás, que esto no es más que una excepción a la norma general que prohíbe el arriendo y que se debe a la existencia de conjeturas de que así lo quiso el testador, no siendo, pues, una excepción a la imposibilidad de arriendo del derecho de uso.

<sup>1021</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 311 *“ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici qui cum eo habitet. Secundum haec, et si pensionem pereipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei invidendum; quid enim si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuneula contentus sit? Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitabit, licet liberi sint, vel servi alieni”*.

<sup>1022</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 311: *“Domus usus relictus est aut marito, aut mulieri; si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua; an et cum libertis, fuit quaestionis. Et Celsus scripsit: et cum libertis; posse hospitem quoque recipere; nam ita libro octavo decimo Digestorum scripsit, quam sententiam et Tubero probat. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem meminimus tractatum libro Posteriorum. Et ait Labeo, cum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere; item et hospites, et libertos suos”*.

*para recibir en ella un huésped, habitarla con su mujer, sus hijos, sus criados y las demás personas libres afectas a su servicio; lo mismo que sus esclavos; o con su marido si es mujer la que tiene el uso de la casa*". (I. 2, 5, 2)<sup>1023</sup>.

A los huéspedes se hace referencia también, respecto al derecho de uso, en las Partidas: "*Vso tan solamente auiendo algund ome en casa ajena, bien puede y morar él; é su mujer, é sus fijos, é su compañia, é puede y aun recibir huéspedes si quisiere*" (Ley 21, título 31, Partida 3<sup>a</sup>).

Así se contempla también en la actual ley 425 CDCFN, que posibilita compartir el ejercicio del derecho de uso con otras personas, mediante retribución o sin ella, volviendo así a la configuración justinianea<sup>1024</sup>. Posibilidad que también es admitida por la doctrina que comenta el CCcat. En este sentido, ANDRÉS ROMERO, partiendo de que el art. 562-4 CCcat. dispone que "*los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios*", dice que la indisponibilidad del derecho no afecta a su contenido —al ejercicio de sus facultades—. Nótese que, en la anterior legislación catalana, el art. 40.2 LUUH<sup>1025</sup> contemplaba expresamente que, si el derecho de uso de una vivienda se extendía a la totalidad de la misma, el usuario, una vez atendida sus necesidades y las de las personas que con él conviviesen, podía arrendar las dependencias que no precisase. Y aunque el actual CCcat. nada dice al respecto, se viene interpretando que nada impide que así sea, pues, téngase en cuenta que el uso se extiende a la totalidad de la vivienda, por lo que, una vez que el usuario satisface sus necesidades, si existen dependencias sobrantes, podrá arrendarlas<sup>1026</sup>.

---

<sup>1023</sup> ORTOLAN, M., *Explicación histórica...*, op. cit., 1884, pp. 406-407: "*Item, is qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur ut ipse tantum habitet: nec hoc jus ad alium transferre potest. Et vix receptum esse videtur ut hospitem ei recipere liceat, et cum uxore liberisque suis, item liberitis, nec non aliis liberis personis quibus non minus quam servis utitur, habitandi jus habeat; et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertinet, cum marito ei habitare liceat*".

<sup>1024</sup> Vid. DÍAZ BRITO, F. J., op. cit., p. 1412. En p. 1414, si bien acepta que el usuario pueda obtener todo tipo de frutos, respecto a los frutos civiles, será con la limitación impuesta en la ley 425 a la cesión total del derecho.

<sup>1025</sup> Art. 40.2 LUUH (Ley 13/2000, de la Generalidad de Cataluña, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación): "*Si el derecho de uso de una vivienda se extiende a la totalidad de la misma, el usuario puede alquilar o ceder a otro por cualquier título las dependencias que no necesite para él y las personas que convivan con él, por una duración que no exceda de la del derecho de uso. El alquiler o la cesión se extinguen al extinguirse el derecho de uso*".

<sup>1026</sup> ANDRÉS ROMERO, M. E., op. cit., p. 1000, quien añade que no podrá defenderse tal posibilidad respecto al derecho de habitación, pues este se limita a las dependencias contempladas en el título y, en su defecto, a las precisas para cubrir las necesidades del habitacionista y de quienes con él convivan. En el mismo sentido, ESPIAU ESPIAU, S., "Comentario a los artículos 562-1 a 562-9", op. cit., p. 1356 y 1378, añade que, en tales casos, el usuario sigue conservando su titularidad.



No veo obstáculo para admitir tal posibilidad en la actual regulación del derecho real de uso del Código Civil. Por más que pudiéramos defender el carácter personalísimo del derecho real de uso, así como el destino del mismo a satisfacer concretamente las necesidades del titular del derecho, a tal fin no se opone que se arriende la parte de la casa o las habitaciones de la misma que no sean necesarias, pues, como hemos reiterado, a diferencia del derecho de habitación, tratándose de un derecho real de uso, el mismo se extiende a todo el inmueble, por lo que es posible que existan habitaciones que sobren y que, por tanto, no sirvan a la satisfacción de las necesidades a las que el derecho real de uso se enfoca, pudiendo, además, servir la obtención de la renta para completar esa necesidad asistencial.

De admitirse tal posibilidad en el derecho de uso de la vivienda familiar, habríamos de hacer varias precisiones. La primera, que esa posibilidad de arriendo ha de estar prevista en el título constitutivo del derecho de uso, haber sido acordada por las partes, pues se estarían percibiendo frutos civiles y, como advertimos al tratar los frutos<sup>1027</sup>, el art. 96 CC faculta al uso en el sentido de ocupación de la vivienda a fin de satisfacer las necesidades habitacionales, nada más. No podría darse, por tanto, cuando el uso del art. 96 CC es atribuido judicialmente, en defecto de acuerdo. La segunda, que ello, obviamente, habría de tener reflejo en la cuantificación de las pensiones que pudieran haberse establecido: en el caso de pensión alimenticia a favor de hijos, este arriendo conlleva unos ingresos para el cónyuge custodio que mejorarán su posición económica y, como ya se advirtió al comienzo de esta tesis, la contribución de cada uno de los padres a los alimentos de los hijos será proporcional, no solo a las necesidades de estos últimos, sino también a los medios de los que disponga cada uno de ellos (*cf.* arts. 93 y 146 CC), y ese alquiler, obviamente, supondrá un aumento de los medios con los que cuenta el cónyuge custodio; de existir pensión compensatoria, podría entenderse, atendiendo a las circunstancias del caso, y a efectos de cuantificación, que esos frutos civiles que provienen del arriendo atenúan el desequilibrio económico que propicia la existencia de la referida pensión. La tercera precisión, que el arriendo no podría exceder de la duración del derecho de uso de la vivienda familiar, a cuya vigencia quedará condicionada, ya que nos encontraríamos, de nuevo, ante un derecho sobre derecho, y sería de aplicación aquel aforismo *nemo dat quod non habet* y, por tanto, como se dijo en otro momen-

---

<sup>1027</sup> *Vid. supra*, cap. quinto, I.2.

to<sup>1028</sup>: “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido” (*resolutio jure dantis, resolvitur ius concessum*).

#### IV. Obligaciones del beneficiario del uso<sup>1029</sup>

A la hora de referirnos a los deberes que incumben al usuario y discernir cuáles de ellos pueden ser aplicables al beneficiario del uso de la vivienda familiar en virtud del art. 96 CC, hemos de acudir a las normas contempladas para el usufructo, en virtud de la remisión que a ellos realiza el art. 528 CC. En sede de uso y habitación, únicamente el art. 527 CC se refiere a obligaciones, concretamente a la participación del usuario en los gastos.

##### 1. Obligación de inventario y fianza

Cierto es que, a la hora de atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, no se viene exigiendo la formación de inventario ni la prestación de fianza por el beneficiario. La razón no es otra que la ausencia de previsión alguna al respecto en el art. 96 CC<sup>1030</sup>.

Ahora bien, en nuestra defensa por considerar tal derecho como un derecho real de uso y en nuestro propósito de aplicarle el régimen jurídico de este último, se ha de entender aplicable al derecho de uso, con carácter general, lo dispuesto en sede de usufructo en los arts. 491 y ss. CC respecto a la obligación de formar inventario —incluida la dispensa del art. 493 CC— y prestar fianza, pues existe la misma razón que en el usufructo para exigir tales obligaciones: “identificar” el estado físico de la cosa objeto del derecho y garantizar la correcta devolución o restitución al nudo propietario de tal cosa, una vez que haya transcurrido el plazo temporal para el que se constituyó<sup>1031</sup>. Es, además, lo idóneo, teniendo en cuenta el posible largo plazo durante el cual el beneficiario

---

<sup>1028</sup> Respecto al derecho sobre derecho, *vid. supra*, cap. primero, V.1.2.

<sup>1029</sup> Apunta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 648, que no se trata propiamente de obligaciones, sino más bien de cargas que el usufructuario ha de cumplir para “entrar en el goce de los bienes” (art. 491 CC). Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 495, se inclina por considerarlas obligaciones, pues este es el espíritu de la ley a la vista de la terminología que utiliza. No obstante, no es una cuestión que afecte al objeto de esta tesis.

<sup>1030</sup> Únicamente la LVRF, contempla, en su art. 12.10 la realización de un inventario de los bienes y enseres comunes que permanezcan en la vivienda, una vez que la parte que haya de abandonar la vivienda familiar retire sus ropas, efectos y enseres de uso personal y profesional.

<sup>1031</sup> *Vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales...*, *op. cit.*, p. 147.

del uso puede estar ocupando la vivienda familiar en virtud del derecho que le faculta a ello.

Ya en las Partidas se exigía fianza tanto al usuario como al habitador; así, respecto al uso (Ley 20, título 31, Partida 3ª): “*E ave dezimos, que deue dar buenos fiadores, que usara de la cosa a buena fe, assi como buen ome, non faziendo daño en ella, por que se empeorasse, e se perdiessse, por su culpa*”; respecto a la habitación (Ley 27, título 31, Partida 3ª): “*Otrosi deue dar buenos fiadores, que tornara la casa a su dueño, o a sus herederos despues de su muerte, o del otro plazo que fuere puesto entre ellos*”.

En cuanto a la formación de inventario, conforme establece el referido art. 491 CC, habrá de realizarse con citación del propietario o su representante y su contenido consistirá en la tasación de los muebles y en la descripción del estado del inmueble. La descripción del inmueble, considera RAMS<sup>1032</sup> que debería contener una referencia específica a la destinación económica ordinaria de que es objeto en manos del concedente, pues este inventario expresivo del estado de las cosas deberá servir de referencia para poder valorar, en su caso, los supuestos que puedan dar lugar a abuso en el aprovechamiento, lo cual constituye una causa de extinción. Respecto a los muebles que no sean de puro amueblamiento, sino que se sometan a una utilización que los gasta o deteriora, considera este mismo autor insuficiente la mera tasación de los mismos, en tanto que es importante contar con datos sobre su identidad y estado de conservación en el momento de constitución del derecho.

En cuanto a la prestación de fianza, la misma deberá cuantificarse atendiendo al aprovechamiento ordinario de la cosa. En caso de insuficiencia o falta de la misma, las posibles alternativas planteadas en el art. 494 CC (administración ajena y acaso el disfrute por equivalente) son difícilmente aplicables al uso y a la habitación, pues, como mantiene LACRUZ, se plantea el problema de cómo puede conciliarse el carácter personalísimo del derecho con tales soluciones; apunta, por ello, al remedio del art. 495.I CC (entrega bajo caución juratoria) como la solución más viable para conciliar los intereses concurrentes<sup>1033</sup>.

---

<sup>1032</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>1033</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 80. En sentido contrario, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 559, quien considera que, tratándose de un habitacionista que no haya prestado fianza, no podrá obtener, bajo caución juratoria, que se le deje ocupar la vivienda objeto de su derecho, pues, por el contenido del derecho de habitación, que sólo faculta a ocupar la vivienda necesaria para el habitacionista, resultaría que este siempre podría librarse de prestar fianza. Tal argumento lo podemos considerar igualmente aplicable al derecho de uso que recae sobre una casa.

## 2. Utilización y aprovechamiento diligente

Como límite del ejercicio de su derecho —más que como obligación— típico de los *iura in re aliena*, el beneficiario del uso del art. 96 CC —usuario, según defendemos— ha de utilizar y aprovechar la vivienda respetando su sustancia y destino económico<sup>1034</sup>.

En virtud de la remisión que el art. 528 CC realiza a las disposiciones establecidas para el usufructo, el titular del derecho, además, habrá de cuidar la cosa dada como un buen padre de familia (art. 497 CC)<sup>1035</sup>. Se trata de un deber de diligencia. El usuario tiene un deber de custodia de la cosa gravada, que se encuentra directamente relacionado con la obligación de poner en conocimiento del propietario los hechos que puedan lesionar los derechos de propiedad<sup>1036</sup>, respondiendo, si no lo hiciera, de los daños y perjuicios como si hubieran sido ocasionados por su culpa (art. 511 CC). En este mismo sentido, RAMS considera que se ha de incluir también la obligación de ejercer las acciones posesorias frente a un perturbador en los siguientes casos: cuando el usuario ocupa, con exclusión del propietario, el objeto de su derecho —como es el supuesto del que nos ocupamos—; cuando la mera notificación de los actos de perturbación pueda producir indefensión por parte del propietario; o bien cuando, por la brevedad de los plazos, no sea posible el ejercicio de estas acciones por el propietario, de forma que su no interposición le conduzca a largos pleitos para defender su derecho<sup>1037</sup>.

## 3. Cargas, gastos y reparaciones vinculadas a la vivienda familiar atribuida

El art. 527 CC regula la contribución por parte del usuario y habitacionista a las cargas y gastos generados por la cosa sobre la que recae el derecho. Distingue entre “*Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa*” (párrafo primero) o “*Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa*” (párrafo segundo)<sup>1038</sup>.

---

<sup>1034</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, op. cit.

<sup>1035</sup> En el Código francés, el art. 627 CCfr., se refiere expresamente al derecho de uso y habitación, diciendo: “*L’usager, et celui qui a un droit d’habitation, doivent jouir raisonnablement*”.

<sup>1036</sup> DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho...*, vol. VI, op. cit., p. 202, considera que, si bien el Código se refiere a lesiones posibles en el derecho de propiedad, habrá que entender también incluidas las posibles lesiones en las cosas objeto del derecho de propiedad.

<sup>1037</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, op. cit., p. 79.

<sup>1038</sup> Si acudimos a la regulación del derecho de uso y habitación en el derecho foral, la ley 423.2 CDCFN dispone: “*El titular sólo tendrá obligación de pagar las contribuciones que graven precisamente el uso*

Siguiendo a RAMS<sup>1039</sup>, cabría entender que el legislador parte del presupuesto en que el usuario no se encuentra en posesión de los bienes fructíferos ni cultiva directamente el fundo —no ejerce su derecho sobre la cosa misma—, por lo que cuando hay goce directo sobre la cosa objeto de uso habrá que estar, en todo caso, a lo establecido en la regla primera —párrafo primero— del art. 527 CC, dejando la segunda regla —segundo párrafo— para el uso anómalo, es decir, cuando no lleva aparejada la posesión de la cosa.

En cualquier caso, la idea de la que parte el art. 527 CC parece ser la misma en la que se asentaban las Partidas (Ley 22, Título 31, Partida 3ª)<sup>1040</sup>: el propietario será el que haya de afrontar los gastos y cargas siempre que le quede una parte de frutos o aprovechamiento bastantes para cubrirlos.

No ocurre así en el usufructo, en el que el propietario no obtiene ningún rendimiento. Lo mismo sucede si el usuario consume todos los frutos de la cosa ajena o el habitacionista ocupa toda la casa, de ahí que el art. 527.I CC los equipare, a estos efectos, al usufructo. Este primer párrafo del art. 527 CC también lo entendemos aplicable al supuesto de uso de la vivienda familiar, pues, siendo poco probable la existencia de frutos, el uso abarca la totalidad del inmueble, debiéndose, así, equiparar al usufructo: lo importante, a estos efectos, es que el usuario agota las utilidades del bien. Ya ESCRICHE<sup>1041</sup>, partiendo de aquella Ley de las Partidas, equiparó el usuario al usufructuario cuando el primero ocupase toda la casa.

En virtud del art. 527.I CC que entendemos de aplicación, el usuario estará obligado a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones “*del mismo modo que el usufructuario*”, más allá de los gastos de cultivo que, a efectos de nuestro estudio, no suscitan especial interés.

---

*exclusivo que él haga de la cosa; asimismo deberá hacer las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario”.*

<sup>1039</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>1040</sup> Ley 22, Título 31, Partida 3ª: “*Mas el que ouiesse vso tan solamente en la cosa, segund diximos en la ley ante desta, non es tenuto, nin obligado, a fazer ningua cosa destas sobredichas, en aquella cosa en que lo ouiere. Fueras ende, si fuesse tan pequeña, que el solo lleuasse todo el esquilmo, por razon del vso que auia en ella. Ca estonce tenuto seria de la aliñar, e de la guardar, e de pechar por ella, assi como sobreciho es*”.

<sup>1041</sup> ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 1520: “(...) y por fin no está obligado a pagar los gastos del reparo de la casa o cultivo de la heredad, ni los tributos o pechos sobre ella impuestos, a no ser que absorba todos los frutos del fundo u ocupe toda la casa, pues en tal caso lo estará a todo, por considerarse entonces el uso como verdadero usufructo; leyes 20, 21 y 22, tít. 31, Part. 3ª”. En el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *op. cit.*, p. 631: “el usuario debe (...) solo pagar los gastos de cultivo, las reparaciones, los tributos y las cargas de la finca, en el caso de que todos sus productos los absorba la servidumbre”.

Esta norma, así como aquellas sobre el usufructo a las que se remite, son dispositivas. Por tanto, lo anterior regirá en el caso de que las partes no hubiesen dispuesto algo distinto en el título constitutivo haciendo uso de la autonomía de la voluntad, tal y como faculta el art. 523 CC.

### 3.1 Reparaciones

En aplicación del párrafo primero del art. 527 CC —que anteriormente hemos defendido—, el usuario estará obligado a los “*reparos ordinarios de conservación*”. Haciendo uso de la remisión a la regulación del usufructo, podemos entender por tales reparaciones ordinarias “*las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan de uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación*” (art. 500 CC)<sup>1042</sup>. Esta obligación deriva del deber de conservación y cuidado diligente de los bienes (art. 497 CC)<sup>1043</sup>. Por “*uso natural de las cosas*” entiende GARCÍA CANTERO el uso conforme al destino impuesto a la cosa por el nudo propietario y, en el caso de no constar, el que derive de la naturaleza de la cosa<sup>1044</sup>.

Para DORAL GARCÍA DE PAZOS, las reparaciones ordinarias, desde el punto de vista subjetivo, se caracterizan por su previsibilidad, por ser soportables (en cuanto proporcionales al rédito) y por su normalidad (gastos ordinarios por efecto normal del uso del

---

<sup>1042</sup> La Sentencia 80/2017 de 30 de marzo del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia, afirma que “*las indemnizaciones que puede exigir el propietario son las que se derivan de operaciones de mantenimiento omitido por desperfectos ocasionado por el normal uso de la vivienda, pero no aquellas que no provengan de deterioro o desgaste inherentes al uso de la misma*”, y considera, en este caso concreto, desperfectos propios del normal uso: avería en mecanismos de persianas del comedor, manchas de humedad en el pasillo (en la medida que es una mancha de humedad sita al otro lado de la ducha, por lo que hay que inferir que la misma es causada por falta de mantenimiento de las juntas de azulejos del baño), parqué, pintura en general, rotura del difusor en el grifo del fregadero, botón de campana extractora, cristal de la mesa de la cocina...

<sup>1043</sup> La STS 250/2018 de 25 de abril, al considerar que el deterioro y los desperfectos de la casa proceden, precisamente, de una falta de conservación y mantenimiento durante un número prolongado de años, considera exigibles las siguientes reparaciones: vigas con resto de óxido; restos de humedades; condensaciones en el interior de la vivienda; restos de filtraciones de agua desde la cubierta; puertas de paso interiores totalmente humedecidas, entumecidas, deformadas, con herrajes oxidados; carpintería exterior de vivienda en mal estado, entumecida, con herrajes oxidados; paramentos verticales y horizontales de la vivienda con desconchados y grietas, restos de humedad y con pérdida del enlucido generalizado; mobiliario y equipamiento de cocina y baño con humedades, óxido, suciedad...; depósitos prefabricados de agua con fisuras que le provocan fugas; rejas de ventanas totalmente oxidadas...

<sup>1044</sup> GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 491 a 512 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil* (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.]), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1333. En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 3995, quien se refiere al uso habitual y ordinario además de razonable y conforme a su naturaleza y destino económico, atendiendo a criterios objetivos y no los subjetivos del usufructuario.

goce)<sup>1045</sup>; desde el punto de vista objetivo, se caracterizan por ser necesarias e indispensables para la conservación de la cosa (no suponen sustitución de partes esenciales como las extraordinarias)<sup>1046</sup>.

Pese a que el art. 527 CC no hace alusión alguna a las reparaciones extraordinarias, por las remisiones y equiparaciones antedichas, entendemos también aplicable al usuario el art. 502 CC, de forma tal que el usuario podrá hacer, asimismo, las reparaciones extraordinarias cuando las mismas fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa y no las hiciera el propietario, aunque tendrá derecho a exigir de este último, al concluir el uso, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las referidas obras<sup>1047</sup>. El mismo precepto establece un derecho de retención hasta que se le satisfaga dicho importe.

No obstante todo lo anterior, y como mantiene BELUCHE RINCÓN<sup>1048</sup>, en la práctica es la autoridad judicial, atendiendo a determinados criterios (periodicidad, previsibilidad, duración, cuantía, etc.), y en función de las circunstancias y opinión de los peritos, quien decide si una reparación es ordinaria o no, cuando entre las partes no hay acuerdo al respecto.

---

<sup>1045</sup> DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 500”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DíEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230280>. En un sentido similar, CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 3996, considera las reparaciones ordinarias como soportables, de escasa entidad económica y, en cierta medida, previsibles.

<sup>1046</sup> La diferencia entre los deterioros que deben repararse (art. 500 CC) y los que no (art. 481 CC), se encuentra en su indispensabilidad para la conservación de la cosa. La STS 250/2018 de 25 de abril, dice que el nudo propietario puede exigir al usufructuario de la casa “*las reparaciones indispensables para su conservación, las que permitan continuar disfrutando de la cosa en el estado que se recibió para mantener su función y utilidad*”; lo que no podría sería “*exigir la reparación de los deterioros naturales y consustanciales al uso adecuado de la cosa conforme a su destino (art. 481 CC)*”. *Vid.*: CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 3996; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 481”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DíEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230258>.

<sup>1047</sup> La SAP de Guipúzcoa 178/2009 de 18 de junio, a *contrario sensu* de lo establecido en el art. 500 CC, mantiene que serán reparaciones extraordinarias “*las que sean igualmente indispensables para la conservación de la cosa usufructuada y no sean resultado del deterioro o desgaste inherentes al uso natural de la misma*”. Así, la SAP de Madrid de 8 de febrero de 2000, considera reparaciones extraordinarias las habidas en el ascensor y las derramas por cambio de depósito del agua; la SAP de Madrid de 13 de noviembre de 2009, considera que la sustitución de la caldera de gas de la vivienda es un gasto extraordinario que afecta a la propiedad, en tanto que se trata de la sustitución de un elemento esencial de la vivienda; la Sentencia 80/2017 de 30 de marzo del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia, considera que las reparaciones de fisuras difícilmente pueden ser derivadas del normal uso, considerando el perito que son debidos al asentamiento del edificio, por lo que no podrán ser considerados responsabilidad del usufructuario.

<sup>1048</sup> BELUCHE RINCÓN, I., “Comentario al artículo 500”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 2014.

## 3.2 Pago de cargas, contribuciones y otros gastos

### 3.2.1 Aplicación del régimen jurídico del derecho real de uso

Se ha de dejar sentado que los preceptos a los que vamos a hacer referencia se limitan a disciplinar las relaciones entre usufructuario, usuario o habitacionista y propietario respecto a una serie de gastos, sin que ello tenga trascendencia respecto de los terceros acreedores. No se altera ni la naturaleza de la deuda ni la persona del sujeto pasivo —deudor— que establezcan las normas tributarias: respecto a los terceros acreedores, seguirá siéndolo quien lo fuese al constituirse la obligación o quien señale la ley<sup>1049</sup>, sin perjuicio de que el régimen jurídico aplicable al derecho de uso dé lugar a una relación de crédito-deuda entre usuario y nudo propietario, según quien lo pague al acreedor externo. Nótese cómo el art. 17.5 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT), aunque referido a la existencia de actos o convenios, establece que “*Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas*”.

En cuanto al pago de las contribuciones, a las que también se refiere el art. 527 CC, hemos de acudir a lo dispuesto en materia de usufructo, donde se contempla el reparto entre usufructuario y propietario de las deudas que pueda haber con terceros por razón de los bienes usufructuados, ya se trate de deudas nacidas conforme al Derecho privado —cargas privadas— o conforme al Derecho público —tasas, contribuciones especiales o tributos (art. 2 LGT)—<sup>1050</sup>. Los ordenamientos modernos en general, siguiendo la tradición del *ius commune*, establecen un criterio en virtud del cual las cargas conexas al goce de la cosa gravan al usufructuario en tanto que a él corresponden los rendimientos netos de las cosas, mientras que son de cargo del nudo propietario las que derivan del capital o están destinadas a mantener inalterada material o jurídicamente la propia cosa<sup>1051</sup>. La doctrina moderna, y así se refleja en el Código Civil, parte de dos criterios de imputación: según el gravamen recaiga sobre los frutos o rendimientos o sobre la cosa en cuanto capital; y en función de la periodicidad, según la carga o impuesto sea anual o por periodicidad superior al año. Veámoslo.

---

<sup>1049</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4018.

<sup>1050</sup> *Ibid.*, p. 4017.

<sup>1051</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación, op. cit.*



### 3.2.1.1 A cargo del usuario

Respecto a las que son de cuenta del usufructuario —o usuario— durante el tiempo que dure el usufructo —o derecho de uso—, el art. 504 CC se refiere a las cargas y contribuciones anuales (o con periodicidad inferior al año) y a las que se consideren gravámenes de los frutos.

En primer lugar, en cuanto a las cargas —privadas— anuales (o con periodicidad inferior), si atendemos al supuesto de derecho real de uso de una vivienda, podemos situar entre las mismas el seguro del hogar o la cuota de la comunidad de propietarios. Respecto a esta última, en una comunidad en régimen de propiedad horizontal, serán de cuenta del usuario, en la relación interna con el propietario, los gastos generales para el sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (art. 9.1.e LPH), así como la contribución al fondo de reserva para atender obras de conservación y reparación de la finca (art. 9.1.f LPH), en la parte relativa a las reparaciones ordinarias, no a las extraordinarias, que serán de cuenta del nudo propietario (por aplicación, por remisión, del art. 501 CC). Cuestión distinta es que, frente a la comunidad de propietarios, el obligado sea el propietario de la vivienda *ex art. 9 LPH*<sup>1052</sup>.

El pago de los gastos por suministros (gas, electricidad, teléfono, agua...) corresponde, asimismo, al usufructuario —usuario—, pero no por lo dispuesto en el art. 504 CC, sino por ser quien los genera<sup>1053</sup>.

Atendiendo a la equiparación con el usufructuario ya anunciada, se podría entender, además, que el usuario ha de soportar los gastos, costas y condenas de los pleitos suscitados con ocasión del derecho real de uso (*cfr.* arts. 527, 528 y 512 CC)<sup>1054</sup>.

En segundo lugar, cabe referirse a las contribuciones anuales (o con periodicidad inferior) de Derecho Público que son a cuenta del usufructuario —o usuario—. Entre los tributos que gravan el disfrute del bien, se ha de hacer referencia, fundamentalmente, al Impuesto sobre Bienes Inmuebles<sup>1055</sup>, por haber sido especialmente discutido<sup>1056</sup>. Exis-

---

<sup>1052</sup> Vid. MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal: después de la reforma de 2011*, vLex, Barcelona, 2012, pp. 112 y 113; FUENTES LOJO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2003 [consultado el 4 de mayo de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/176754>; o CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4018.

<sup>1053</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4017.

<sup>1054</sup> Vid. ROVIRA SUEIRO, M., *op. cit.*, p. 766.

<sup>1055</sup> Vid. RDGRN de 29 de mayo de 1980, que consideró a cargo del usufructuario la contribución territorial urbana.

tiendo un derecho de usufructo sobre un inmueble, el pago del IBI corresponde al usufructuario. No solo en la relación interna propietario-usufructuario, sino que es considerado como sujeto pasivo. Así se extrae de lo dispuesto en los arts. 61.1 y 61.2 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, TRLRHL)<sup>1057</sup>. Dicha ley establece los derechos cuya titularidad constituye el hecho imponible del impuesto, entre los que se encuentra el derecho de usufructo (en caso de que no exista sobre el bien concesión administrativa ni derecho real de superficie) y el derecho de propiedad (en defecto de todos los anteriores), siendo sujeto pasivo quien ostente la titularidad del derecho que sea constitutivo del hecho imponible en cada caso (art. 63.1.I LRHL)<sup>1058</sup>. Los referidos preceptos del TRLRHL no dicen, en cambio, nada sobre el derecho de uso, pues únicamente consideran como hecho imponible del impuesto la titularidad de una concesión administrativa, derecho real de superficie, derecho real de usufructo o derecho real de propiedad. Comenta al respecto GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>1059</sup> que la lista del art. 61 TRLRHL es una lista cerrada (STSJ de Canarias de 13 de abril de 1998), de manera que la titularidad de ningún otro derecho distinto de los enumerados en tal precepto provoca el devengo del hecho imponible del IBI; ni tan siquiera mediante una labor de integración analógica considera que pueda extenderse a

---

<sup>1056</sup> Más allá del IBI, téngase en cuenta que el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, TRLITPAJD), considera, como transmisiones patrimoniales sujetas, la constitución de derechos reales (art. 7.1.b TRLITPAJD), y considera sujeto pasivo aquel a cuyo favor se realice este acto (art. 8.c TRLITPAJD). Por su parte, en virtud del art. 85.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (en adelante, LIRPF), los frutos son renta a efectos de este tributo.

<sup>1057</sup> Art. 61.1 y 2 TRLRHL: “1. Constituye el hecho imponible del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:

a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.

b) De un derecho real de superficie.

c) De un derecho real de usufructo.

d) Del derecho de propiedad.

2. La realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble urbano o rústico a las restantes modalidades en el mismo previstas. En los inmuebles de características especiales se aplicará esta misma prelación, salvo cuando los derechos de concesión que puedan recaer sobre el inmueble no agoten su extensión superficial, supuesto en el que también se realizará el hecho imponible por el derecho de propiedad sobre la parte del inmueble no afectada por una concesión”.

<sup>1058</sup> Art. 63.1.I LRHL: “Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.”

<sup>1059</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L., “El hecho imponible del impuesto sobre bienes inmuebles”, en *Los Tributos Locales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, [BIB 2011\5823].

otros derechos reales de disfrute como el de uso, pues el art. 14 LGT<sup>1060</sup> prohíbe la analogía en relación con el hecho imponible.

En el derecho real de uso, que siga siendo el propietario el titular del hecho imponible del IBI —sujeto pasivo—, no impide, como explicamos al principio de este epígrafe, que, fruto de la remisión del art. 527 CC a las normas de usufructo, en la relación interna propietario-usuario, sea a este último a quien corresponda hacer frente al pago, pues la remisión, al respecto, de las normas del derecho de uso a las del usufructo es clara, pese a que sujeto pasivo frente al acreedor lo continúe siendo el propietario a efectos de la LGT.

Sin embargo, pese a tal posibilidad, sería incluso posible, partiendo de aquel art. 61 TRLRHL, defender como hecho imponible la titularidad de un derecho real de uso sobre un inmueble; es decir, que fuera sujeto pasivo directamente el titular del derecho real de uso —o incluso de habitación—. Como mantiene CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, que aquel art. 14 LGT prohíba la interpretación analógica no quiere decir que haga lo propio con la interpretación extensiva<sup>1061</sup>. Entre otras razones, de no considerarlo así —dice—, de atender en exceso a la literalidad de esta norma tributaria —que prohíbe “*extender más allá de sus estrictos términos...*” —, no habría que entender solo proscrita la interpretación extensiva, sino también la restrictiva; solo cabría hacer de la norma fiscal una interpretación declarativa estricta, lo cual prácticamente equivaldría a prohibir cualquier verdadera interpretación, haciendo inútil la remisión del art. 12.1 LGT al art. 3.1 CC o la existencia de la interpretación auténtica en materia fiscal (*ex art. 12.3 LGT*).

Así, dice CERDEIRA que en la interpretación extensiva lo que hay es “una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo”, por lo que se trataría de resolver el caso ampliando “una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso”<sup>1062</sup>. Este es el mecanismo que tiene cabida en el caso del que nos ocupamos, y no el analógico, pues no se trata de considerar que —como ocurre en la aplicación analógica— la ley no dijo ni quiso decir expresa y directamente nada, sino que —como ocurre en la interpretación extensiva— la ley dijo menos de lo que quiso o pudo decir.

---

<sup>1060</sup> Art. 14 LGT: “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

<sup>1061</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Igualdad en el tratamiento fiscal de los divorcios judicial y notarial: ¿por analogía o por interpretación extensiva?”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 71, 2017, pp. 160-165.

<sup>1062</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Igualdad en el tratamiento...”, *op. cit.*, pp. 160-165.

En este ámbito tributario, el régimen del usuario —o incluso el del habitacionista— que ocupa toda la casa —que agota las utilidades del bien— es equiparable —como hemos mantenido— al del usufructuario, y así se desprende de lo contemplado en el art. 527 CC. No se entiende entonces cómo, a pesar de decir el art. 527 CC que el usuario que consume todos los frutos o el habitacionista que ocupa toda la casa está obligado “(...) *al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario*”, la LGT no contempla como hecho imponible la titularidad del derecho real de uso o de habitación en estos casos, al igual que contempla el usufructo. La razón, a buen seguro, como mantiene GARCÍA-MONCÓ<sup>1063</sup>, para suprimir —o más bien para no integrar— la mención a figuras tales como el derecho de uso o el de habitación en la delimitación del hecho imponible, fue “la escasa entidad y existencia” de estos derechos —como consta en la Memoria que acompañó al proyecto de LRHL<sup>1064</sup>—, mas no porque el legislador quisiera excluirlas, eximiéndolas del pago del impuesto.

Por otra parte, en lo que a tasas se refiere, el art. 23.1.b TRLRHL establece que son sujetos pasivos de las tasas, en concepto de contribuyentes, las personas que “*soliciten o resulten beneficiadas o afectadas por los servicios o actividades locales que presten o realicen las entidades locales, conforme a alguno de los supuestos previstos en el artículo 20.4 de esta ley*”. Este último, por su parte, se refiere, entre otros, a servicios de alcantarillado, tratamiento y depuración de aguas residuales, recogida de residuos sólidos urbanos, tratamiento y eliminación de estos, monda de pozos negros y limpieza en calles particulares, distribución de agua, gas, electricidad y otros abastecimientos públicos, etc. El obligado, pues, al pago, será el usufructuario —usuario— en cuanto beneficiario de los servicios.

### 3.2.1.2 A cargo del propietario

Respecto a las contribuciones que son de cuenta del propietario, el art. 505 CC considera que son aquellas que graven el capital. Si ambos cónyuges fuesen propietarios, se sufragará en la proporción en que cada uno sea propietario de la misma, independientemente de quién haya resultado beneficiario del uso —en caso de ser un bien ganancial,

---

<sup>1063</sup> GARCÍA-MONCÓ, A. M., *El impuesto sobre bienes inmuebles y los valores catastrales*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 67.

<sup>1064</sup> Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Reguladora de las Haciendas Locales, Secretaría General del Congreso de los Diputados, BOCD, Serie A, núm. 85, de 8 de junio de 1988, vol. II, p. 1742.

el juez, habitualmente, impone el pago por mitad entre ambos cónyuges—. Aunque únicamente se refiera a contribuciones y no a cargas, la opinión general es que se han de incluir también en el supuesto de hecho de la norma las cargas —no solo las contribuciones— que se impongan sobre el capital<sup>1065</sup>. Se consideran cargas y contribuciones que gravan el capital aquellas prestaciones de cualquier tipo que recaigan sobre la propiedad y no tengan carácter permanente o periódico<sup>1066</sup>.

Se han llegado a incluir en ese concepto y régimen los impuestos sobre el patrimonio, a cargo de nudo propietario y usufructuario en proporción al valor respectivo; asimismo, las cargas relacionadas con inversiones en la cosa usufructuada, construcciones y plantaciones, etc. Se podrían considerar también como contribución sobre el capital las contribuciones especiales a las que se refiere el art. 28 TRLRHL<sup>1067</sup>, constituyendo el hecho imponible la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas.

En cuanto a cargas, en el supuesto del derecho real de uso, uno de los conceptos más usuales que podría tener encuadre aquí, encontrándonos en régimen de propiedad horizontal, son las derramas que la junta de propietarios para el pago de obras no necesarias, pero que supongan un incremento del valor del edificio.

### 3.2.2 Aplicación del régimen jurídico del derecho de uso al art. 96 CC

Una vez concretada la distribución de cargas y gastos entre usuario y propietario según las normas que regulan el derecho real de uso y el de usufructo —por remisión de las primeras—, cabe referirse a si lo anterior es aplicable al uso de la vivienda familiar atribuido en virtud del art. 96 CC, así como a cuál es el tratamiento que este derecho viene teniendo en la práctica y en los tribunales en lo que a cargas y gastos se refiere.

El Código Civil Catalán se pronuncia de forma expresa sobre el particular a la hora de regular la atribución del uso de la vivienda familiar. La solución contemplada es muy

---

<sup>1065</sup> Vid. ORÓN MORATAL, G., “Comentario al artículo 504”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 2024.

<sup>1066</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 491 a 512...”, *op. cit.*, p. 1342.

<sup>1067</sup> Art. 28 TRLRHL: “Constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas”.

similar a la que hemos visto que tienen los gastos y cargas en el régimen jurídico del derecho real de usufructo en el Derecho común. Así, el art. 233-23.2, establece: “*Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas de devengo anual corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso*”. Del mismo tenor es el último inciso del art. 12.9 LVRF<sup>1068</sup>.

En el Derecho común, en cambio, el art. 96 CC nada dice al respecto<sup>1069</sup>. La jurisprudencia, así como la doctrina<sup>1070</sup>, a la hora de pronunciarse sobre las cargas y los gastos en supuestos específicos de atribución del uso de la vivienda familiar, se han guiado por los parámetros de titularidad y uso efectivo de la vivienda. Ello, obviamente, sin perjuicio de que, solo con efectos *inter partes* —no ya frente a terceros—, se pueda disponer otra cosa en la resolución judicial que atribuye el uso o en el convenio regulador suscrito por las partes, decisión en la que, a buen seguro, influirán el resto de medidas de carácter económico que se hayan acordado. Ahora bien, ¿coinciden tales parámetros con los criterios de imputación que hemos visto respecto al derecho real de uso —usufructo—? Acudamos a los criterios utilizados por doctrina y jurisprudencia respecto al derecho de uso de la vivienda familiar.

En cuanto a las cargas y gastos relacionados con el uso de la vivienda, existe unanimidad a la hora de considerar que de los mismos deberá responder el cónyuge que haya resultado beneficiario del uso. Se entiende por tales los generados directamente por su utilización, los de conservación, mantenimiento y reparación o por deterioro culpable o no culpable, los tributos vinculados al goce del inmueble (*v. gr.* tasa de basura) y los de los servicios concretos utilizados (*v. gr.* agua, electricidad, gas, etc.)<sup>1071</sup>, aun estando

---

<sup>1068</sup> Art. 12.9 LVRF *in fine*: “*Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos y las tasas o impuestos de devengo anual corren a cargo del beneficiario del derecho de uso*”.

<sup>1069</sup> Por su parte, el ALCP, en la modificación que planteaba del art. 96 CC, incorporaba un punto quinto, del siguiente tenor: “*Mientras se mantenga la atribución de uso de la vivienda, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de la comunidad de propietarios y los suministros, y las tasas municipales correrán a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo el pago de los gastos extraordinarios y de los impuestos y arbitrios que recaigan sobre la vivienda a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título*”. No obstante, establecía una excepción, de manera que, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el juez podía considerar que fuese el cónyuge no beneficiario del uso quien se hiciese cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

<sup>1070</sup> *Vid.*: PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 94; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 72; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., *op. cit.*; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Código Civil comentado*, *op. cit.*, p. 525; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, p. 1612.

<sup>1071</sup> *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

estos últimos a nombre del propietario de la vivienda, en cuyo supuesto, dado el caso, podrá repetir al usuario el importe de lo abonado. En cuanto a estos gastos de consumo, una parte proporcional habría de ser computada como gasto de los hijos, en caso de haberlos, a los efectos de la fijación de la pensión de alimentos (*vid.* STS 399/2018 de 27 de junio).

La imputación de estos gastos que derivan del uso del inmueble coincide con la imputación que se hace desde el régimen del derecho de usufructo: en uno y otro caso corresponden al que está ocupando la vivienda.

El problema se presenta con los gastos que, en la jurisprudencia relativa al art. 96 CC, se consideran cargas o gastos vinculados a la propiedad del inmueble. Se estima que estos han de ser asumidos por el propietario o propietarios<sup>1072</sup>, en tanto que la atribución del uso de la vivienda familiar no ha alterado la titularidad del derecho de propiedad de la vivienda. Fundamentalmente nos referimos al seguro del hogar y a dos partidas tan básicas y presentes como son las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios y el IBI.

En cuanto a las cuotas de la comunidad de propietarios, la doctrina y la jurisprudencia ha venido entendiendo que, a las derramas extraordinarias de la Comunidad de Proprietarios, en tanto que suelen referirse a reparaciones extraordinarias, habrá de aplicarse, por analogía, el art. 501 CC, correspondiendo su pago, pues, al propietario; y así debe ser, en nuestra tesis, por aplicación directa —no analógica— del citado art. 501 CC.

En cambio, respecto a las cuotas ordinarias de la comunidad, el criterio de la doctrina mayoritaria<sup>1073</sup>, y de abundante jurisprudencia —denominada— menor<sup>1074</sup>, es el de considerar que su abono corresponde a quien se beneficie directamente de los servicios o los utilice, formando parte de los gastos que se deriven del mantenimiento y uso del inmueble junto a los recibos por los distintos suministros, ya que suelen destinarse a

---

<sup>1072</sup> *Vid.*: SAP de Alicante 580/2002 de 30 de septiembre, SSAP de Barcelona 502/2004 de 29 de junio, SAP de Madrid 558/2005 de 6 de julio, 457/2007 de 27 de junio, 357/2007 de 12 de julio o SAP de Madrid 532/2007 de 14 de septiembre.

<sup>1073</sup> *Vid.*: DÍAZ MARTÍNEZ, A., *op. cit.*; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 94; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 75.

<sup>1074</sup> *Vid.* a favor de que el pago de las cuotas ordinarias de comunidad corresponde al usuario: SAP de Valencia 429/2010 de 20 de julio, SAP de Madrid 1160/2010 de 28 de octubre, SAP de Burgos 208/2012 de 10 de mayo, SAP de Madrid 405/2012 de 5 de junio, SAP de A Coruña 550/2012 de 31 de octubre, SAP de Madrid 773/2012 de 12 de noviembre, SAP de Alicante 116/2013 de 15 de marzo, SAP de Castellón 31/2014 de 18 de marzo, SAP de Alicante 547/2014 de 26 de noviembre, SAP de Madrid 1054/2014 de 28 de noviembre, AAP de Madrid de 3 de febrero de 2015, SAP de Sevilla 58/2015 de 13 de febrero, SAP de Madrid 243/2015 de 10 de marzo, SAP de Palencia 57/2015 de 29 de abril, , SAP de Zaragoza 396/2015 de 28 de julio, SAP de Madrid 37/2016 de 19 de enero, SAP de Alicante 69/2016 de 17 de febrero, SAP de Málaga 142/2016 de 2 de marzo, SAP de Guadalajara 69/2017 de 31 de marzo o SAP de Sevilla 318/2017 de 30 de junio.

conservación del inmueble, limpieza, ascensor, luz y agua comunitaria, etc. En cambio, se ha de precisar lo anterior. El criterio del Tribunal Supremo es el de considerarlo un gasto derivado de la propiedad —al igual que el IBI—, que tiene carácter *propter rem* y corresponde al propietario y, en caso de tratarse de un bien ganancial, será un gasto a cargo de la sociedad de gananciales. En tal sentido se pronunció la STS 373/2005 de 25 de mayo, que, partiendo del precepto equivalente al actual art. 9.1.e de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), afirma:

*“la participación en tiempo y forma en los gastos comunes, en bien del funcionamiento de los servicios generales, es una de las obligaciones del comunero, y los desembolsos derivados de la conservación de los bienes y servicios comunes no susceptibles de individualización repercuten a todos los condóminos”.*

En este mismo sentido se pronunciaron, entre otras: STS 563/2006 de 1 de junio; STS 646/2006 de 20 de junio, que declara que los gastos de comunidad recaen sobre el derecho de propiedad, por lo que si los ha pagado uno de los cónyuges —el que ocupa la vivienda—, la cantidad abonada integra el pasivo en la liquidación de la comunidad (son deudas de la sociedad de gananciales en liquidación); STS 588/2008 de 18 de junio o, en el mismo sentido, la más actual STS 399/2018 de 27 de junio, para la que los gastos de comunidad *“tienen carácter «propter rem», corresponden al propietario”*. Ahora bien, cuestión distinta será que exista previsión expresa en contrario en la sentencia que fije las medidas definitivas, como mantiene la STS 508/2014 de 25 de enero:

*“Es evidente que, en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o estos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, (...).*

*Ahora bien, nada obsta a que un Tribunal de familia acuerde, en aras al equilibrio económico entre las partes (art. 103 C. Civil), que el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación. Este pronunciamiento no es contrario al art. 9 de la LPH, pues este rige las relaciones entre propietarios y Comunidad, sin perjuicio de las relaciones internas entre aquellos, como ocurre en este caso en el que la cuota ordinaria de comunidad se impone en la resolución judicial a la hoy recurrente”.*



En cambio, aplicando el régimen del usufructo —por remisión del régimen del derecho real de uso, como vimos—, las cuotas de la comunidad de propietarios se consideraran como “cargas y contribuciones anuales” (o de periodicidad inferior) y, por lo tanto, en la relación interna entre propietario y usufructuario —no respecto a terceros—, a cargo del usufructuario —o usuario, en nuestro caso—. El mismo tratamiento tiene el seguro del hogar.

En cuanto al IBI, en el derecho de uso de la vivienda familiar, este impuesto ha sido considerado como vinculado a la propiedad y, por tanto, a cuenta del propietario<sup>1075</sup>. Para llegar a tal conclusión se parte de la propia naturaleza del impuesto. El art. 60 TRLRHL contempla el IBI como un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles<sup>1076</sup>. Se considera, pues, vinculado a la propiedad, ya que se trata de un impuesto que grava el patrimonio, en el que la capacidad contributiva sometida a gravamen se define en función de la mera titularidad de determinados bienes<sup>1077</sup>.

En cambio, existiendo un derecho real de uso, hemos visto cómo, a efectos de pago de contribuciones, el art. 527.I CC, equipara el usuario que consume todos los frutos —o habitacionista que ocupa toda la vivienda— al usufructuario, al cual le corresponde el pago del IBI por tratarse de una contribución anual. Y aunque el art. 61 TRLRHL, considera hecho imponible del impuesto la titularidad de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble, y no la titularidad de un derecho de uso o habitación, hemos defendido anteriormente una interpretación extensiva de este último precepto, a fin de considerar al usuario como sujeto pasivo del impuesto. Es más, aunque no se admitiera tal interpretación extensiva, de lo dispuesto en el art. 527.I CC se extrae que, en la relación interna propietario-usuario, sería una carga a soportar por este último.

---

<sup>1075</sup> Vid. SSTS 563/2006 de 1 de junio, 646/2006 de 20 de junio, 508/2014 de 25 de septiembre o 246/2018 de 24 de abril, que afirman que el IBI es un gravamen que recae sobre la propiedad, no sobre la posesión, por lo que su pago corresponde al propietario. Siendo el bien ganancial, tal impuesto ha de ser soportado por la sociedad de gananciales hasta el momento de la extinción de dicha sociedad por la sentencia firme de separación entre los cónyuges. A partir de ese momento, y hasta la liquidación de la sociedad, por esta como carga de los bienes que componen su activo.

<sup>1076</sup> Ciertamente es que la Disposición Transitoria Segunda, en su punto 10.2, establece la posibilidad de exigir del arrendatario el total importe de la cuota del Impuesto sobre Bienes Inmuebles que corresponda al inmueble arrendado, pero se trata de una disposición excepcional referida concretamente a los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, conocidos como de “renta antigua”.

<sup>1077</sup> HERRERO GONZÁLEZ, R., *op. cit.* Descarta el autor que el pago del IBI pueda considerarse como una carga del matrimonio. El objeto de estas —apunta— es satisfacer las necesidades primarias de la familia que no sean propiamente alimentos. La “carga familiar” supone la recepción de servicios prestados por terceros a la familia para cubrir sus necesidades vitales (como suministros de los que se hayan beneficiado todos los miembros de la familia) y en ello no tienen cabida gastos destinados a tener un patrimonio inmobiliario. El sujeto pasivo no puede ser el conjunto de miembros de la familia.

De lo anterior cabría concluir que, efectivamente, si hemos llegado a la conclusión de que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho real de uso —aunque especial—, ello conllevará que, en aplicación del régimen jurídico de este último, el pago del IBI habrá de ser de cuenta del usuario o, lo que es lo mismo, del beneficiario del uso de la vivienda familiar, a diferencia de como se viene entendiendo por la jurisprudencia referida al derecho del art. 96 CC. Asimismo, el pago del seguro y de las cuotas de la comunidad de propietarios corresponderá —en la relación interna entre propietario y usuario— a este último, a diferencia del criterio existente en la jurisprudencia sobre el uso del art. 96 CC, según el cual el pago corresponderá al usuario —en la relación interna— solo si así lo dice la sentencia. No obstante, estaría justificado tal cambio de criterio:

En primer lugar, porque, respecto a las cuotas de la comunidad, su imputación, por parte de la jurisprudencia del art. 96 CC, a los propietarios, responde a la norma general contemplada en el art. 9 LPH que se refiere al responsable frente a la comunidad de propiedad. Cuestión distinta es que se establezca un criterio diferente en la relación interna entre propietario y usufructuario —como lo establece el art. 504 CC— o a que —como el propio Tribunal Supremo reconoce en las resoluciones referidas— la sentencia sobre medidas definitivas establezca un criterio distinto para la relación interna entre el propietario y el beneficiario del uso —como de hecho suele suceder—. El criterio, en fin, en la relación interna entre el propietario y el usufructuario viene a ser el mismo que en la relación interna entre el propietario y el beneficiario del uso; lo que ocurre es que este criterio se contempla expresamente en el régimen jurídico del usufructo —imputando la carga al usufructuario—, y, en cambio, al no existir régimen jurídico sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, ha sido necesario que sean las sentencias de medidas definitivas las que se pronuncien al respecto —imputando la carga al beneficiario—.

En segundo lugar, porque, respecto al IBI, por más que se haya defendido por la jurisprudencia del art. 96 CC que está vinculado a la propiedad y que por ello corre a cargo del propietario, existiendo un usufructo, el usufructuario es propiamente el sujeto pasivo, aun existiendo propietario, por lo que no podemos considerarlo como inexorablemente unido a la propiedad.

En tercer lugar, este cambio de criterio estaría justificado porque el “nuevo” criterio sobre el pago del seguro, del IBI o de la comunidad de propietarios es consecuencia de la aplicación de la ley, mientras que el criterio que hasta ahora se ha venido utilizando,

por parte de los tribunales, respecto al derecho del art. 96 CC, es creación de la propia jurisprudencia ante la inexistencia de un expreso y específico régimen jurídico aplicable al derecho de uso de la vivienda familiar, razón por la que han existido sentencias contradictorias. En definitiva, y como se ha venido reiterando a lo largo de esta obra: la consideración del derecho del art. 96 CC como un derecho real de uso y, por tanto, con un régimen jurídico que le es de aplicación, otorgaría seguridad jurídica y evitaría la disparidad de criterios que se vienen manteniendo, por ejemplo, en lo que al pago de gastos, cargas y contribuciones se refiere.

### **3.3 El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar**

#### **3.3.1 Planteamiento del problema**

Cabe, llegados a este punto, hacer referencia a una carga que, en cierta medida, se aleja del esquema anterior, pero a la que se antoja necesario hacer una alusión, aunque breve, por la repercusión y vinculación que tiene con la vivienda familiar: el préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la referida vivienda. No está vinculado al goce o disfrute de la cosa ni tampoco, propiamente —como veremos—, a la propiedad, necesariamente. La respuesta a la cuestión de quién debe hacer frente a las cuotas de amortización del citado préstamo hipotecario, va a venir dada por el título constitutivo del préstamo.

El debate ha girado, como mantiene la STS 188/2011 de 28 de marzo, en torno a si el préstamo hipotecario se encuentra comprendido, o no, dentro del concepto de cargas del matrimonio, a las que, por mor de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC, existe una obligación de contribuir por parte de los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación.

A la hora de considerar, o no, las cuotas de amortización como cargas del matrimonio, nos encontramos varios obstáculos. El primero, el propio concepto de “cargas del matrimonio”, que ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia. Y a esta dificultad se une: la atribución del uso de la vivienda familiar, la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (art. 142.1 CC), así como el régimen de bienes que rija la economía del matrimonio y de acuerdo con el cual se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

La cuestión no es baladí. La consideración de estas cuotas como cargas del matrimonio supone en la práctica la posibilidad de imponer judicialmente una obligación de pago de las mismas en proporción desigual para cada uno de los cónyuges, en función de su mayor o menor capacidad económica, o incluso de quién haya resultado beneficiario del uso de la vivienda familiar, alterando así el carácter solidario con el que cada uno de los prestatarios se hubiese obligado frente a la entidad prestamista. O incluso puede conllevar que se haga recaer la obligación hipotecaria sobre uno solo de los cónyuges aun habiendo sido el préstamo concertado por ambos. En cambio, no siendo carga del matrimonio, no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo, de modo que lo altere.

Cabe advertir que, estas relaciones, en las que aparece como acreedor un prestamista, exceden por su origen, personas implicadas, así como por la naturaleza real del derecho de garantía, de las relaciones propias de la familia y del Derecho patrimonial familiar, enmarcándose más bien dentro de relaciones más complejas, propias del Derecho civil o del Derecho hipotecario, sobre las que el juzgador de procesos matrimoniales carece de competencia<sup>1078</sup>.

Nótese que, frente al prestamista, se obligan, en su caso, ambos cónyuges, en la forma y con el contenido de la escritura de constitución del préstamo hipotecario, por lo que los prestatarios, por sí mismos, de forma unilateral, no pueden variar el contenido del contrato (art. 1256 CC). Para que tenga lugar, por ejemplo, una novación subjetiva de la obligación, en virtud de lo dispuesto por el art. 1205 CC, se requiere el consentimiento expreso del acreedor, que ha de constar de modo cierto<sup>1079</sup>.

El acreedor hipotecario, tercero respecto de la cuestión suscitada entre los cónyuges, no puede resultar perjudicado por un acuerdo entre ambos o por una decisión judicial sobre el modo de satisfacer los pagos del crédito, pues con ello se estaría vulnerando, entre otras normas generales de nuestro ordenamiento, el art. 24.1 CE, sobre tutela judi-

---

<sup>1078</sup> Vid. SAP de Barcelona de 13 de octubre de 1998.

<sup>1079</sup> Supuesto distinto de los anteriores es el de la STS 250/2013 de 30 de abril, en virtud de la cual, si en el convenio regulador los cónyuges pactaron que el préstamo hipotecario se abonaría en exclusiva por el esposo, sin perjuicio ni limitación de los derechos del acreedor hipotecario, aunque no se trate de una carga del matrimonio, debe repetarse el acuerdo, sin perjuicio del reembolso que proceda en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Pero reiteramos, si los cónyuges o el juez modifican la fórmula de pago, esto solo afectará a la relación inter-partes, y entre ellas será únicamente oponible, no frente al acreedor. Frente al acreedor se han de respetar las condiciones pactadas respecto a la cuantía, tiempo, lugar, medio o modo de pago.

cial efectiva, que ampara al acreedor<sup>1080</sup>. Las relaciones con el acreedor hipotecario no sufren alteración alguna por efecto del divorcio. Lo habitual será que, en el contrato de préstamo, se haya establecido que los dos cónyuges respondan solidariamente frente al acreedor, independientemente del régimen económico matrimonial por el que se rijan, por lo que ambos cónyuges continuarán siendo deudores solidarios frente al prestamista.

Así pues, cuanto aquí se diga respecto a la distribución de la deuda entre los cónyuges deudores, será siempre referido a la relación interna entre estos últimos.

### 3.3.2 Su no consideración como carga del matrimonio

Entre las Audiencias Provinciales han existido dos interpretaciones al respecto. La primera, la que excluye la naturaleza de carga familiar, apoyándose, además, en que para que acaezca una novación modificativa de este tipo, se requiere el consentimiento del acreedor<sup>1081</sup>. La segunda, la que considera que, aun cuando se halle disuelta la sociedad de gananciales, puede seguir hablándose de cargas del matrimonio, por lo que cabe establecer una proporción de ambos cónyuges al sostenimiento de las mismas, entre las que se incluirían las cuotas de amortización a las que nos venimos refiriendo<sup>1082</sup>.

Adhiriéndonos a la doctrina mayoritaria<sup>1083</sup>, así como a lo que ha venido sentando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1084</sup>, las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda familiar no pue-

---

<sup>1080</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., “Pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: *status quaestionis*”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 133.

<sup>1081</sup> Vid. entre otras muchas: SAP de Barcelona de 13 de octubre de 1998, SAP de Barcelona de 8 de febrero de 1999, SAP de Barcelona de 2 de enero de 2003, SAP de Barcelona 132/2006 de 3 de marzo, SAP de Valencia 381/2003 de 9 de julio, SAP de Valencia 408/2005 de 27 de junio, SAP de Vizcaya 45/2010 de 15 de enero o SAP de Santa Cruz de Tenerife 322/2010 de 12 de julio.

<sup>1082</sup> Vid. entre otras muchas: SAP de Barcelona de 31 de julio de 1998, SAP de León 157/1999 de 26 mayo, SAP de Sevilla de 17 de noviembre de 1999, SAP de Madrid de 29 de mayo de 2001, SAP de Madrid 413/2004 de 29 de junio, SAP de Madrid 145/2005 de 21 febrero, SAP de Murcia 377/2009 de 25 de junio o SAP de Murcia 593/2010 de 11 de noviembre.

<sup>1083</sup> Vid. BERROCAL LANZAROT, A. I., “La atribución del uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 619; VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 20; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 94; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>1084</sup> Vid.: SSTS 564/2006 de 31 de mayo, 991/2008 de 5 de noviembre, 188/2011 de 28 de marzo, 713/2012 de 26 de noviembre, 726/2012 de 26 de noviembre, 206/2013 de 20 de marzo, 72/2014 de 17 de febrero, 577/2014 de 21 de octubre, 278/2016, de 25 de abril, 516/2016, de 21 de julio, 559/2016, de 21 de septiembre o 246/2018 de 24 de abril.

den ser consideradas como carga del matrimonio. Y esta es la senda que siguen, también, los Derechos territoriales<sup>1085</sup>.

La contribución a las cargas del matrimonio es un deber legal que se impone a los cónyuges (art. 1.318 CC) con independencia del específico régimen económico que rija la economía familiar: se trate de un matrimonio sujeto al régimen de gananciales (art. 1.362 CC), al de separación (art. 1438 CC) o al de participación. Pero, ¿qué se entiende por carga del matrimonio?<sup>1086</sup>

No es un concepto que aparezca definido en el Código Civil. Alguna sentencia, como la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2000, considera que estas cargas únicamente pueden referirse a aquellas obligaciones derivadas *ex lege* de la institución matrimonial —pues, de lo contrario, el legislador habría utilizado la terminología de cargas u obligaciones comunes—, y esta característica estima que no concurre en la obligación del deudor hipotecario al que nos venimos refiriendo.

Lo cierto es que, en todas las resoluciones del Alto Tribunal citadas en nota, si bien se niega que el pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar sea una carga del matrimonio, ninguna de ellas se acerca al concepto de carga del matrimonio ni justifica mínimamente tal exclusión. Para MORENO MOZO, existen varias razones por las que negar que el referido pago forme parte de las cargas: porque de acuerdo con los arts. 90 a 101 CC ya no existe régimen económico matrimonial; porque es un principio básico que el gasto por la adquisición de un bien ha de asumirlo el patrimonio conyugal titular de se bien, de lo contrario procederá el oportuno

---

<sup>1085</sup> Nótese cómo, si bien el Código de Familia de Cataluña, en su art. 4, consideraba gastos familiares los de adquisición de la vivienda de la familia, así como los derivados del préstamo concedido con la finalidad de adquirirla, tal precisión ya ha desaparecido del art. 231-5 del actual CCcat., que regula, asimismo, los gastos familiares, en sustitución de aquél art. 4 al que nos acabamos de referir. Por su parte, el art. 233-23.I CCcat. establece que “*En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición (...) deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución*”.

En el mismo sentido, el art. 12.9 LVFR, establece que “*En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los préstamos hipotecarios y los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por las partes de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución*”.

En similares términos, el ALCP propuso la incorporación, en el art. 96 CC, del siguiente texto: “*Las cargas hipotecarias y las obligaciones contraídas por razón de la adquisición o mejora de la vivienda familiar, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deberán satisfacerse por los cónyuges deudores, de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución*”.

<sup>1086</sup> Sobre cargas del matrimonio, *vid.* MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.

reembolso; así como porque no implica un decremento patrimonial, ya que la vivienda ingresa en el patrimonio de uno o ambos cónyuges<sup>1087</sup>.

Tampoco nos corresponde a nosotros, en esta obra, adentrarnos en la cuestión, más allá de referir el estado en que se encuentra, pues no es un tema que incida, en general, en el núcleo de esta tesis —la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar—, así como tampoco, en particular, en lo que ahora concretamente se trata: la viabilidad de la aplicación a este derecho del art. 96 CC del régimen jurídico del derecho real de uso.

Cabe, simplemente, traer a propósito la STS 564/2006 de 31 de mayo que, refiriéndose al art. 1438 CC, dispuso que:

*“la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar (...). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar”.*

### **3.3.3 El pago de las cuotas del préstamo hipotecario como deuda de la sociedad de gananciales**

Descartado, de forma mayoritaria, que forme parte de las cargas del matrimonio, ¿cómo se afronta, pues, el pago de la deuda? Según pronunciamiento del Alto Tribunal, en sentencias como la 713/2012 de 26 de noviembre, la deuda contraída para la adquisición del inmueble debe satisfacerse *“por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria”*, independiente-

---

<sup>1087</sup> MORENO MOZO, F., “La especialidad de la vivienda familiar: uso, propiedad e hipoteca en el ámbito de las cargas del matrimonio”, en *Reformando las tenencias de la vivienda* (dir. MUÑIZ ESPADA, E. [et ál.]), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 842 y ss. A similar conclusión llega CUENA CASAS, M., “Hipoteca y crisis conyugal”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2017, p. 62, para quien el referido gasto no puede considerarse como carga porque no estamos ante un gasto, sino ante una inversión; si se considerase como carga del matrimonio y se sufragase en función de la capacidad económica, ello generaría situaciones de enriquecimiento injusto, ya que el porcentaje de titularidad no varía en la misma proporción que varía la cuantía en la que los cónyuges abonarían el préstamo.

mente de las posibilidades económicas de cada uno de los deudores o de quién haya resultado beneficiario del uso de la vivienda por aplicación del art. 96 CC. Goza esta afirmación de cierta imprecisión. Se está aludiendo realmente a dos criterios — titularidad del bien y compromiso asumido con el acreedor— que no siempre tienen por qué coincidir. Nótese cómo la STS 72/2014 de 17 de febrero, que trae causa de un matrimonio en el que regía la separación de bienes, declara que la obligación de pago del crédito hipotecario corresponde por mitad a ambos excónyuges, aun siendo la vivienda privativa de la esposa, pues el préstamo hipotecario fue concertado por ambos. Lo preciso, pues, hubiera sido decir que la deuda habrá de satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, tenor en el que se pronuncian las legislaciones catalana (art. 233-23.I CCcat.) y vasca (art. 12.9 LVFR). En definitiva, el pago habrá de afrontarse por quienes concertaron el préstamo hipotecario<sup>1088</sup>.

Más allá de la precisión anterior, lo cierto es que esa alusión a lo estipulado con la entidad bancaria o a lo dispuesto en el título de constitución —léase contrato de préstamo— poco resuelve.

Se mantiene, por parte de la jurisprudencia a la que nos venimos refiriendo, que el pago de las cuotas hipotecarias está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien, debiendo ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio.

Si la vivienda familiar se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, de acuerdo con la STS 188/2011 de 28 de marzo, debe aplicarse lo establecido en el art. 1347.3º CC, que declara la ganancialidad de los “*bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos*”<sup>1089</sup>. Partiendo de ello, y ante la existencia de sentencias contradictorias en las Audiencias Provinciales, la Sala formula la siguiente doctrina:

*“el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y*

---

<sup>1088</sup> En un sentido similar, *vid.* la STS de 21 de julio de 2016.

<sup>1089</sup> *Vid.* CABEZUELO ARENAS, A. L., “¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 188/2011, de 28 de marzo”, en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto* (coord. SALAS CARCELLER, A.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 263 y ss.



*como tal, queda incluida en el art. 1362.2 CC y no constituye carga del patrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC*<sup>1090</sup>.

Poco soluciona decir que el problema se resuelve con la aplicación de las normas del régimen económico matrimonial, pues dicho régimen queda extinguido desde la sentencia de divorcio (art. 95 CC), por lo que únicamente resolvería el problema si existiese un patrimonio ganancial previo que, de no haberse liquidado, habría de destinarse al pago del préstamo. Pero no es lo más habitual.

Conscientes de que, con esa mera alusión, el problema no queda resuelto, por parte del Tribunal Supremo se acude a un criterio más concreto y se mantiene que, rigiendo el régimen de gananciales y siendo, en consecuencia, el bien ganancial, este corresponde a ambos cónyuges por mitad y, por ello, el pago de la hipoteca se establece, asimismo, por mitad, entre ambos cónyuges, mientras subsista la sociedad de gananciales — STS 991/2008 de 5 de noviembre<sup>1091</sup> o hasta la liquidación de la misma — STS 188/2011 de 28 de marzo —. Sin embargo, incluso aquí cabe criticar cierta imprecisión, pues sabido es que la sociedad de gananciales no es una comunidad romana o por cuotas, sino que el patrimonio ganancial es un *totum* del que son cotitulares ambos cónyuges, no apareciendo la idea de cuota hasta la liquidación, momento en el que, además, el 50% recae sobre el total, y no sobre cada uno de los bienes<sup>1092</sup>.

En caso de que el régimen que haya regido durante el matrimonio hubiese sido el de separación de bienes, la normativa aplicable a los bienes de carácter común será la propia del régimen general de copropiedad, concretamente el art. 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales<sup>1093</sup>.

### **3.3.4 Propuestas de lege ferenda**

Se ha criticado que, tanto la solución apuntada desde el régimen de gananciales, como la apuntada desde el de separación de bienes, no ofrecen una respuesta adecuada al

---

<sup>1090</sup> Más que de deuda, sería más correcto hablar de carga de la sociedad de gananciales.

<sup>1091</sup> Vid. CABEZUELO ARENAS, A. L., “Sentencia de 5 de Noviembre de 2008: Pensión compensatoria. Finalidad. Ausencia de desequilibrio. Crédito hipotecario que grava vivienda familiar: deuda de la sociedad de gananciales. Determinación del concepto de cargas familiares. Extinción de los alimentos de hijo mayor de edad: irrelevancia de renuncia voluntaria a puesto de trabajo. Mantenimiento de la pensión”, en *CCJC*, núm. 80, 2009, pp. 920 y ss.

<sup>1092</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil IV...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>1093</sup> Vid.: STS 564/2006 de 31 de mayo, 713/2012 de 26 de noviembre, 726/2012 de 26 de noviembre, 206/2013 de 20 de marzo y 72/2014 de 17 de febrero.

problema, pues trata a los deudores como dos sujetos cualesquiera, sin atender a la realidad económica y familiar concreta. Ni tan siquiera las normas de la comunidad de bienes ofrecen una respuesta adecuada.

Téngase en cuenta que, en el momento en que se concertó el préstamo, a lo que se atendió fue a que ambos cónyuges, conjuntamente, pudieran pagarlo, y no a que cada uno de ellos por separado pudiera afrontar el pago de la mitad de la deuda. Es más, durante la etapa de estabilidad matrimonial, especialmente si existe sociedad de gananciales, el patrimonio ganancial con el que se afronta la deuda hipotecaria se conforma con aportaciones desiguales de los cónyuges. Ahora bien, una vez sobrevenida la crisis matrimonial, las circunstancias cambian y puede que uno de los cónyuges carezca de los recursos económicos suficientes para afrontar la mitad de las cuotas.

De darse esta situación, nos encontraríamos con una desprotección de la vivienda familiar, pues, el impago, por insuficiencia económica de uno de los cónyuges, acabaría acarreado la ejecución y, con ella, la pérdida del bien.

Esto ha provocado que, en alguna que otra sentencia, ante la imposición de tal criterio fijado del pago por mitad, y ante la insuficiencia en uno de los cónyuges de medios para atender el pago que le corresponde —mientras que el otro cuenta con una solvencia notable—, se haya acudido, por ejemplo, a la imposición de una pensión compensatoria a favor del primero por el tiempo que reste de préstamo hipotecario, a fin de remediar su insuficiencia patrimonial para hacer frente al pago de la mitad de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario<sup>1094</sup>. La apuntada es una solución bastante criticable, pues, por una parte, puede que ni tan siquiera se dé el desequilibrio que se exige como presupuesto para el reconocimiento de una pensión compensatoria. Por otra parte, al fin y al cabo, se le está condenando a uno de los cónyuges a afrontar en solitario toda la deuda hipotecaria, sin un derecho de reembolso frente al otro y sin que ello tenga tampoco reflejo alguno en la titularidad del bien —ganancial— pues, a todas luces, el beneficiario de la pensión compensatoria es como si siguiera pagando la mitad del préstamo —aunque el dinero le venga, precisamente, del otro cónyuge—<sup>1095</sup>.

¿Qué soluciones alternativas se proponen desde la doctrina? Por una parte, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO<sup>1096</sup> considera que, para determinar a quién corresponden los

---

<sup>1094</sup> Vid. STS 616/2015 de 3 de noviembre.

<sup>1095</sup> Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M. L., “Pago del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, tras la crisis matrimonial”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017, p. 152.

<sup>1096</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *op. cit.*, pp. 140 y ss.

pagos del préstamo hipotecario que grava la vivienda, no tiene por qué ser necesario perfilar el alcance de las cargas del matrimonio. Más bien considera que, entre los gastos que los excónyuges están obligados a atender, se encuentran los alimentos de los hijos económicamente dependientes —menores o mayores— (arts. 90.d y 93 CC). Dentro de la obligación de alimentos se comprende la de proporcionar habitación al alimentista (art. 142 CC), pudiendo considerarse que, en esta última exigencia —la de proporcionar habitación— se comprende todo aquello que sea necesario para el cumplimiento efectivo de tal obligación. En definitiva, podría defenderse la inclusión, dentro de los alimentos, del pago del préstamo hipotecario que ha permitido la adquisición del inmueble, mientras persista la obligación de alimentos y en tanto que esa vivienda concreta esté atribuida como vivienda familiar a los efectos del art. 96 CC<sup>1097</sup>. De esta forma, cabría aplicar la norma de la proporcionalidad a las posibilidades económicas de cada progenitor, al igual que se hace con el resto de los alimentos. Además, serían aplicables las medidas ejecutivas previstas para el incumplimiento de la obligación de alimentos. Por esta posibilidad, no obstante, únicamente podría optarse en el caso de que en el procedimiento en cuestión procediese el establecimiento de una pensión alimenticia por existir hijos dependientes.

Por otra parte, MORENO-TORRES propone exigir la liquidación del régimen económico en el propio procedimiento matrimonial<sup>1098</sup>. Ciertamente es que no se muestra contraria a atribuir la naturaleza de carga familiar a la deuda hipotecaria, pero no es menos cierto que la considera una solución insuficiente. La consideración de la deuda hipotecaria como carga familiar únicamente cabe respecto de bienes adquiridos para satisfacer las necesidades familiares. Así, resolvería el problema en el caso de que se tratase de una deuda contraída para la adquisición de la vivienda habitual, pero dejaría sin resolver la cuestión de la distribución entre los cónyuges de deudas hipotecarias contraídas con otros fines.

---

<sup>1097</sup> En contra, *vid.* CUENA CASAS, M., “Hipoteca y crisis conyugal”, *op. cit.*, p. 66, quien considera que “el pago del préstamo hipotecario constituye una operación de inversión de los cónyuges que no debe abonarse proporcionalmente a los ingresos como el resto de las partidas que integran la pensión de alimentos, sino que debe satisfacerse con arreglo al contrato celebrado con la entidad financiera”.

<sup>1098</sup> Se trata, de hecho, de la solución por la que optó el legislador a la vista de los arts. 90 y 91 CC, aunque posteriormente se impusiese la idea de la posibilidad de diferir la liquidación a un momento posterior, como se acabó contemplando en la LEC. *Vid.*, sobre esta propuesta *de lege ferenda*, MORENO-TORRES HERRERA, M. L., *op. cit.*, p. 154 y ss. Al planteamiento de esta solución acaba también llegando FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., *op. cit.*, pp. 142 y ss.

### 3.3.5 Conclusión

Concluyendo, en virtud de todo lo anterior, lo cierto es que quienes están obligados, frente al acreedor, al pago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, son aquellos que determine el título constitutivo. Pero, a efectos de lo que a nosotros nos interesa, y desde la aplicación que estamos realizando del régimen jurídico del derecho real de uso al derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC, la pregunta que hemos de plantearnos es otra. El beneficiario del uso de la vivienda familiar no tiene obligación alguna de asumir el pago del préstamo hipotecario al que nos venimos refiriendo en tanto no sea deudor. Ahora bien, ¿cambiaría el planteamiento de aplicársele el régimen jurídico del derecho real de uso? La respuesta es negativa. Para ello hemos de acudir, nuevamente, al articulado que regula el usufructo, por remisión del art. 528 CC. El art. 509 CC, referido a la constitución de un usufructo —léase derecho de uso— sobre una finca previamente hipotecada, establece que “*El usufructuario de una finca hipotecada no estará obligado a pagar las deudas para cuya seguridad se estableció la hipoteca*”. Es evidente. El usufructuario no se convierte en deudor por el mero hecho de tener sobre la finca un derecho real de uso y disfrute. Con mayor motivo ha de estar exento de tal obligación el que tenga el usuario o el habitacionista, cuyas facultades sobre la finca son más reducidas. Ahora bien, en virtud del párrafo segundo del art. 509 CC, el propietario responderá al usufructuario, al usuario y al que tenga el derecho de habitación de lo que perdiera por el embargo o venta judicial de la finca hipotecada.

Cuestión distinta es que el usuario asuma la deuda garantizada (art. 118 LH), con consentimiento del acreedor, convirtiéndose él en el obligado al pago<sup>1099</sup>. O que, en el caso del derecho de uso de la vivienda familiar, el cónyuge beneficiario fuese, a su vez, prestatario. Es más, que no venga obligado al pago, no quiere decir que el usuario no pueda pagar, a fin de evitar que el impago del deudor acabe conllevando la ejecución de la hipoteca y la extinción de su derecho. Como tercer poseedor e interesado, si el usuario paga, se subrogará en los derechos del acreedor, pudiendo ejercitar su derecho de reembolso sin tener que esperar a que se extinga el uso (arts. 1158 y 1210.3° CC).

Otra cuestión, como hemos advertido más arriba con las propuestas *de lege ferenda*, es la de las posibles soluciones que se pudieran proponer a efectos del reparto interno, entre codeudores, de las cuotas del préstamo; pero esa es una cuestión que no incide en

---

<sup>1099</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4046.

nuestro en nuestro objeto de estudio ni supondrá un obstáculo a la hora de aplicar a este derecho el régimen jurídico del derecho real de uso.

#### **4. Devolución del bien objeto del derecho de uso**

Una vez finalizado el derecho de uso, el titular del mismo tendrá que restituir la cosa —la vivienda sobre la que ha recaído el derecho— *in natura* al propietario, en el mismo estado en que se encontraba cuando le fue atribuido el uso.

Si bien el art. 96 CC no contempla nada al respecto, sí lo hace el CCcat. y la LVRF, a la hora de regular la atribución del uso de la vivienda familiar, en la línea que apuntamos. El primero en el art. 233-24.3 CCcat. y la segunda en el art. 12.13 LVRF, establecen, en idénticos términos que, una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho; asimismo, dispone que podrá solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso.

Por último, cabe destacar que habrá lugar al resarcimiento de daños causados por negligencia en el ejercicio de su derecho —según las normas generales—, defectos en las reparaciones ordinarias u omisiones del deber de custodia. Se producirá, por otro lado, la liquidación de créditos y deudas que existiesen entre cónyuge propietario y beneficiario, resultado de las reparaciones ordinarias y extraordinarias realizadas y las compensaciones por mejoras introducidas, conforme a las reglas que rigen el usufructo. Existirá, asimismo, en su caso, un derecho de retención, todo lo cual se regirá por las normas establecidas para el usufructo (art. 522 CC).



# CAPÍTULO SEXTO

## PÉRDIDA DEL DERECHO DE USO: MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

### I. Causas de extinción del derecho real de uso

Para concluir con esta aplicación que estamos realizando del régimen jurídico del derecho real de uso y habitación al derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC, hemos de referirnos a las causas de extinción.

En lo que a extinción del derecho real de uso se refiere, nos encontramos, nuevamente, con una remisión a las normas que regulan el usufructo. El art. 529 CC establece que *“Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso grave de la cosa y de la habitación”*. Nos encontramos, pues, con que las causas de extinción del derecho real de uso son las reguladas en el art. 513 CC para el usufructo, más el abuso grave del uso, así como aquellas otras que se contengan en el título constitutivo, pues no hemos de olvidar la primacía que, a la autonomía de la voluntad, otorga el art. 523 CC<sup>1100</sup>. Por otra parte, no solo regirán, para el uso, las causas de extinción señaladas para el usufructo en el art. 513 CC, sino también las incidencias o aclaraciones de las mismas —contenidas en los arts. 514 a 522 CC— en lo que sea compatible con tal derecho —a excepción del art. 520 CC, como veremos—.

En lo que se refiere a las causas de extinción con origen en la autonomía de la voluntad de las partes y, concretamente, al límite a dicha autonomía, se ha de recordar lo que ya se dijo al abordar el art. 523 CC: el límite se encuentra en la tipicidad legal del derecho, concretamente en los elementos esenciales que definen al derecho de uso como tal. Además, considera RAMS que no es posible que pueda depender de la voluntad de las partes —los cónyuges, en nuestro caso— que las causas de extinción previstas en el art.

---

<sup>1100</sup> De forma expresa, tanto el CCcat. como la LVRF contemplan, entre las causas de extinción, las que hubieran pactado las partes. Dice el art. 233-24.1 CCcat.: *“El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda”*; por su parte, el art. 12.11.b LVRF mantiene: *“Son causas de extinción del derecho de uso: b) Las pactadas entre los miembros de la pareja o partes”*.

513 CC puedan dejar de serlo<sup>1101</sup>. Téngase en cuenta que en ningún precepto de los que regula el régimen de usufructo se faculta a las partes para excluir las causas de extinción previstas en el art. 513 CC: el art. 470 CC se refiere a la primacía de la autonomía de la voluntad solo en cuanto a los derechos y obligaciones del usufructuario que se contemplan en el título constitutivo, y el art. 513 CC —sobre causas de extinción— solo se refiere a la posibilidad de consignar en el título constitutivo una condición resolutoria.

Por su parte, el art. 96 CC no contiene pronunciamiento alguno sobre las causas de extinción del derecho de uso a la vivienda familiar, como en cambio sí contiene, por ejemplo, el Código Civil de Cataluña (art. 233-24 CCcat.) o la LVRF (art. 12.11). En Italia, por su parte, el art. 337-*sexies* CCit.<sup>1102</sup> solo contempla como causa de extinción el no uso de forma estable de la casa familiar, así como la convivencia *more uxorio* o el nuevo matrimonio; no obstante, la jurisprudencia italiana ha completado tal elenco de causas de extinción con las siguientes: mayoría de edad o autosuficiencia económica de los hijos —cesación de la convivencia con ellos—, la muerte del beneficiario, la atribución al mismo de la propiedad exclusiva del inmueble como consecuencia de la división o la extinción del título de disfrute del bien —*v. gr.* transcurso del término del usufructo, del arrendamiento o del comodato—<sup>1103</sup>. En Francia, simplemente, más allá de la temporalidad —sobre la que volveremos—, el tercer párrafo del art. 285-1 CCfr.<sup>1104</sup> establece que el juez podrá rescindir el arrendamiento cuando ello esté justificado a la luz de las nuevas circunstancias. En Derecho portugués, respecto a las causas por las que cesa la relación, en virtud de lo dispuesto en el art. 1793.2 CCport.<sup>1105</sup>, el tribunal puede hacer cesar el arrendamiento, a requerimiento del arrendador, cuando las circunstancias sobrevenidas lo justifiquen; aparte de ello, es ampliamente considerado que existen otras circunstancias de rescisión del contrato, como las contempladas en el art. 1083 CCport.<sup>1106</sup> respecto al arrendamiento urbano con carácter general.

---

<sup>1101</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 91; VENEZIAN, G., *op. cit.*, p. 865, en particular, señala que no es admisible que pueda derogarse la extinción establecida a causa de la muerte del usuario.

<sup>1102</sup> Art. 337-*sexies* CCit.: “*Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*”.

<sup>1103</sup> *Vid.* VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3411.

<sup>1104</sup> Art. 285-1 CCfr.: “*Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient*”.

<sup>1105</sup> Art. 1793.2 CCport.: “*O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem*”.

<sup>1106</sup> Art. 1083 CCport.: “*1. Qualquer das partes pode resolver o contrato, nos termos gerais de direito, com base em incumprimento pela outra parte.*”



En nuestro caso, ante la ausencia de referencia alguna al respecto en el art. 96 CC, cabe preguntarse si al derecho de uso de la vivienda familiar le son aplicables las causas de extinción contempladas en el art. 513 CC.

Entre los pocos autores que se han adentrado en un estudio jurídico más profundo de la figura contemplada en el art. 96 CC, RIVERO contesta negativamente porque el derecho de uso contemplado en el art. 96 CC no es un derecho patrimonial, sino de naturaleza eminentemente familiar y porque su título constitutivo no es la voluntad de los interesados sino la ley como causa material —de fondo— y la sentencia como título formal efectivo<sup>1107</sup>. Además de a las causas, apunta una diferencia en la mecánica funcional, en tanto que, respecto al derecho del art. 96 CC, “no se trata ya de extinción *ex lege* del derecho de uso de la vivienda familiar cuanto de modificación *ex iudice* de la medida de su atribución por causa justificada, en cuyo contexto formal, procesal, se abordará y resolverá el problema (quizá, también, la extinción)”.

Tales precisiones, sin embargo, no nos pueden llevar a negar que las causas de extinción del art. 513 CC sean aplicables al derecho de uso de la vivienda familiar ni, muchos menos, a negar la naturaleza real de este último. No debe olvidarse que, desde un primer momento, venimos defendiendo su catalogación como un derecho real de uso especial, singular, por lo que el régimen legal común, en cuanto supletorio, solo se aplicará en tanto que sea acorde con las singularidades de aquel uso.

Las causas de extinción del art. 513 CC, con las matizaciones oportunas, serán casi en su totalidad aplicables al derecho del art. 96 CC, a lo que habrá que añadir el abuso

---

2. *É fundamento de resolução o incumprimento que, pela sua gravidade ou consequências, torne inexigível à outra parte a manutenção do arrendamento, designadamente quanto à resolução pelo senhorio:*

a) *A violação de regras de higiene, de sossego, de boa vizinhança ou de normas constantes do regulamento do condomínio;*

b) *A utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública;*

c) *O uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina, ainda que a alteração do uso não implique maior desgaste ou desvalorização para o prédio;*

d) *O não uso do locado por mais de um ano, salvo nos casos previstos no n.º 2 do artigo 1072.º;*

e) *A cessão, total ou parcial, temporária ou permanente e onerosa ou gratuita, do gozo do prédio, quando ilícita, inválida ou ineficaz perante o senhorio.*

3. *É inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento em caso de mora igual ou superior a três meses no pagamento da renda, encargos ou despesas que corram por conta do arrendatário ou de oposição por este à realização de obra ordenada por autoridade pública, sem prejuízo do disposto nos n.º 3 a 5 do artigo seguinte.*

4. *É ainda inexigível ao senhorio a manutenção do arrendamento no caso de o arrendatário se constituir em mora superior a oito dias, no pagamento da renda, por mais de quatro vezes, seguidas ou interpoladas, num período de 12 meses, com referência a cada contrato, não sendo aplicável o disposto nos n.os 3 e 4 do artigo seguinte.*

5. *É fundamento de resolução pelo arrendatário, designadamente, a não realização pelo senhorio de obras que a este caibam, quando tal omissão comprometa a habitabilidade do locado e, em geral, a aptidão deste para o uso previsto no contrato”.*

<sup>1107</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, op. cit.

grave, causa de extinción propia de los derechos de uso y habitación, así como una causa, ligada íntimamente al fundamento y finalidad del derecho de uso de la vivienda familiar y a la existencia de una necesidad habitacional a la que va unida: la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de la atribución del derecho de uso.

En cuanto a la mecánica funcional que apunta RIVERO, se ha de realizar también una puntualización. Discutido ha sido, máxime en las causas de extinción más habituales — v. gr. el cumplimiento de la mayoría de edad—, si se trata de una extinción automática o habría de instarse necesariamente un procedimiento de modificación de medidas que podría concluir declarando extinguido el derecho<sup>1108</sup>.

En primer lugar, se ha de decir que ha sido un matiz, este, sobre el que las Audiencias Provinciales se han pronunciado de forma contradictoria, como en tantos otros temas relacionados con el art. 96 CC. Nótese cómo la SAP de Madrid 714/2015 de 14 de julio se pronuncia a favor de esa extinción automática: “*hasta el momento que la menor de ellas alcance la edad de 18 años, en que quedará extinguida automáticamente la atribución exclusiva y excluyente, sin necesidad de nueva declaración*”<sup>1109</sup>; en cambio, la SAP de Madrid 563/2016 de 30 de junio establece que “*no cabe acceder a la petición del recurrente en la forma que se hace de extinción automática del uso de la vivienda familiar una vez que los hijos sean mayores de edad, sino que concluida la atribución por ser menores de edad, a falta de otro acuerdo de los progenitores, si existiera controversia, se deberá valorar la situación a tenor de lo dispuesto en el artículo 96.3 CC*”.

De ahí que, aun sin perder de vista los pronunciamientos de la jurisprudencia, se ha de intentar reconstruir la figura del art. 96 CC desde la naturaleza que le venimos reconociendo y el régimen jurídico que le corresponde en virtud de tal naturaleza, siempre que ello sea posible, máxime cuando nos referimos a aspectos, como este último sobre la extinción automática, sobre los que no hay doctrina del Tribunal Supremo, sino jurisprudencia menor y contradictoria de las Audiencias Provinciales; precisamente, el fin de intentar aclarar, con esta obra, la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar no es otro que el de reconocerle un régimen jurídico, a fin de dotar a la figura de seguridad jurídica y evitar las contradicciones que se vienen produciendo al respecto en su aplicación por nuestros tribunales.

---

<sup>1108</sup> En Italia, salvo en el caso de muerte del titular del derecho, la extinción del derecho presupone un pronunciamiento del juez; *vid.*, al respecto, FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 222.

<sup>1109</sup> En tal sentido, SAP de Madrid 295/2014 de 25 de marzo.

En segundo lugar, cabe decir que cuando los arts. 90 y 91 CC se refieren a la modificación de medidas, lo hacen refiriéndose de forma general a todas las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo —o a las convenidas por los cónyuges judicialmente— a consecuencia de la nulidad, separación o divorcio. Ahora bien, si nos centramos en la medida concreta del art. 96 CC, respecto de aquellas causas de extinción del art. 513 CC que le sean aplicables, considero que, respecto a gran parte de ellas, puede defenderse la extinción automática, *ex lege*<sup>1110</sup>. Cuestión distinta es que si, llegado el término —v. gr. cumplimiento del plazo establecido—, se considera que subsiste la necesidad y que es digna de protección, se inste una modificación de medidas a fin de ampliar la vigencia de la medida; o que, extinguido el derecho de uso, se inste tal modificación a efectos de que la pérdida sufrida pueda tener repercusión en el resto de medidas. Cuando sí será necesario instar una modificación *ex iudice* de medidas es en aquellos supuestos en los que se discuta la existencia de un abuso grave, o bien —como veremos en el último epígrafe— por el cónyuge no beneficiario se pretenda la extinción del derecho por una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la aprobación; una causa, esta última, que responde a la especialidad del derecho de uso de la vivienda familiar. En estos casos es necesario que el juez valore, en cada caso concreto, si efectivamente se ha producido la alteración alegada<sup>1111</sup>.

Teniendo en consideración lo anterior, nos referiremos, a continuación, a las distintas causas de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar. Lo haremos, en primer lugar, refiriéndonos a las siete que se contemplan en el art. 513 CC respecto al usufructo, a fin de determinar su aplicabilidad o no al derecho del art. 96 CC, así como las matizaciones que hayan de realizarse como consecuencia de la especialidad del derecho.

---

<sup>1110</sup> Respecto a la regulación catalana, *vid.* PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, *op. cit.*, p. 428, quien apunta que la extinción opera automáticamente una vez se da la causa que la lleva aparejada, de forma que en principio no sería necesaria la intervención judicial para que fuere efectiva; solamente lo será en caso de plantearse problemas, supuesto en el que el propio Código prevé la posibilidad de instar —el cónyuge titular de la vivienda— la recuperación de la posesión en ejecución de sentencia. SERRANO CASTRO, F., *op. cit.*, p. 81, refiriéndose a la extinción del plazo, considera que, vencido el término, se puede obtener el desalojo inmediato mediante la interposición de demanda ejecutiva, pues el beneficiario conoce anticipadamente, a tenor de la propia literalidad de la resolución judicial, cuándo ha de abandonar la vivienda dejándola a disposición del cónyuge titular

<sup>1111</sup> Respecto a esta mecánica funcional se pronuncia expresamente el art. 12.12 LVRF, considerando que, cuando la causa de extinción sea la alteración de la situación económica o la convivencia marital o el matrimonio del beneficiario con otra persona, deberá acreditarse el hecho causante de la extinción mediante el procedimiento para la modificación de medidas. En cambio, en el resto de causas que contempla —fallecimiento del beneficiario, causas pactadas entre las partes, extinción o finalización de la guarda o de la obligación de prestar alimentos y vencimiento del plazo previsto— se podrá llevar a efecto por vía de ejecución de sentencia: “En los casos c) y d) del apartado anterior deberá acreditarse el hecho causante de la extinción mediante el procedimiento para la modificación de medidas, pudiendo llevarse a efecto en el resto de los supuestos por vía de ejecución de sentencia”.

Seguidamente, haremos breve referencia al abuso grave como causa de extinción propia del derecho de uso y habitación para terminar refiriéndonos a esa causa de modificación —y de posible extinción— propia del derecho de uso de la vivienda familiar cual es, según hemos adelantado, la variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su atribución.

Además de las que acabamos de citar, y que a continuación abordaremos, se ha de recordar la existencia de otras causas de las que no nos vamos a ocupar aquí porque ya han sido debidamente tratadas a lo largo de la obra, confirmando, o no, su condición de causa extintiva del derecho en cuestión (*v. gr.* la ejecución de una hipoteca anterior al derecho de uso; la enajenación consentida —o autorizada judicialmente— de la vivienda sobre la que recaía; o la falta de la notificación al arrendador, que prevé el art. 15.2 LAU, cuando el cónyuge no arrendatario opte por continuar en el uso de la vivienda tras la nulidad, separación o divorcio matrimonial)<sup>1112</sup>.

## 1. Muerte del cónyuge titular del derecho de uso

El art. 513.1º CC establece: “*El usufructo se extingue: 1º Por muerte del usufructuario*”<sup>1113</sup>. Qué duda cabe de que el fallecimiento del habitacionista o usuario —al igual que ocurre con el usufructuario— conlleva la extinción del derecho de uso o habitación del que es titular, dado el carácter personalísimo de tales derechos.

En el caso de que nos encontremos, no ante un derecho real de uso general, sino ante el especial que puede generarse con la atribución prevista en el art. 96 CC, existe un matiz que no se ha de obviar, pues ha dado lugar a opiniones diversas.

Si la atribución del uso se hubiese producido en virtud del art. 96.I CC, es decir, en atención al interés superior de los hijos menores, es evidente que el interés de estos últimos sigue subsistiendo, pese a la muerte del progenitor custodio —a la vez titular del derecho—. No cabe duda de que, ante la muerte de este último, habrá de procederse a un nuevo pronunciamiento sobre la guarda y custodia de los hijos menores. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿qué ocurre con la vivienda familiar?

---

<sup>1112</sup> *Vid. supra*, respectivamente: cap. tercero, III.3.1.1; cap. tercero, II.1 y III.1; cap. segundo, I.2.5.

<sup>1113</sup> FERNÁNDEZ DOMINGO, J., *op. cit.*, p. 132, refiriéndose a los derechos de uso y habitación generales, considera que si la familia es quien dota de extensión al derecho en sus aspectos cualitativo y cuantitativo, resulta injusto que, fallecido el titular, se prive a sus miembros, que también son beneficiarios, de toda participación. *De lege ferenda*, propone que estos derechos fuesen extensibles hasta la producción de otras circunstancias, como la mayoría de edad de los hijos o la mejora de la fortuna.

Hay quien, como RIVERO HERNÁNDEZ o RAMS ALBESA<sup>1114</sup>, considera que la muerte del titular del derecho es causa de extinción de su derecho, pero no necesariamente de la atribución de la vivienda para los hijos ni de la recuperación de la misma por el otro cónyuge. Del procedimiento de modificación de medidas —dice— puede resultar que los hijos queden bajo la guarda del otro progenitor (con la decisión que corresponda respecto a la vivienda) o bajo la guarda —o tutela— de otra persona, con continuación de los hijos en la misma vivienda familiar, con el título que el juez estime pertinente.

En esta misma línea se sitúa el art. 233-24.2.c CCcat. que contempla, como causa de extinción, el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso, pero referido únicamente a aquellos supuestos en los que el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal atendiendo a la necesidad de un cónyuge, que no de los hijos menores<sup>1115</sup>.

Si bien es cierto que el interés de esos hijos, por lo general, subsistirá, no ha de considerarse que subsista, en cambio, el derecho<sup>1116</sup>. El fallecido era el único titular del derecho —como ya se defendió en otro apartado de esta obra—<sup>1117</sup>, por lo que, fallecido este, extinguido queda el derecho. Los criterios de atribución a uno u otro cónyuge tienen sentido cuando, acaecida la crisis matrimonial, los cónyuges no tienen la obligación de vivir juntos; es más, existe una necesidad de mantenerlos separados físicamente. Ahora bien, fallecido uno de los cónyuges, ya no hay conflicto alguno en este sentido, no tiene sentido la exclusión del cónyuge supérstite. Siendo la vivienda propiedad del cónyuge no beneficiario, fallecido el cónyuge beneficiario del uso, la vivienda será recuperada por el cónyuge propietario, quien, además, será, por lo general, el que se hará cargo de la custodia de los hijos menores del matrimonio. En ese caso, la ocupará por derecho propio.

Aun así, y pese al fallecimiento del cónyuge beneficiario, hay quien defiende la posibilidad de que subsista el derecho —y que continúe excluido del uso el cónyuge supér-

---

<sup>1114</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>1115</sup> Art. 233-24.2.c CCcat.: “2. *El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: c) Por el fallecimiento del cónyuge beneficiario del uso*”.

<sup>1116</sup> *Vid.*, en tal sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 895, que excepciona el supuesto en el que así se hubiera hecho constar en el título constitutivo. Frente a esta última precisión, PIZARRO MORENO, E., *op. cit.*, p. 2083, considera que la muerte del usuario es una causa de extinción que está sustraída a la disponibilidad de las partes.

<sup>1117</sup> *Vid. supra*, cap. cuarto, V.3.

tite— cuando este último hubiese sido privado de la patria potestad, a fin de que los hijos puedan ocuparla con el designado para su tutela<sup>1118</sup>.

En cambio, incluso en tales supuestos se ha de rechazar la subsistencia del derecho, pues será el tutor designado el que esté obligado a procurarle alimentos y a velar por él (art. 269.1º CC); téngase en cuenta que ninguna medida sobre la vivienda familiar se adopta cuando, en otras circunstancias, es necesario nombrar un tutor a los menores (*v. gr.* por fallecimiento de los padres). Considerar la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos conllevaría, por lógica, defender también la obligación del tutor de trasladarse a la referida vivienda familiar.

En definitiva, según lo que en esta obra se defiende, la muerte del cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda familiar es siempre causa de extinción del mismo<sup>1119</sup>, lo cual, además, casaría a la perfección con el régimen jurídico de los derechos de uso y habitación, al constituir, también, una causa de extinción de estos últimos, como hemos indicado.

### 1.1 Muerte del cónyuge excluido del uso

Puede ocurrir que la vivienda fuese titularidad privativa del cónyuge excluido del uso y que sea este quien fallezca. Si atendemos a este supuesto desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso —naturaleza jurídica que le venimos atribuyendo en esta obra al derecho de uso del art. 96 CC—, cabe apuntar, básicamente, dos posibilidades:

La primera posibilidad, que el derecho real del titular no usuario de la vivienda fuese un derecho real limitado —*v. gr.* un derecho de usufructo—, sobre el que se constituyó el derecho de uso del art. 96 CC. En tanto que el derecho base es un derecho real limitado, el mismo se extingue con la muerte de su titular (art. 513.1º CC). Extinguido el derecho base, también se extinguirá el derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar.

La segunda posibilidad, que el derecho real del titular no usuario sea el de propiedad. Esta propiedad, evidentemente, no se extingue, sino que pasa a sus herederos, los cua-

---

<sup>1118</sup> *Vid.*: RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 286-287; o SALAZAR BORT, S., *La tutela especial...*, *op. cit.*, p. 256 y, en el mismo sentido, en *La atribución del uso...*, *op. cit.*, p. 256, quien considera que a lo que se ha de atender es al interés de los menores, no pudiendo afectar que entre el guardador y el cónyuge titular de la vivienda no exista relación familiar, pues sí existe tal relación con el hijo; señala, no obstante, que será necesario establecer una compensación con cargo a tercero por el uso del que se priva al propietario.

<sup>1119</sup> *Vid.*, en este sentido, la SAP de Granada 70/2017 de 24 de febrero.

les, además, habrán de soportar el derecho real de uso que recaía sobre la propiedad. Lo mismo cabría decir en caso de que la vivienda fuese copropiedad o fuese ganancial de ambos cónyuges, aunque, en este caso, con la posibilidad de que el cónyuge beneficiario sea el heredero de la vivienda, y se extinga su derecho por consolidación.

Por tanto, en aplicación del régimen jurídico de los derechos reales, fallecido el propietario exclusivo o copropietario de la vivienda que había sido excluido del uso, el derecho de uso de la vivienda familiar del cónyuge no propietario —sino usuario— continuará y habrá de ser soportado por los herederos del propietario.

En cambio, opinión diferente le merece a RODRÍGUEZ CHACÓN<sup>1120</sup> la regulación, al respecto, del derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC. Considera que no existe razón jurídica para que, fallecido el titular, el supérstite conserve un uso que solo tenía la función instrumental de compatibilizar, de un lado, la posibilidad de que el titular sufragara *in natura* parte de la prestación alimenticia y, de otro, la necesidad de separar a los cónyuges; según dispone el art. 150 CC, la obligación de suministrar alimentos “*cesa con la muerte del obligado, aunque los prestase en cumplimiento de una sentencia firme*”<sup>1121</sup>.

Lo que sí cabría —dice RODRÍGUEZ CHACÓN— en el caso de que la vivienda fuese ganancial, y a la muerte del cónyuge no beneficiario no se hubiese liquidado la sociedad de gananciales —aunque ya estuviese disuelta, por ejemplo, por el divorcio—, es la aplicación de los arts. 1406.4º y 1407 CC. Así, el cónyuge supérstite, en la liquidación, tendría derecho a que se le atribuyese la vivienda familiar en propiedad o a que se constituyese sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, sin perjuicio de las diferencias en dinero que tuviese que abonar en caso de que el valor del bien o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario.

Pese a lo defendido por CHACÓN, no considero que sea un obstáculo, para la aplicación del régimen jurídico del derecho real de uso al derecho del art. 96 CC, que este último pueda ser considerado un pago *in natura* de la prestación de alimentos, que se

---

<sup>1120</sup> RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, pp. 59 y ss. Asimismo, POVEDA DÍAZ, J., *op. cit.*, pp. 129 y 130 y MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Reflexiones en torno...”, *op. cit.*

<sup>1121</sup> Solo matiza RODRÍGUEZ CHACÓN su respuesta en el supuesto en que, junto a la atribución del uso de la vivienda, se hubiese establecido una pensión compensatoria, en cuyo caso sí defiende que los herederos soporten el derecho de uso por dos motivos: no existiendo hijos menores, porque entiende que el derecho de uso tiene una matiz de pensión compensatoria en especie y esta última no se extingue por la muerte del deudor (art. 101.II CC); existiendo hijos menores, porque es probable que, a efectos de cuantificar la pensión compensatoria, se haya tenido en consideración el beneficio que supone continuar en el uso de la vivienda, por lo que, extinguiéndose tal derecho de uso, la referida cuantificación ya no se estaría ateniendo a la realidad y no sería posible la modificación de su cuantía.

extingue con el fallecimiento del obligado al pago. En primer lugar, porque ya defendimos que el fundamento de la atribución no es la obligación de prestar alimentos<sup>1122</sup>. En segundo lugar, porque el fin de la medida es satisfacer una necesidad que, pese al fallecimiento del propietario de la vivienda —que no del titular del derecho de uso—, puede seguir subsistiendo. Y en tercer lugar, porque si ya corroboramos<sup>1123</sup> cómo, con carácter general, la jurisprudencia reconocía la oponibilidad del derecho de uso al tercero que adquiere la vivienda aun no adjudicándole naturaleza real, ¿por qué negar que el derecho subsiste cuando tal transmisión se produce *mortis causa*? La propuesta de CHACÓN nos llevaría, además, al absurdo de que la referida atribución no se extinguiese en el caso de inexistencia de hijos y sí en el caso de que existan hijos menores, que es precisamente la situación que más se intenta proteger; o que, habiendo hijos menores, según lo que se ha expuesto más arriba, la extinción dependiese de si existe también o no pensión compensatoria<sup>1124</sup>.

En conclusión, considero que ante esta eventualidad —fallecimiento del titular exclusivo de la vivienda— es perfectamente aplicable el régimen jurídico de los derechos de uso y habitación, que, a su vez, no hace más que contribuir a esa especial protección del beneficiario del uso a la que se pretende llegar tanto desde la norma como desde su aplicación por los tribunales.

## **2. Expiración del plazo para el que se constituyó o cumplimiento de la condición resolutoria consignada en el título constitutivo**

El art. 513.2º CC establece: “*El usufructo se extingue: 2º Por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo*”.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la temporalidad de los derechos reales. Decía GIRARD que, salvo excepciones, un derecho real es un derecho perpetuo destinado a durar tanto como su objeto, mientras que el derecho personal es, en esencia, un derecho temporal destinado a extinguirse en virtud de un acontecimiento previsto —el

---

<sup>1122</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.3.1.

<sup>1123</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, III.

<sup>1124</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss., considera que la oponibilidad del derecho de uso a los herederos del propietario es posible siempre que sea provisional y no hayan concurrido circunstancias que alteren el patrimonio del usuario y hagan desaparecer su necesidad.



pago—<sup>1125</sup>. En cambio, defendían GATTI y ALTERINI<sup>1126</sup> que los reales pueden ser temporales o perpetuos.

Más actualmente, ALBALADEJO, tras criticar las diferencias que, desde la doctrina, se intentan apuntar entre derechos reales y de crédito<sup>1127</sup>, se refiere concretamente a la temporalidad de los derechos reales limitados —o “en cosa ajena” como él denomina—. Considerando que para la ley es inaceptable que la propiedad de una cosa y la total utilidad que la misma puede prestar se disocien con carácter definitivo, no permite el establecimiento a perpetuidad de derechos reales limitados que absorban toda la utilidad que ésta preste, de forma que, mientras subsistan, dejen al dueño vacío del goce de la misma —v. gr. el usufructo—. En cambio, respecto a los derechos reales limitados que solo sustraen al dueño alguna parte de utilidad, aun no pudiéndose aplicar la justificación anterior, la ley, por considerarlo preferible por otros motivos, establece también la temporalidad en ciertos casos, mientras que en otros acepta el establecimiento con carácter perpetuo del derecho real que sea<sup>1128</sup>.

La temporalidad de los derechos de uso y habitación, como de cualquier otro derecho o carga real que limite a la propiedad, es un elemento esencial e inderogable de los mismos, pues, de ser perpetuo, amortizaría la propiedad<sup>1129</sup>. En tanto que en el articulado referido a los derechos reales de uso y habitación no se establece nada respecto a su duración, ha de acudirse —por remisión del art. 528 CC— a las disposiciones establecidas para el usufructo para corroborar su temporalidad. El mismo se extingue, como contempla el art. 513.2º CC, por el transcurso del plazo para el que se constituyó o el cumplimiento de la condición resolutoria recogida en el título constitutivo.

---

<sup>1125</sup> GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1924, p. 266: “*au point de vue leur extinction, en ce que le droit réel est, sauf exception, un droit perpétuel destiné à durer autant que son objet tandis que le droit personnel est par essence un droit temporaire destiné à s'éteindre par un événement prévu, par le paiement, qui d'ailleurs, dans nombre de cas, n'éteindra le droit personnel de créance qu'en faisant naître un droit de propriété*”.

<sup>1126</sup> GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *op. cit.*, p. 55.

<sup>1127</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 18: “como cuando se dice que el derecho real nace para vivir (...), y el de crédito para morir (...)”; esto —afirma— es exacto en el derecho de propiedad o en el derecho de recibir una cierta suma o servicio, pero no lo es en el derecho real de garantía —que solo nace para vivir, como máximo, mientras dura la obligación que aseguran— ni en créditos como el arrendamiento o el comodato —que mientras que viven es como dan utilidad al acreedor—.

<sup>1128</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 26. Asimismo, GÓMEZ-MORÁN ETCHART, A., *op. cit.*, p. 555, refiriéndose al usufructuario, afirma que, de no considerarlo temporal, su establecimiento equivaldría a un desplazamiento subjetivo de la propiedad.

<sup>1129</sup> Lo que no obsta para que sea indeterminado, según admite OTERO Y VALENTÍN, J., “Determinación específica...”, *op. cit.*, p. 46.

La STS 808/2001 de 26 de julio, a la que ya nos referimos al hablar —en el cap. quinto, II.2— sobre la intransmisibilidad del derecho, decía, asimismo, respecto a la temporalidad del derecho real de uso en general, que “*la indefinición temporal del derecho de uso pugnaría igualmente con la naturaleza del mismo*”, así como que “*si se quiere admitir un derecho de uso conforme a los moldes de legalidad indicados, no es posible desconocer referidas notas de «personal» y «temporal»*” de manera que, si se prescindiese de tal temporalidad, nos encontraríamos, no ante el derecho real tipificado, sino, quizás, ante una servidumbre personal y positiva<sup>1130</sup>.

Ya la —más antigua— STS de 4 de febrero de 1983 se refería al carácter esencial de la temporalidad, diciendo que el mismo “*deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena*”, así como que “*la temporalidad del derecho de uso, esencial al mismo igual que al usufructo, viene declarado tanto por el Código Civ. (art. 529 en relación con el 522...)*”.

Es más, precisamente por el carácter temporal del usufructo, consciente el legislador de que llegará el momento, más o menos lejano en el tiempo, en que el usufructuario haya de restituir la cosa usufructuada al nudo propietario, es por lo que se exige al usufructuario —y, por remisión, al usuario y habitacionista— la conservación de la forma y sustancia del bien usufructuado.

Tampoco ha suscitado discusión en la doctrina<sup>1131</sup> ni en la jurisprudencia<sup>1132</sup> admitir la temporalidad como característica esencial del derecho de uso de la vivienda familiar; la STS 310/2004 de 22 de abril dice que este derecho se caracteriza “*por su provisionalidad y temporalidad*”. Su extinción, además, constituirá un empobrecimiento del titular, como ocurre con la extinción de los derechos reales, a diferencia de los de crédito,

---

<sup>1130</sup> STS 808/2001 de 26 de julio: “*Ahora bien, cabe meditar si por ese título constitutivo (fuente prevalente de su contenido, ex art. 523, no se olvide), se innoven tales exigencias, y v.g., se acuerde por el propietario de la cosa a favor de otra, un derecho a usar de su cosa, sin esas limitaciones, de tal forma que (...) se anule la temporalidad con una previsión indefinida. Entonces, cabría afirmar que acaso por el juego negocial —no muy pacífico en la doctrina— se habría conformado un tipo dentro de los «iura in re aliena» innominado, aunque, descolgado de la tipicidad expuesta (...), lo que conduce que en esa hipótesis de libertad de configuración, se estaría no ante el derecho tipificado, sino ante una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva ex arts. 531 y 533-2º C.c.*”.

<sup>1131</sup> Vid., entre otros: REYES GALLUR, J., *op. cit.*, p. 29; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal...”, *op. cit.*, 1609. Ahora bien, como mantiene ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pp. 608-609, atribuyéndose el uso al titular exclusivo, se excluye el carácter temporal, pues el derecho de uso coincidirá con la titularidad básica del bien; en este mismo sentido, MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>1132</sup> Vid., entre otras: SSTS 310/2004 de 22 de abril o 100/2006 de 10 de febrero.

cuya extinción es tan ventajosa para el deudor —que se libera— como para el acreedor —que queda satisfecho en su crédito—, siempre que la extinción del crédito haya tenido como causa el pago, y no otra.

Incluso en Italia, donde el art. 337-*sexies* CCit. tampoco contempla nada respecto a la duración de la atribución, ni recoge, entre las causas de extinción, el transcurso del plazo, se defiende su natural carácter temporal, que permite fijar un término explícito, ya sea en la resolución judicial que atribuye el uso, ya sea en un procedimiento de revisión de medidas<sup>1133</sup>.

Tal carácter temporal se encuentra plenamente justificado. Lo contrario supondría que las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales se verían abocadas a una mera declaración formal sin contenido económico tangible, a la vez que conllevaría un grave perjuicio para el otro cónyuge —propietario o copropietario de la vivienda— que se vería privado de los derechos consagrados a su favor en los arts. 348 CC y ss. de manera indefinida<sup>1134</sup>.

Cabe rescatar, aquí, lo que ya se advirtió al comienzo de la obra. Este límite a la propiedad privada que supone el art. 96 CC se fundamentó en la función social a la que se refiere el art. 33.2 CE, pero no ha de olvidarse que su contenido esencial (art. 53.1 CE) ha de ser respetado por el legislador. La frontera entre la imposición de límites, obligaciones o cargas derivadas de la función social de los derechos patrimoniales (art. 33.2 CE) y la privación de esos derechos (art. 33.3 CE) no es, precisamente, fácil de determinar, pero se encuentra vinculada con el respeto al contenido esencial de los derechos patrimoniales<sup>1135</sup>. Como mantiene RODRÍGUEZ DE SANTIAGO refiriéndose al contenido esencial: “ese *límite de los límites* ya no incluye la función social, sino (...) justamente un resto mínimo de *utilidad meramente individual* que permita que eso que se sigue llamando propiedad siga siendo reconocible como tal”<sup>1136</sup>.

El carácter vitalicio que se presume de los derechos reales de uso y habitación generales, ha sido utilizado por algunos autores para descartar que el derecho del art. 96 CC, en el que se contempla de forma expresa su temporalidad, pueda ser considerado un

---

<sup>1133</sup> Vid. VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso...”, *op. cit.*, p. 3411.

<sup>1134</sup> Vid. PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, pp. 689-690; ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pp. 608-609, considera que, de no existir limitación temporal, supondría una especie de expropiación forzosa.

<sup>1135</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, p. 915 y PEREÑA PINEDO, I., *op. cit.*, p. 183.

<sup>1136</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, p. 910.

derecho real de uso<sup>1137</sup>. No considero, en cambio, que sea este motivo para rehusar tal consideración. Nótese que el derecho real de uso general tiene carácter vitalicio cuando no se fije plazo alguno de duración, algo que no ocurre en el derecho de uso de la vivienda familiar, en el que —como vamos a ver— la duración viene fijada explícita o implícitamente cuando se constituye el derecho.

Hasta tal punto es importante y esencial concebir el derecho de uso de la vivienda familiar como temporal, ya venga el plazo fijado explícita o implícitamente, que la STS 31/2017 de 19 de enero, cuando se plantea la posibilidad de equiparar el hijo mayor discapacitado a los hijos menores, a efectos del art. 96 CC, mantiene que:

*“La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”.*

*“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 artículo 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”.*

Ahora bien, pese al carácter temporal que se le atribuye al derecho de uso de la vivienda familiar, lo cierto es que el art. 96 CC, en su párrafo primero no establece límite alguno y, en su párrafo tercero, deja constancia del carácter temporal diciendo *“por el tiempo que prudencialmente se fije”*, pero sin concretar la duración que ha de tener la atribución del uso. Es por ello por lo que se ha de acudir a la jurisprudencia, a fin de estudiar los pronunciamientos existentes al respecto<sup>1138</sup>. La determinación de esta duración no ha estado libre de discusiones.

---

<sup>1137</sup> Vid., GARCÍA CANTERO, G., “Configuración del concepto de vivienda...”, *op. cit.*, p. 81 y PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, pp. 689-690.

<sup>1138</sup> Dice MANZANA LAGUARDA, M. P., *op. cit.*, que esa falta de concreción deberá ser integrada por la jurisprudencia teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que debe aplicarse la norma (art. 3 CC).

Para tratar la temporalidad del derecho de uso es necesario partir del criterio en virtud del cual se atribuye el uso de la vivienda familiar. Es decir, se ha de distinguir si se ha hecho en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo —o segundo— del art. 96 CC —siendo el interés más necesitado de protección el de los hijos menores—, o bien en virtud de lo contemplado en el párrafo tercero —atribución al cónyuge más necesitado de protección ante la ausencia de hijos o siendo estos mayores de edad—.

Quepa decir, finalmente, antes de adentrarnos en el estudio de la temporalidad del derecho del art. 96 CC que, teniendo en cuenta el carácter temporal de los derechos reales limitados como son los de uso y habitación, no se entiende que algunos autores acusen al derecho de uso de la vivienda familiar de falta de inherencia —y, por tanto, de falta de naturaleza real— por el hecho de que, transcurrido el plazo fijado o modificadas las circunstancias en atención a las cuales este derecho de uso fue concedido, se extinga y la vivienda pase a su titular libre de cargas o gravámenes<sup>1139</sup>.

## 2.1 Existencia de hijos menores de edad

El párrafo primero del art. 96 CC —al igual que el párrafo segundo—, que contempla el criterio de atribución aplicable cuando existan hijos menores de edad comunes a ambos cónyuges, a diferencia del párrafo tercero, no hace referencia a la necesidad de establecer un plazo de duración del derecho de uso atribuido. La extinción del derecho parece, pues, ir unida al de la desaparición de la necesidad que motivó la atribución<sup>1140</sup>. Ahora bien, que, en estos casos, la duración no quede, *ab initio*, explícitamente determinada<sup>1141</sup>, por utilizarse fórmulas generales —*v. gr.* “hasta que los hijos sean independientes económicamente”—, o, incluso, por la ausencia de fórmula alguna, no conlleva, como algunos llegaron a defender<sup>1142</sup>, que la duración sea indeterminable, ni que tenga carácter indefinido.

Surgen, ante esta situación, dos cuestiones: en primer lugar, si es posible limitar temporalmente la atribución del uso; y, en segundo lugar, en caso de que no sea posible, cuándo se extingue el derecho.

---

Téngase en cuenta que aquí, realmente, no existe laguna, lo que se necesita es interpretar la norma, aclararla, actualizarla...

<sup>1139</sup> Vid. PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, p. 690.

<sup>1140</sup> Vid. MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.*, p. 70.

<sup>1141</sup> LÓPEZ LIZ, J., *op. cit.*, pp. 271 y ss., califica al derecho de uso como de duración indeterminada por regla general, aunque pueda determinarse.

<sup>1142</sup> Vid. TAMAYO CARMONA, J. A., “¿Patrimonialización...?”, *op. cit.* y RUIZ RICO, J. A., *op. cit.*, p. 2064.

### 2.1.1 Sobre la posibilidad de limitar temporalmente la atribución

En relación con el primero de los interrogantes, llegó a existir una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Existían, básicamente, dos líneas jurisprudenciales. La primera consideraba que no es admisible una limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores, razón por la que no establecían plazo en la sentencia, o lo fijaban en la mayoría de edad o en la independencia económica de los hijos<sup>1143</sup>. La segunda admitía la posibilidad de establecer una limitación temporal en la referida atribución del uso, permitiendo que este pudiera extinguirse siendo el hijo aún menor y, por tanto, dependiente<sup>1144</sup>.

Esta segunda línea jurisprudencial apostaba por establecer, expresamente, *ab initio*, una limitación temporal al uso de la vivienda, que normalmente hacía coincidir con la liquidación del régimen económico matrimonial —habitualmente la sociedad de gananciales— o con la venta de la vivienda, estableciendo, a la vez, un plazo máximo para que tuviera lugar la liquidación<sup>1145</sup>. Una vez extinguido el derecho, se abocaba a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación —antes cubierta— repercutiese en un incremento de la pensión de alimentos.

Se trataba, fundamentalmente, de sentencias que no tenían únicamente en cuenta el interés de los menores, sino también el de los progenitores, incluido el del no custodio. Solían estar referidas a supuestos en los que existía un patrimonio lo suficientemente amplio como para posibilitar que, una vez repartido el mismo, la economía de ambos excónyuges pudiera resarcirse con el reparto, adjudicación o venta del referido inmueble ganancial, contando, así, con medios suficientes para subvenir las posteriores necesidades habitacionales de los menores.

---

<sup>1143</sup> *Vid.*, entre otras: SAP de Córdoba 151/2005 de 30 de junio, SAP de Las Palmas de Gran Canaria 514/2005 de 14 de octubre, SAP de Córdoba 73/2006 de 31 marzo, o SAP de Granada 454/2007 de 26 octubre.

<sup>1144</sup> *Vid.*, entre otras: SAP de Valladolid 342/2007 de 15 de octubre, SAP de Las Palmas 385/2008 de 4 de junio, SAP de Valladolid 388/2012 de 5 de noviembre o SAP de Valladolid 242/2013 23 septiembre.

<sup>1145</sup> No obstante, también hubo casos, en los que el plazo de duración ni tan siquiera se hizo depender de la liquidación del régimen económico y las ventajas que ello puede conllevar. Es el caso de la SAP de Valladolid 358/2012 de 9 de octubre, que atribuyó el uso de la vivienda familiar al hijo menor y al progenitor custodio por un plazo determinado —en esta ocasión, tres años—, al considerarse que la vivienda familiar era de la exclusiva propiedad del progenitor no custodio y que este disponía de un nivel mensual retributivo notable para, con los rendimientos de su trabajo personal, cumplir adecuadamente su deber de proporcionar al menor un alojamiento digno y conforme a la nueva situación familiar. En un sentido similar, *vid.* la SAP de Valladolid 67/2015 de 25 de marzo.

Ante la referida discrepancia entre las Audiencias Provinciales sobre la limitación del uso y disfrute del domicilio hasta la división y disolución de los bienes comunes, vino a sentar doctrina la STS 221/2011 de 1 de abril, para la que la regla del art. 96.I CC es taxativa. Considera que el principio que aparece protegido es el del interés del menor, quien requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, encontrándose, entre los alimentos, la habitación (art. 142 CC). De ahí que esta medida de protección de los menores no contenga limitación mientras estos sigan siéndolo. Es más, razona que, aun pudiendo ser dicha limitación una solución de futuro, los jueces están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y “una interpretación correctora” de la norma, imponiendo un uso limitado en el tiempo, implica una vulneración de los derechos del menor en la crisis de pareja, los cuales la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y han sido desarrollados en la LOPJM. El Alto Tribunal considera que esta era ya la doctrina de la Sala en sentencias como la de 9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras, en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios. En consecuencia de lo anterior, formula la siguiente doctrina: “*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 art. 96 CC*”. Doctrina, ésta, que fue reiterada posteriormente<sup>1146</sup>.

De lo declarado como doctrina por la antedicha sentencia, se extrae una excepción, en la que sí será posible la limitación temporal aun existiendo hijos menores de edad. Dice la resolución que no se podrá limitar, por el juez, el uso de la vivienda a los hijos menores de edad, “*salvo lo establecido en el art. 96 CC*”; con ello se está refiriendo a la prioridad que el art. 96 CC otorga a lo pactado entre las partes. La STS 168/2017 de 8 de marzo parte, precisamente, de la existencia de un acuerdo entre los progenitores sobre el límite temporal. Concretamente, se había pactado la extinción del derecho al tiempo en que a la madre custodia le fuese adjudicada una vivienda de protección oficial o, en su defecto, al plazo máximo de tres años desde la firma del convenio. Siendo el acuerdo de los progenitores el primer criterio al que se ha de atender en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, alcanzado el término acordado por las partes, se ha de estar a ese pacto siempre que no hayan cambiado las circunstancias concurrentes en el momen-

---

<sup>1146</sup> Vid., entre otras: SSTS 236/2011 de 14 de abril, 451/2011 de 21 de junio, 257/2012 de 26 de abril, 499/2012 de 13 de julio, 622/2013 de 17 de octubre, 181/2014 de 3 de abril, 301/2014 de 29 de mayo, 297/2014 de 2 de junio, 660/2014 de 28 de noviembre, 282/2015 de 18 de mayo o 117/2017 de 22 de febrero.

to de la firma del convenio. Cuestión distinta sería preguntarse si, ese convenio que, desde luego, fue aprobado por el juez —entendiendo que el interés del menor estaba suficientemente protegido—, realmente debió, o no, ser homologado. También la STS 65/2018 de 6 de febrero se hace valer el pacto de los padres de la menor, que acordaron en convenio la atribución del uso hasta que se vendiese la casa, lo cual acontece siendo la hija aún menor de edad; el Tribunal tiene en cuenta aquí, además, el hecho de que la madre contaba con otra vivienda en la que poder vivir con la hija.

Existen, pues, dos hipótesis: si la atribución es acordada por las partes, tal limitación es posible siempre que esté justificada, que no sea perjudicial para el menor de edad a juicio del juez —quien habrá de homologar, o no, el acuerdo—; si la atribución es impuesta por el juez, este no puede establecer limitación temporal alguna durante la minoría de edad de los hijos. Una importante oposición mantuvo UREÑA MARTÍNEZ<sup>1147</sup> frente a esta postura del Tribunal Supremo. Consideró el autor que el Tribunal Supremo, basándose en el principio de *favor filii*, parece mantener una posición jurisprudencial estricta, con una interpretación literal de la norma contenida en el art. 96.I CC, que le lleva a una atribución automática a los hijos y al cónyuge custodio, así como a un derecho de uso prácticamente ilimitado en estos casos, lo cual contrasta con el protagonismo que en el mismo párrafo del precepto se le otorga a la autonomía de la voluntad.

¿Está justificada la posición del Tribunal Supremo? En primer lugar, se ha de decir que, para justificar la no limitación temporal, no se puede partir —como hace la sentencia del Alto Tribunal—, de la conexión entre los arts. 96.I y 142 CC. No se discute que, en el concepto de alimentos, se incluye la habitación, pero de este último precepto no se extrae que la necesidad de habitación haya de prestarse *in natura* y, concretamente, a través de la vivienda familiar<sup>1148</sup>.

Para hallar una respuesta que justifique, o no, la posición del Tribunal Supremo, considero que hemos de rescatar, aquí, nuevamente, cuanto dijimos al comienzo de esta obra sobre la finalidad de la medida contemplada en el art. 96 CC. Siendo el interés más necesitado de protección el de los menores, dicho interés se encuentra íntimamente relacionado con su necesidad habitacional y, concretamente, con la permanencia del menor en el entorno en el que se ha desarrollado. De ahí que tal necesidad se pretenda cubrir con la vivienda familiar, y no con otra, y durante toda la minoría de edad, durante la cual se considera que late esa necesidad de una protección especial.

---

<sup>1147</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a la STS de 14 de abril de 2011”, *op. cit.* pp. 1821 y ss.

<sup>1148</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.4.2.2.



Partiendo de tal razonamiento, se ha de considerar que el criterio seguido por el Tribunal Supremo en aquella sentencia de 1 de abril de 2011 y en otras posteriores — citadas en nota—, consistente en prohibir la limitación temporal durante la minoría de edad de los hijos, está, *a priori*, más que justificado.

Téngase en cuenta que las sentencias de las Audiencias Provinciales casadas partían, para limitar temporalmente la atribución, de que los cónyuges podían garantizar a los menores un alojamiento adecuado y capaz para satisfacer sus necesidades, bien porque contaban con suficientes recursos económicos o bien porque podían llegar a contar con ellos a través de la liquidación de los gananciales. Limitaban, así, la atribución del uso de la vivienda familiar, *ab initio*, a un número de años o al momento de la liquidación, abocando a que, llegado el término, se instase una modificación de medidas a fin de hacer repercutir la habitación en las pensiones de alimentos.

Sin embargo, en estos supuestos, hemos de considerar que el interés del menor no queda suficientemente protegido, pues se desconoce cuál será la situación en la que se encontrará la familia y el propio patrimonio llegado tal término, así como si esa otra posible vivienda —que no tendría ni por qué existir— satisfará suficientemente el interés del menor. No se estaría asegurando, cual es el fin de la norma, que, mientras sigan siendo menores, tengan sus necesidades habitacionales adecuadamente satisfechas<sup>1149</sup>. Simplemente existe una estimación de que, con los recursos con los que cuentan —o podrían contar— los padres, podría llegar a satisfacerse la necesidad habitacional sin necesidad de recurrir a la vivienda familiar.

Más allá de estas sentencias que acabamos de referir, han existido otras, referidas a lo largo de esta obra, en las que el Tribunal Supremo sí ha atribuido excepcionalmente el uso de la vivienda familiar por un periodo temporal, aun siendo los hijos menores de edad. El supuesto de hecho en unas y otras sentencias tiene un matiz diferenciador importante. En estas otras sentencias en las que el Tribunal sí accede excepcionalmente a la limitación temporal, no es que —como ocurría en las sentencias casadas por el Tribunal Supremo y referidas en este punto— hubiese una expectativa de que con los recursos económicos que los cónyuges tenían —o podrían llegar a tener tras la liquidación— se podría satisfacer la necesidad habitacional de los hijos, sino que tal necesidad se en-

---

<sup>1149</sup> VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso...”, *op. cit.*, p. 17, en base a este argumento, refirió las dudas que le planteaba el art. 6.3 LVarF, que establecía el carácter temporal de la atribución de la vivienda, aun existiendo hijos menores. Valga decir que la referida ley fue declarada inconstitucional y nula por la Sentencia TC (Pleno) de 16 de noviembre de 2016, pero no por ese motivo.

contraba ya satisfecha por la existencia de otra vivienda<sup>1150</sup>. Si esta otra vivienda, aun existiendo, se encontraba, por ejemplo, arrendada, era entonces cuando se atribuía la vivienda familiar por un periodo de plazo determinado hasta que el arrendamiento de la primera se extinguiese y pudiesen proceder a ocuparla.

Es el supuesto contemplado en la STS 461/2015 de 22 de julio, en el que la pareja de hecho, con descendencia común, habitaba una vivienda propiedad de él, siendo ella propietaria de otra vivienda que se encontraba arrendada a un tercero. El Alto Tribunal confirma, en este sentido, la resolución de la Audiencia Provincial que, si bien atribuye el uso de la vivienda familiar a la hija menor y a la madre, la limita temporalmente a la fecha en que la vivienda propiedad de esta última quede libre de arrendatarios<sup>1151</sup>.

De esta forma, encontrándose, pues, satisfecha, la necesidad habitacional del menor, se tiene, de nuevo, en consideración, como mantiene la STS 426/2013 de 17 de junio, que el interés superior del menor es algo más complejo que la mera permanencia en el entorno. De ahí la necesidad de atender también al interés del progenitor no custodio, que, si bien de inferior grado, también es relevante, no solo en beneficio de él mismo, sino del propio interés del hijo menor, ya que, por ejemplo, gracias a su mejor posición económica, podría hacer frente al resto de conceptos que conforman los alimentos — que no se compone únicamente de la habitación, sino también del sustento, vestido, asistencia médica, educación...—<sup>1152</sup>.

En definitiva, en estas otras sentencias en las que, excepcionalmente, se ha accedido a la atribución temporal de la vivienda familiar, se ha hecho pero como paso previo a la ocupación de una segunda vivienda, atribuida también *ab initio*, y en la que las necesidades de los menores pueden quedar perfectamente satisfechas.

### 2.1.2 Sobre el momento en que se extingue el derecho de uso

Si, en virtud de lo expuesto, aun caracterizándose el derecho de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC por su provisionalidad y temporalidad, no puede limitarse tem-

---

<sup>1150</sup> Se partía, así, de aquella otra STS 671/2012 de 5 de noviembre —varias veces referida— que dice que uno de los factores que elimina el rigor de la norma (art. 96.I CC) cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges, es que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas su necesidad habitacional a través una vivienda alternativa idónea.

<sup>1151</sup> *Vid.*, asimismo: SSTS 695/2011 de 10 de octubre y 426/2013 de 17 de junio, tratadas ambas en el cap. cuarto, III.2.4., en las que la atribución de la vivienda familiar por tiempo limitado iba seguida de la atribución de una “segunda vivienda” —no familiar—.

<sup>1152</sup> *Vid.*: STS 671/2012 de 5 de noviembre; SAP de Valladolid 174/2012 de 25 de abril.

poralmente *ab initio* en el caso de que existan hijos menores, cabe entonces preguntarse: ¿cuándo se extingue el derecho?

Entre la jurisprudencia menor, durante un tiempo, se ha mantenido el criterio de entender el uso de la vivienda familiar atribuido hasta la independencia económica de los hijos que, en el momento de la atribución, eran menores de edad<sup>1153</sup>.

En cambio, entiendo que, en estos casos, el derecho de uso reconocido ha de tener como límite temporal la emancipación de los hijos del matrimonio<sup>1154</sup> y no el momento de la independencia económica de los mismos, por lo que, emancipado, y extinguida la patria potestad, ha de entenderse extinguido el derecho de uso<sup>1155</sup>. Es en el ordenamiento francés donde podemos encontrar más claramente establecido este límite, pues contempla el art. 285-1 CCfr., párrafo segundo, que el juez fijará la duración del arrendamiento y podrá renovarlo hasta la mayoría de edad del hijo más joven.

La razón no es otra que la emancipación es un dato más seguro y objetivo, menos relativo e interpretable que el de la independencia económica. Además, partiendo del fundamento y la finalidad de la medida —como ya se desarrolló en otra parte de esta obra para justificar la exclusión de los hijos mayores de edad del párrafo primero del art. 96 CC—<sup>1156</sup>, la medida únicamente cumple su cometido durante la minoría de edad<sup>1157</sup>.

---

<sup>1153</sup> *Vid.*, entre otras: SAP de Asturias 365/2001 de 25 de junio, SAP de Castellón 22/2011 de 18 de febrero o SAP de Jaén 373/2016 de 8 de junio. Nótese que, por ejemplo, dentro de la propia SAP de Madrid, la Sección 24ª (*vid.*, entre otras, las sentencias de 3 de diciembre de 2008 o 17 de septiembre de 2015) atribuía el uso de la vivienda a los hijos menores de edad hasta la independencia económica, mientras que la Sección 22ª (*vid.*, entre otras, las sentencias de 29 de abril de 2014 y de 14 de julio de 2015) atribuía el uso solo hasta que los menores alcanzasen la mayoría de edad. Entre la doctrina partidaria de marcar el límite en la independencia económica, *vid.*, entre otros: MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 396 y ss.

<sup>1154</sup> *Vid.*, en contra, BERROCAL LANZAROT, A. I., “La atribución del uso de la vivienda...”, *op. cit.*, p. 609 o ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 431. *Vid.*, asimismo, la STS 582/2015 de 27 de octubre, que, en un procedimiento de modificación de medidas, rechaza que se haya producido una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para la atribución pues, si bien una de las hijas ha alcanzado la mayoría de edad, aún sigue existiendo otra hija menor de edad.

<sup>1155</sup> *Vid.* GIL MEMBRADO, C., *op. cit.*, p. 100; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios...”, *op. cit.*, p. 73, para quien prolongar la atribución hasta la independencia económica supondría en la mayoría de los casos que el periodo fuese demasiado largo; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, pp. 246 y ss., quien considera que el silencio del código en cuanto a plazos en el art. 96.I CC se justifica porque los presupuestos de la norma llevan implícita, en sí mismos, su duración, puesto que si el uso se atribuye teniendo en cuenta la minoría de edad de los hijos, solo se mantendrá por esta razón mientras esa circunstancia subsista.

<sup>1156</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.4.2.2.

<sup>1157</sup> Razón por la que no podemos acogernos a la tesis de MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 396 y ss., quien, en sentido contrario, considera que, antes de que existiese el art. 93.2 CC se podía defender que el derecho tenía su fin cuando los menores alcanzasen la mayoría de edad, pero ahora que el mismo contempla los alimentos a los mayores, y dada la atribución del uso y el pago *in natura* de los alimentos, se ha de defender que el término del derecho ha de situarse en el momento en que los hijos alcancen independencia económica y pierdan el derecho a alimentos.

Una vez emancipados, a lo que habrá de atenderse es al párrafo tercero del art. 96 CC que, excepcionalmente, permite atribuir al cónyuge no titular —exclusivo— de la vivienda, el uso de la misma si su interés fuese el más necesitado de protección. En estos casos, en los que la atribución *ex art. 96.III CC* se producirá años después de la crisis matrimonial —cuando se emancipen los hijos— se habrá de atender a que las circunstancias que determinan esa necesidad ya existiesen en el momento de dictarse la sentencia que le atribuyó inicialmente el uso<sup>1158</sup>. Por otra parte, lo anterior no impide que, a fin de determinar ese interés más necesitado, se tenga en cuenta, precisamente, la convivencia con uno de los cónyuges de los hijos mayores de edad, pero dependientes económicamente.

Esta parece ser también la línea marcada por el Tribunal Supremo, frente a la jurisprudencia menor contradictoria que ha existido sobre este particular, y frente a autores que, partiendo de que se trataba de una forma de contribución a los alimentos, consideraban que no podía reputarse extinguida sino cuando la necesidad de habitación hubiera cesado<sup>1159</sup>. Ya la STS 100/2006 de 10 de febrero, dispuso que la atribución del uso de la vivienda familiar en atención a la existencia de hijos menores de edad lo es con el límite temporal de la adquisición de la mayoría de edad del menor de los hijos. En Pleno, la STS 624/2011 de 5 de septiembre —a la que ya aludimos al hablar sobre los criterios de atribución— fijó como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

*“la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”*<sup>1160</sup>.

---

<sup>1158</sup> El art. 233.20.3.c CCcat. va un poco más allá, contemplando la posibilidad de que la atribución del uso de la vivienda familiar se haga inicialmente por este concepto —cónyuge más necesitado—: *“No obstante lo establecido por el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos: c) Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad”*.

<sup>1159</sup> *Vid.*: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 289 y ROCA TRÍAS, E., “El convenio regulador...”, *op. cit.*, pp. 198-199, así como en “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, p. 608.

<sup>1160</sup> Citada posteriormente por las SSTS 183/2012 de 30 de marzo, 707/2013 de 11 de noviembre, 73/2014 de 12 de febrero, 603/2015 de 28 de octubre, 604/2016 de 6 de octubre, 635/2016 de 25 de octubre, 636/2016 de 25 de octubre y 741/2016 de 21 de diciembre. *Vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal. Comentario a la STS de 6 octubre 2016”, en *CCJC*, núm. 103, 2017 [BIB 2017\10833].

La referencia a la mayoría de edad como límite es referida también por otras resoluciones como las SSTS 310/2004 de 22 de abril, 181/2014 de 3 de abril, 277/2016 de 25 de abril —en esta refiriéndose concreta-

La STS 315/2015 de 29 de mayo, que reitera lo anterior, añade que “*La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso, deja en situación de igualdad a marido y mujer*”. Bastante clarificadora es la más reciente STS 31/2017 de 19 de enero, en virtud de la cual:

*“La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad”<sup>1161</sup>.*

O la STS 43/2017 de 23 de enero, que fija el límite de la atribución en la mayoría de edad, en oposición a la sentencia recurrida, que lo había fijado en la independencia económica.

Cuestión distinta es lo que acontece en la STS 528/2017 de 27 de septiembre. En este caso, aun habiendo alcanzado las hijas comunes, aun convivientes con la madre, la mayoría de edad, se niega por el Tribunal la pretensión del esposo de que se extinguiese el derecho de uso sobre la vivienda familiar. El motivo fue que la atribución se había realizado por acuerdo en convenio regulador, siendo el tenor literal el siguiente “El uso de la vivienda familiar sita en (...), se adjudica a la Sra. Carlota. En dicha vivienda convivirá junto a sus dos hijas, Marisa y Raquel”, por lo que el Tribunal entiende que los cónyuges, en libre ejercicio de voluntad *ex art. 1255 CC*, dispusieron atribuir el uso a la esposa copropietaria para vivir en ella con sus dos hijas, por lo tanto, al margen de ser ella progenitora custodia. Interpretación del convenio que, por otra parte, no se discute por el recurrente, que se limita a referir la doctrina según la cual, alcanzada la mayoría de edad por los hijos, la atribución ha de basarse en el párrafo tercero del art. 96 CC.

Respecto al límite de la mayoría de edad se pronuncian de forma expresa los arts. 233-20.2 y 233-24.1 CCcat., en virtud de los cuales, si, a falta de acuerdo, se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor al que corresponde la guarda de los hijos, dicha atribución se hace por el tiempo que dure la referida guarda<sup>1162</sup>. En cambio, tanto los

---

mente al pago de una cantidad en sustitución de la ocupación de la vivienda familiar—, 390/2017 de 20 de junio o 527/2017 de 27 de septiembre.

<sup>1161</sup> En tales términos se pronuncia posteriormente la STS 181/2018 de 4 de abril y la RDGRN de 30 de mayo de 2018.

<sup>1162</sup> Art. 233-24.1 CCcat.: “*El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda*”.

Art. 233-20.2 CCcat.: “*Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta*”.

arts. 12.5.II y 12.11.e LVRF, como el art. 96.3 CC del que llegó a ser el ALCP, vinculan la duración a la obligación de prestar alimentos<sup>1163</sup>.

Mayor discrecionalidad otorga al juez el Código de Derecho Foral de Aragón. El art. 81.3 CDFA refiere la necesidad de establecer una limitación temporal, aunque no concreta nada más al respecto: “*La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia*”.

En la línea que venimos apuntando es en la que se sitúa también la redacción del art. 96 CC propuesta por el reciente ALD, en virtud del cual el uso de la vivienda “*corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad*”. Una vez extinguido el referido uso —dispone el nuevo párrafo tercero del art. 96 CC, según el ALD—, “*las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes*”.

## **2.2 Inexistencia de hijos o la sola existencia de hijos mayores de edad**

No existiendo hijos, o siendo estos mayores de edad, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular cuando su interés fuese el más necesitado de protección (art. 96.III CC). Es más, cabe incluso que, pese a la extinción del derecho de uso atribuido en virtud del párrafo primero del art. 96 CC, el cónyuge que había venido ocupando la vivienda por mor de la custodia de los hijos, pueda seguir haciendo uso de la misma si el juez, ahora en virtud de este párrafo tercero del art. 96 CC, considera que, pese a no ser titular de la vivienda, y no existir ya hijos menores, su interés es el más

---

<sup>1163</sup> Art. 12.5.II LVRF: “*En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgársele la guarda y custodia de los hijos e hijas, ya fuera exclusiva o compartida, y si la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común a ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos*”.

Art. 12.11.b LVRF: “*Son causas de extinción del derecho de uso: e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos*”.

Art. 96.3 CC según el ALCP: “*En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar y el ajuar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya fuere exclusiva o compartida, y aquella fuere privativa del otro progenitor o común a ambos, tendrá el uso hasta que cese la obligación de prestarles alimentos*”.

necesitado de protección. El criterio es, asimismo, trasladable, mediante una interpretación lógica del precepto, a los supuestos de titularidad ganancial de la vivienda<sup>1164</sup>.

En este supuesto, a diferencia de lo que ocurría en la aplicación del párrafo primero del art. 96 CC, se establece, expresamente, que el uso se acordará “*por el tiempo que prudencialmente se fije*”<sup>1165</sup>. En virtud de dicho inciso, la duración del derecho de uso atribuido se condiciona al transcurso del plazo estipulado. En caso de ausencia de acuerdo de las partes, para la fijación del plazo el juez habrá de tener en cuenta que el uso habrá de durar, no hasta que el no titular deje de ostentar el interés más necesitado de protección, sino el tiempo imprescindible que, a juicio del juez, le debería bastar, razonablemente, para poner fin a esa situación<sup>1166</sup>. No cabe, como en la pensión compensatoria, una atribución indefinida.

La resolución judicial deberá fijar necesariamente el tiempo que haya de durar el derecho en cuestión, sin que, según dice la STS 73/2014 de 12 de febrero, quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida o sin marco temporal alguno, salvo acuerdo de las partes<sup>1167</sup>.

En Cataluña, el art. 233-24.2.d CCcat. establece que “*El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: d) Por el vencimiento del plazo por el que se estableció o, en su caso, de su prórroga*”. En la LVRF, si, aun existiendo hijos, la atribución del uso se hubiera realizado, no en virtud de la guarda y custodia, sino por razones de necesidad del cónyuge beneficiario —supuesto en que se trate de custodia compartida, o bien, siendo exclusiva, se atribuya al cónyuge no custodio—, se establece para la referida atribución un plazo máximo de dos años (arts. 12.5.I y 12.11.f LVRF)<sup>1168</sup>, plazo que coincide con el que se establecía en la proyectada reforma del art. 96 CC por el ALCP<sup>1169</sup>.

---

<sup>1164</sup> Así lo contempla la STS 527/2017 de 27 de septiembre, siguiendo a otras sentencias anteriores como las SSTS 1067/1998 de 23 de noviembre, 624/2011 de 5 de septiembre, 707/2013 de 11 de noviembre o 390/2017 de 20 de junio.

En cambio, si la vivienda se atribuye al cónyuge único titular del derecho sobre la vivienda, no cabe fijar una limitación temporal, tal y como afirma la STS 174/2015 de 25 de marzo.

<sup>1165</sup> Los supuestos de custodia compartida, no contemplados expresamente en el art. 96 CC, deben solucionarse, en cuanto a su temporalidad, atendiendo, asimismo, a lo dispuesto en el art. 96.III CC y, por tanto, por el tiempo que prudencialmente se fije. *Vid.*, en este sentido, entre otras, las SSTS 434/2016 de 27 de junio, 522/2016 de 21 de julio o 545/2016 de 16 de septiembre.

<sup>1166</sup> *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, pp. 342 y ss. y ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, p. 262.

<sup>1167</sup> *Vid.* STS 390/2017 de 20 de junio.

<sup>1168</sup> Art. 12.5.I LVRF: “*La atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores por razones de necesidad deberá hacerse con carácter temporal por un máximo de dos años, y será susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga deberá solici-*

Con esta limitación temporal se evita la colisión del derecho de uso —atribuido al cónyuge beneficiario— con los legítimos derechos que al otro cónyuge —no beneficiario— pudieran corresponderle como titular del referido inmueble, y que quedarían largo tiempo, cuando no indefinidamente, frustrados, no tanto en su uso, como en lo que se refiere a su disposición a través de una operación que le permita la efectiva liquidación del patrimonio<sup>1170</sup>. Como mantiene la STS 315/2015 de 29 de mayo, remitir el tiempo de permanencia en la casa —propiedad de su excónyuge— a una posible alteración sustancial de las circunstancias, “*parece más una verdadera expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la Ley dispensa a cada una de las partes*”<sup>1171</sup>.

Podrá optarse por materializar el plazo señalándose un término fijo —un día cierto—, o bien estableciéndose una condición resolutoria, por ejemplo, como suele ser habitual, la liquidación de la sociedad de gananciales o la división de la cosa común existente entre ellos. Ya tratamos, en su momento, la repercusión que, sobre el derecho de uso de la vivienda familiar, tenía la liquidación de la sociedad de gananciales, así como la acción de división de la cosa común<sup>1172</sup>. Lo hicimos, precisamente, para defender la subsistencia del derecho pese a la referida liquidación o división. Ahora bien, la cuestión de ahora es distinta, pues lo que sucede es que la referida liquidación o división se establecen como condición resolutoria consignada en el título constitutivo, lo cual encaja a la perfección con lo contemplado en el art. 513.2º CC, al que se remite el art. 529 CC. En este caso, concluido el procedimiento de liquidación del régimen económico, o de división de la cosa común, el derecho se entenderá extinguido *eo ipso*, sin necesidad de instar una modificación de medidas. Se trata, en definitiva, de un derecho constituido voluntariamente por un plazo que, aunque no determinado, sí es determinable.

---

*tarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado, y tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas”.*

Art. 12.11.f LVRF: “*Son causas de extinción del derecho de uso: f) Por vencimiento del plazo previsto en la atribución temporal judicialmente adoptada*”.

<sup>1169</sup> Art. 96.3 CC según el ALCP: “*Cuando el uso de la vivienda no se otorgase en consideración a la guarda y custodia de los hijos, lo será por un tiempo máximo de dos años. El cónyuge adjudicatario del uso podrá instar tres meses antes del vencimiento del plazo, con carácter excepcional y si continuara teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda, la modificación de la medida y una prórroga del uso por otro año*”.

<sup>1170</sup> PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, p. 58, considera que prescindir de esta limitación supondría, a su vez, introducir una limitación en el derecho de propiedad carente de toda justificación; por su parte, SERRANO CASTRO, F., *op. cit.*, p. 81, apunta que una atribución indefinida supondría una virtual privación de los derechos dominicales del cónyuge titular.

<sup>1171</sup> En tal sentido, *vid.*, entre otras, las SSTs 31/2017 de 19 de enero, 34/2017 de 19 de enero, 390/2017 de 20 de junio o 527/2017 de 27 de septiembre.

<sup>1172</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, III.2.



Ahora bien, lo anterior no obsta —a juicio de FERNÁNDEZ RAMALLO— a que, si llegado el momento, perduran las circunstancias que aconsejaron la medida, se prorrogue el derecho con el establecimiento de un nuevo plazo<sup>1173</sup>. Previsión que sí se contempla de forma expresa en el art. 233-20.5 CCcat.<sup>1174</sup>, en virtud del cual, si el uso se atribuye a uno de los cónyuges por ser su interés el más necesitado —aun existiendo hijos menores—, la atribución será con carácter temporal, siendo susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. No existiendo en nuestro ordenamiento pronunciamiento en tal sentido, ha de actuarse con cautela respecto a esta posible prórroga, pues, según hemos defendido más arriba, la duración del uso atribuido no habrá de ser hasta que desaparezca la necesidad, sino por el tiempo que se estime prudente para que se haya podido solventar tal necesidad; de no entenderse así, se podría alargar indefinidamente<sup>1175</sup>. Con esto, según se contempla en el propio Preámbulo del Código catalán, “*quiere ponerse freno a una jurisprudencia excesivamente inclinada a dotar de carácter indefinido la atribución, en detrimento de los intereses del cónyuge titular*”. También el art. 96.3.II CC, según la modificación que proponía el que fue el ALCP, establecía la posibilidad de instar, con carácter excepcional, una prórroga de un año, si siguiese teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda.

Si, en cambio, lo que sucede es que, antes de la finalización del plazo, desaparece la situación de necesidad que se tutela, se podrá instar una modificación de medidas a fin de extinguir, asimismo, el derecho atribuido.

En cualquier caso, lo que sí puede afirmarse, en virtud de todo lo anterior, es que se trata de un derecho temporal, y que, en tal sentido, le es perfectamente aplicable el régimen jurídico de los derechos de uso y habitación en lo que a extinción se refiere: el derecho se extinguirá por expirar el plazo para el que se constituyó o por cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo, conforme al art. 513.2º CC, al que se remite el art. 529 CC.

---

<sup>1173</sup> FERNÁNDEZ RAMALLO, P., *op. cit.*, pp. 75 y 76. En cambio, MURCIA QUINTANA, E., *op. cit.*, pp. 426 y ss., defiende la improcedencia de la prórroga, pues la situación del cónyuge atributivo sigue siendo la misma, no hay variabilidad de las circunstancias.

<sup>1174</sup> Art. 233-20.5 CCcat.: “*La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas*”.

<sup>1175</sup> Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., *Criterios de atribución...*, *op. cit.*, pp. 342 y ss.

### 2.3 Temporalidad, principio de especialidad y Registro de la Propiedad

Téngase en cuenta que no son pocas las sentencias que se limitan a atribuir el derecho de uso de la vivienda familiar sin hacer mención alguna a su duración. De ahí que una de las cuestiones que más controversias ha generado, en lo que a la inscribibilidad del derecho de uso en el Registro de la Propiedad se refiere, es la de la posible indeterminación temporal del mismo. Una indeterminación que, en principio, podría pensarse que choca frontalmente con el principio de especialidad del art. 9 LH, en relación con el art. 51 RH.

La posición al respecto de la DGRN ha fluctuado a lo largo de los años, pudiendo considerarse que ha pasado por hasta tres momentos distintos:

Una posición inicial fue la adoptada por la RDGRN de 20 de febrero de 2004. La misma abordó la cuestión de si el derecho de uso debe tener imprescindiblemente un plazo de duración para poder procederse a su inscripción. Considera, al respecto, que tal señalamiento de plazo no es necesario, entendiéndose, así, siempre cumplido este requisito formal. Para ello se apoyó en tres argumentos. El primero, que, si bien es necesario que conste en el Registro el plazo de duración de los derechos reales limitados en el tiempo, el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, sino familiar. El segundo argumento lo hacía descansar en que, aun no señalándose un plazo de duración de este derecho de uso, este siempre tendrá un término máximo: la vida del cónyuge a quien se atribuye. El tercero de los argumentos se refiere a que al tratarse —la atribución del uso— de una medida modificable cuando se alteran las circunstancias (art. 91 CC) y, por tanto, de un derecho revocable, señalarle un plazo de duración podría inducir a confusión. Esta variabilidad de la duración que se le reconoce al derecho de uso como consecuencia especial del carácter familiar que se le atribuye, fue reconocida por numerosas resoluciones posteriores<sup>1176</sup>.

Cierta matización, en este sentido, se aporta desde la Dirección General a través de la RDGRN de 2 de junio de 2014. En la misma se considera que el derecho de uso, para ser inscribible en el Registro de la Propiedad, debe configurarse con expresión concreta de su temporalidad, aunque no sea necesario la fijación de un día *certus*, salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código Civil catalán.

---

<sup>1176</sup> En este sentido: RRDGRN de 27 de agosto de 2008, 10 de octubre de 2008, 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009 y 19 de mayo de 2012.

Por último, el tercer momento —y en el que se encuentra ahora la Dirección General— llegó con la RDGRN de 20 de octubre de 2016, con la que se produce un cambio doctrinal. En ésta se afirma que, en virtud del principio de especialidad registral (arts. 9 LH y 51 RH), todo derecho que pretenda acceder al Registro ha de venir perfectamente diseñado y concretado en lo que a sus elementos personales y reales se refiere. Y, concretamente, tratándose de un derecho de vida limitada, ha de concretarse su duración, ya sea fija o variable. No obstante, precisa que las exigencias de determinación del derecho que se inscribe no puede hacerse desconociendo el peculiar régimen jurídico positivo que lo configura, máxime cuando este se articula en atención a intereses que se estiman dignos de tutela legal, como es el caso del derecho de uso de la vivienda familiar.

Así, no parece que la postura actual del Centro Directivo suponga obstáculo alguno para mantener el criterio que, en cuanto a temporalidad, se ha referido en las páginas previas. En el caso de que no existan hijos, y que la atribución del uso de la vivienda familiar se haya realizado en virtud del art. 96.III CC sin fijar plazo alguno, el Registrador va a denegar la inscripción del derecho de uso; ya hemos advertido la necesidad de establecer un límite temporal expreso. En cambio, si el uso se ha atribuido en virtud del párrafo primero del art. 96 CC, en tanto que no están permitidas las explícitas limitaciones por parte del Tribunal Supremo para estos casos, estará justificada la ausencia expresa de limitación temporal del derecho que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad<sup>1177</sup>, lo que no obsta para que la limitación resulte de modo indirecto de la mayoría de edad de los hijos. Así, las RRDGRN de 27 de diciembre de 2017, 11 de enero de 2018 y 30 de mayo de 2018, afirman que, existiendo hijos menores de edad, no es necesario que se haya fijado límite temporal para proceder a la inscripción; la última de las resoluciones vincula el cese del uso a la mayoría de edad.

Estableciendo la inscripción —practicada en el Registro de la Propiedad— un plazo concreto, ha de considerarse si es posible aplicar el art. 177 RH, según el cual “*Los asientos relativos a derechos que tuviesen un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años desde su vencimiento*”, o se ha de aplicar el art. 83 LH, en virtud del cual “*Las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por provi-*

---

<sup>1177</sup> Así se desprende de la RDGRN de 20 de octubre de 2016. En el supuesto del que trae causa esta resolución, considera el Centro Directivo que el defecto, tal y como ha sido señalado por el registrador en su nota de calificación, debe ser mantenido, atendiendo a que en el presente supuesto se atribuye a la esposa el derecho de uso al amparo del artículo 96.III del Código Civil, es decir, no habiendo hijos menores que pudieran justificar la procedencia de ausencia de expresa limitación temporal.

*dencia ejecutoria*". Si bien la referencia del art. 177 RH al plazo de vigencia "*convenido por las partes*" y la no admisión de excepciones en el art. 83 LH, parece conducir a la no admisión de la cancelación por caducidad, realiza PRETEL SERRANO dos apreciaciones<sup>1178</sup>. La primera, que no todo asiento practicado en virtud de mandamiento judicial tiene vedada la cancelación por caducidad (*v. gr.* anotaciones preventivas judiciales en virtud del art. 86 LH). La segunda, que en la actualidad el derecho de uso puede venir determinado en su duración por convenio ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura notarial —en caso de inexistencia de hijos menores—, supuestos en los que no será de aplicación el art. 83 LH, siendo posible la cancelación "*transcurridos cinco años desde su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento*" (art. 177 RH). En cualquier caso, habiéndose atribuido el derecho de uso en virtud de decisión judicial, estima PRETEL que el art. 83 LH debe interpretarse en el sentido de que un asiento registral practicado en virtud de un documento judicial no podrá ser modificado o cancelado en virtud de un título que no sea judicial, lo cual no obsta a la aplicación de las normas de cancelación por caducidad.

### **3. Reunión del derecho real limitado y la propiedad en una misma persona**

El art. 513.3º CC establece: "*El usufructo se extingue: 3º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona*".

Cabe remitirnos, en este punto, a cuanto dijimos al estudiar la inscripción del derecho<sup>1179</sup>, cuando advertimos, con los matices que allí apuntamos, que, tras la ruptura del matrimonio, si el uso es atribuido al cónyuge que ostenta la titularidad privativa de la vivienda familiar, la DGRN, seguida por gran parte de la doctrina, considera inadmisibles la inscripción del derecho de uso, por entender que se ha producido una consolidación. Asimismo, acontece tal extinción del derecho si de la liquidación de la sociedad de gananciales resulta la adjudicación del inmueble a aquel de los cónyuges al que se había atribuido el uso. No se produce, en cambio, tal extinción por consolidación —como ya desarrollamos— cuando la vivienda sea ganancial o pertenezca en copropiedad a ambos cónyuges; se trata de una excepción al principio *nemini res sua servit iure servitutis*.

---

<sup>1178</sup> PRETEL SERRANO, J. J., *op. cit.*, pp. 59-60.

<sup>1179</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, I.2.4.2.5.

Poco problema plantea, pues, la aplicación del art. 513.3º CC al derecho de uso de la vivienda familiar.

#### 4. Renuncia del derecho

El art. 513.4º CC establece: “*El usufructo se extingue: 4º Por la renuncia del usufructuario*”. Dice MARTÍNEZ DE VELASCO que “La renuncia es un acto jurídico por el que se extingue un derecho para su titular en virtud de una disposición de su voluntad emanada o declarada a tal fin”<sup>1180</sup>. No exigiendo forma específica la ley, procede cualquiera, debiendo manifestarse la renuncia de forma clara, precisa e inequívoca; cabe también la renuncia tácita derivada de actos inequívocos y concluyentes<sup>1181</sup>.

La remisión del art. 529 a las causas de extinción del usufructo se realiza sin excepción alguna, por lo que ha de entenderse que también el derecho de uso y habitación se extingue por la renuncia del usuario o habitacionista, respectivamente.

Ahora bien, toda renuncia es un acto de disposición<sup>1182</sup>. Podría oponerse, si se quiere, que no cabe la renuncia en el derecho de uso y habitación en tanto que son derechos personalísimos, cuya disposición está prohibida por el art. 525 CC. En cambio, además de la remisión sin excepciones a la que nos hemos referido, cabría decir que el art. 525 CC se refiere al arriendo o traspaso de los derechos de uso y habitación, pero no impide su renuncia por parte del titular<sup>1183</sup>. Siguiendo a ANDRÉS ROMERO<sup>1184</sup> en su comentario

---

<sup>1180</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *op. cit.*, p. 49. Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 6” en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.)*, t. I, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 5 de mayo de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229635>, define la renuncia como “declaración de voluntad por cuya virtud una persona abandona la titularidad de un derecho subjetivo o de cualquier otra situación de poder reconocida a su favor por el ordenamiento jurídico”.

<sup>1181</sup> *Vid.* GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al artículo 6”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 35 y ASUA GONZÁLEZ, C. I., “Comentario al artículo 6”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A. [et ál.])*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 79.

<sup>1182</sup> *Vid.*: RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código Civil (coord. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M.)*, t. I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1880; GULLÓN BALLESTEROS, A., *op. cit.*, p. 35; RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario al artículo 6”, *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 70; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>1183</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, p. 157, mantiene que, en principio, son renunciables todos los derechos reales (*cf.* art. 6.2 CC) y expresamente lo son el usufructo, el uso y la habitación (arts. 513 y 529 CC). En este mismo sentido se pronuncia ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, p. 1358, al comentar el art. 562-4 CCcat., en virtud del cual “*Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios*”, de lo que concluye que la inalienabilidad de estos derechos se refiere a su transmisibilidad y a la posibilidad de constituir gravámenes a favor de terceras personas, pero no impide su renuncia.

al CCcat., no estaría permitida —en el CCcat. estaría permitida si así lo consintiese el propietario *ex art. 562-4 CCcat.*— la renuncia traslativa —en la que sí existe una disposición del derecho—, pero ningún problema, *a priori*, existiría para la renuncia abdicativa; esta última, en la que la dejación voluntaria del derecho no va unida al señalamiento o indicación de una persona que haya de adquirirlo, sería válida y eficaz y conllevaría la extinción de los derechos de uso y habitación, no estando sujeta a la indisponibilidad de los referidos derechos.

Cierto es que MARTÍNEZ DE VELASCO defiende que no hay renunciaciones abdicativas de los derechos reales limitados: la abdicativa es traslativa cuando se renuncia a un derecho limitativo. Pero la llama traslativa no porque el usuario o habitacionista indique a una persona que haya de adquirirlo, sino porque el derecho limitado “revierte al dominio nudo”, es decir, el beneficiario viene indicado por la ley y no es otro que el propietario<sup>1185</sup>. Se califique de una u otra forma, como mantiene RIVERO HERNÁNDEZ, “el hecho de que la dejación de su titular determine el ingreso del valor renunciado en el patrimonio de otro sujeto, no implica que se transmita a este el derecho antes existente”; es decir, la integración o refundición se produce con independencia de la voluntad, el renunciante lo que persigue es despojarse del derecho renunciado, no su amortización<sup>1186</sup>. De ahí que pueda defenderse que no existe ese “traspaso” al que se refiere el art. 525 CC.

No obstante, y aun admitiéndose la renuncia del derecho real de uso, téngase en cuenta que el art. 6.2 CC establece, con carácter general, para toda renuncia, que “*sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. Dice, al respecto, la STS 469/2010 27 de julio: “*no basta con que la renuncia provoque un perjuicio para terceros ajenos a la misma: es preciso que el interés del tercero sea lícito y protegible*”.

Siguiendo a CABANILLAS SÁNCHEZ, ese perjuicio a tercero surge cuando se lesiona el interés jurídicamente protegido de una persona ajena al acto de renuncia; el tercero perjudicado ha de ostentar algún interés respecto al derecho renunciado. Es suficiente —

---

<sup>1184</sup> ANDRÉS ROMERO, M. E., *op. cit.*, p. 1010.

<sup>1185</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *op. cit.*, p. 44. En p. 61 vuelve a insistir en que, en tales casos, “ocurre que la renuncia extingue el derecho, el cual, transformado en facultad de la propiedad de donde salió, vuelve a reintegrarse en esta”. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 6”, *op. cit.*, considera que la renuncia es abdicativa cuando se hace dejación de un derecho adquirido —incorporado ya al patrimonio del renunciante— y califica como tal la renuncia del usufructo, uso o habitación; la renuncia traslativa, por su parte, considera que no es una auténtica renuncia, sino que lo que existe es una enajenación o cesión verificada en forma de renuncia. Tampoco considera la traslativa como una auténtica renuncia ASUA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 78.

<sup>1186</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 6”, *op. cit.*, pp. 186-187.

dice— con un perjuicio en la esfera jurídica ajena, no siendo necesario que se produzca la lesión de un derecho subjetivo. Y, respecto a lo que a nosotros nos interesa, reconoce el autor que esto tendrá lugar, especialmente, cuando se conceda un derecho a una persona, no tanto en su provecho, como en el de otra persona<sup>1187</sup>.

Considerando lo anterior, hemos de tener en cuenta, aquí, a los miembros de la familia del renunciante a quienes alcanza el derecho real de uso, a fin de preguntarnos si los mismos podrían considerarse como “terceros perjudicados”.

Cuando nos encontramos ante un derecho real de uso o habitación general, no cabe, en principio, apreciar tal perjuicio, pues su interés no está jurídicamente protegido por el ordenamiento, son meros beneficiarios en tanto que familia —convivientes— del titular del derecho.

En cambio, el planteamiento cambia cuando nos encontramos en el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar. En estos casos, cabe plantear dos hipótesis:

Si el uso se ha atribuido al cónyuge —no titular— sin hijos, atendiendo a que su interés es el más necesitado de protección (art. 96.III CC), y siendo, por tanto, su interés el único protegido, no parece que nada obste a la renuncia de este derecho en las mismas condiciones que cualquier otro, es decir, siempre que no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a tercero, que no parece que lo haga. No habría de considerarse necesaria ni tan siquiera la autorización judicial, pues solo le perjudica a él y se trata de una materia disponible.

El problema se nos plantea en el caso de que existan hijos en interés de los cuales se haya atribuido el uso de la vivienda. Lo advertido en párrafos anteriores respecto a los familiares convivientes, y su intrascendencia a efectos de la renuncia, podría llevarnos a considerar que esta causa de extinción —la renuncia—, en principio, casa mal con estos supuestos de atribución del uso de la vivienda familiar en los que existen menores que podrían quedar desprotegidos.

---

<sup>1187</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 6”, *op. cit.* CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *op. cit.*, p. 168, por su parte, señala que es nula la renuncia cuando exista un nexo entre el tercero y el derecho renunciado tal que se traduzca en un interés legítimo y directo para la conservación de aquel en su beneficio.

Especial es la postura de CARRASCO PERERA, A. F., “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código Civil (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 151, para quien, si la renuncia causa un perjuicio al “interés jurídicamente protegido” de un tercero, en forma de un derecho subjetivo de este tercero, no puede decirse que el renunciante esté renunciando a su derecho, sino al del tercero, por lo que el acto de disposición es ineficaz, pero no porque exista un límite a esa facultad de renunciar, sino porque nadie puede disponer eficazmente por su cuenta de derechos ajenos.

En cambio, existe una diferencia sustancial, en este sentido, entre el supuesto de hecho del derecho de uso de la vivienda familiar y el supuesto del derecho real de uso general. Cuando se atribuye el uso de una vivienda familiar, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.I CC, a “*los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden*”, cierto es que el titular del derecho —como ya hemos tenido ocasión de defender—<sup>1188</sup> es el cónyuge, pero no es menos cierto que aquí no ocurre como en el supuesto del derecho de uso general, en el que el interés de la familia del titular no está directamente protegido por el ordenamiento. Aquí, en cambio, aun siendo titular el cónyuge, se le atribuye el derecho en cuestión *per relationem*, es decir, en virtud de la guarda y custodia de esos hijos<sup>1189</sup>; es más, el criterio de atribución del párrafo primero del art. 96 CC es, precisamente, el interés superior de los menores, por lo que, en estos supuestos, caso de haber renunciado, sí que podría verse directamente perjudicado un interés jurídicamente protegido, cual es el de los hijos menores<sup>1190</sup>.

Por tanto, cuando con el beneficiario del uso convivan hijos menores, la renuncia del titular del derecho no puede surtir efectos por sí misma. Será el juez quien habrá de pronunciarse considerando, o no, la eficacia de la renuncia, a la vista del perjuicio que pueda acarrear para los hijos convivientes.

Planteamos, pues, tal perjuicio, como una posible —que no necesaria— consecuencia de la renuncia, pues nada obsta a que la renuncia se deba, por ejemplo, a que el cónyuge custodio —y usuario— haya adquirido otra vivienda en la que se pueda satisfacer la necesidad habitacional del hijo.

En fin, es plenamente aplicable, al derecho de uso de la vivienda familiar, esta causa de extinción consistente en la renuncia del derecho, lo único que ocurre es que, en aplicación de las reglas generales, no siempre la misma será válida.

A la misma conclusión se llegaría atendiendo al párrafo cuarto del art. 96 CC que ya fue tratado en esta obra<sup>1191</sup> y, en virtud del cual, para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de

---

<sup>1188</sup> *Vid. supra*, cap. cuarto, V.3.

<sup>1189</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*, considera que el hecho de que la atribución se realizase en consideración al interés de los hijos, hace que estos últimos compartan titularidad material (interés jurídicamente protegido) aunque no sean titulares formales.

<sup>1190</sup> Cabe aquí, referir, la tesis de ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, p. 1368, quien admite la posible existencia de perjuicio cuando los beneficiarios ostenten un derecho de alimentos frente al titular del derecho real de uso o habitación, y este lo satisfaga a través del ejercicio del derecho que se renuncia. Opción, esta, por la que no se opta en esta obra, en tanto que hemos venido defendiendo que, por más que la atribución del uso repercute en el derecho de alimentos, no es este el fundamento de la atribución.

<sup>1191</sup> *Vid. supra*, cap. tercero, II.



ambas partes o, en su caso, autorización judicial. En la amplitud con que interpretamos este párrafo, ya advertimos que se verán afectados por el mismo únicamente aquellos actos dispositivos que pongan en riesgo el derecho de uso atribuido al cónyuge beneficiario.

En cualquier caso, siempre puede el cónyuge beneficiario del uso abandonar de hecho la vivienda, lo cual podrá dar lugar al correspondiente procedimiento de modificación de medidas; incluso, de cumplirse los requisitos, podría llegar a incurrirse en alguno de los delitos contemplados en los arts. 226 y ss. del Código Penal (Título XII, Capítulo III, Sección 3: “Del abandono de la familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”).

## 5. Pérdida total de la cosa objeto del derecho

El art. 513.5º CC establece: “*El usufructo se extingue: 5º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo*”.

Aplicado este punto al derecho de uso y habitación —y, en particular, al derecho de uso de la vivienda familiar—, la pérdida total de la cosa conlleva, asimismo, la extinción de este derecho. Esta pérdida puede ser material —física—<sup>1192</sup>, jurídica (v. gr. por oponer un tercero un derecho preferente, se hace inviable la utilización de la vivienda atribuida en uso; o por una expropiación)<sup>1193</sup>, o funcional, refiriéndose esta última a una inidoneidad sobrevenida de la cosa<sup>1194</sup>. En el caso de que la pérdida material no fuese

---

<sup>1192</sup> Podríamos entender aquí aplicable el criterio contemplado en preceptos tales como el art. 23.1º LPH o el que era el art. 118 LAU 1964, que consideran producida la destrucción del edificio cuando el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro, a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro. De seguirse este criterio, podría defenderse, como hace FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 279-280, que un siniestro que no alcance tales proporciones no compromete la subsistencia del derecho atribuido, imponiéndose la restauración del inmueble. No obstante —precisa—, habría que otorgar discrecionalidad al juzgador a la hora de decidir la subsistencia o extinción del derecho, de manera que tuviese en cuenta, no solo el valor de la reconstrucción, sino también otras circunstancias como la duración que resta de atribución al cónyuge beneficiario o la capacidad económica de los cónyuges. En caso de proceder la reparación, siendo la misma extraordinaria, será a cargo del propietario según lo dispuesto —hemos visto— por el art. 501 CC.

<sup>1193</sup> RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 41, ofrece, como ejemplos de esta pérdida jurídica, casos en los que, siendo la vivienda arrendada, el propietario hace valer una causa de denegación de prórroga, rescisión o finalización del contrato; o cuando la vivienda se venía ocupando en precario y el propietario insta y obtiene el desahucio; o supuestos en los que se inscribe la vivienda a nombre de un tercero que pueda invocar los arts. 34 y 41 LH, con el correspondiente desalojo de los ocupantes.

<sup>1194</sup> En este sentido, *vid.*: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 529”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230309>; PIZARRO MORENO, E., *op. cit.*, p. 2083. Por su parte, RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p.1391, matiza que, para que se pro-

total, sino parcial, subsistirá el derecho sobre el resto de la vivienda si fuese apta para los fines habitacionales a los que antes se destinaba (*cf.* art. 514 CC)<sup>1195</sup>. Si la vivienda recuperase su situación inicial, también lo hará la amplitud originaria del derecho que sobre ella recae.

En cualquier caso, privado el beneficiario de su derecho sobre la vivienda familiar, este siempre tiene la facultad para iniciar un procedimiento de modificación de medidas para que el juez acuerde un incremento de las pensiones correspondientes.

En aquellos supuestos en que surja el correlativo derecho del titular a ser indemnizado por un tercero (culpa de tercero, cosa asegurada, expropiación...), se ha de seguir a RAMS ALBESA<sup>1196</sup>, quien considera, frente a lo defendido por PUGLIESE<sup>1197</sup>, que no nace el derecho a un rédito de sustitución a abonar por el propietario que reciba íntegramente la indemnización; lo que nace es un derecho a participar en tal indemnización como compensación por la pérdida sufrida, salvo que se hubiese negado a contribuir al seguro —supuesto contemplado en el art. 518.3º CC—. Que no se pueda establecer un derecho de uso sobre un capital no impide —dice el autor— que se valore el derecho de uso o habitación que se ha perdido<sup>1198</sup>.

Resulta también de aplicación el art. 519 CC que, en sede de usufructo, se ocupa de aquellos supuestos en que la cosa usufructuada es expropiada por causa de utilidad pública, estableciendo que el propietario estará obligado, o bien a subrogar al usufructuario con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonarle el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo, afianzando en este segundo caso el pago de los réditos. El usuario, por su parte, tendrá, pues, derecho, a elección del propietario, a que se le facilite otra vivienda análoga, o bien —

---

duzca la extinción, el objeto deberá ser absolutamente inidóneo para obtener, a través de él, satisfacción directa a necesidades actuales, interpretadas conforme a la condición personal y social del usuario.

<sup>1195</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*, realiza aquí una distinción entre derecho de uso y habitación. En caso de que la parte de la casa que subsista no sea habitable, siendo el derecho sobre la casa de uso —que no de habitación—, sería posible que utilizase dicha parte de la casa para otros fines. Solución que no sería aplicable al derecho del art. 96 CC pues, aun habiéndole atribuido la naturaleza de derecho real de uso, ya hemos advertido de su especialidad y la necesidad de la que misma se destine, principalmente, a vivienda familiar. *Vid.* SAP de Cáceres 25/2010 de 19 de enero.

<sup>1196</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, pp. 93-94. En el mismo sentido se pronuncia el autor en “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1391.

<sup>1197</sup> *Vid.* PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso – abitazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1954, pp. 766-767.

<sup>1198</sup> *Vid.*: CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, pp. 4182-4183, para quien tanto el propietario como el usuario podrán reclamar al tercero el perjuicio que para cada uno de ellos haya supuesto el acto del que deban responder; RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 43, por su parte, no es partidario de que el usuario participe en la referida indemnización, sino más bien de tener en cuenta esta última a efectos de graduar la suma que el cónyuge titular satisfará al que era beneficiario del uso, en sustitución de la prestación *in natura* que constituía el derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar.

puntualiza en este sentido MUCIUS SCAEVOLA<sup>1199</sup>— no tanto a percibir el interés legal del importe de la indemnización, sino una suma equivalente a lo que ascendiese el alquiler de la vivienda, pues el Código lo que quiere es que haya equivalencia entre el beneficio que recibía el usuario y lo que deba obtener del importe de la indemnización, y dicha equivalencia la encuentra el autor exacta en la forma referida.

## 6. Resolución del derecho del constituyente

El art. 513.6º CC establece: “*El usufructo se extingue: 6º Por la resolución del derecho del constituyente*”. Es decir, cuando el derecho de usufructo haya sido constituido por usufructuario, superficiario o enfiteuta —en definitiva, sobre un derecho resoluble—, el derecho real de uso se extinguirá por la extinción del derecho del constituyente —derecho matriz—: *resolutio iur concedendis resolvitur ius concessum*.

Se trata de una causa de extinción general en los derechos reales, consecuencia del principio general de que nadie puede transmitir más de lo que tiene, es decir, de su propia titularidad.

Esa “resolución” a la que se refiere, ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo de cualquier supuesto de ineficacia del derecho matriz (nulidad, anulabilidad, revocación, resolución, rescisión...) e incluso de extinción por causa legal del usufructo del causante<sup>1200</sup>.

Se da, así, respuesta, a aquellos supuestos en que los cónyuges lo que tenían sobre la vivienda no era un derecho de propiedad<sup>1201</sup>: “resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho concedido” (*resolutio iure dantis, resolvitur ius concessum*). Aun habiéndose reconocido la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso de la vivienda familiar, ello no incide en la relación entre el nudo propietario de la vivienda y el cónyuge no titular del derecho de usufructo que la ocupa por ser beneficiario del uso atribuido.

No obstante, se antoja necesario matizar la afirmación anterior. Esa extinción tendrá lugar salvo que concurra mala fe en la extinción del derecho base o bien se derive de una confabulación entre el nudo propietario y usufructuario para extinguir el usufructo en perjuicio de quien ostenta el derecho de uso. En definitiva, que esa extinción haya

---

<sup>1199</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, p. 512.

<sup>1200</sup> *Vid.* CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4081.

<sup>1201</sup> *Vid. supra*, cap. primero, V.1.2.

sido provocada de forma intencionada por su titular a fin de evadir el derecho de uso de su excónyuge, que recae sobre el usufructo del que él es titular. La justificación jurídica a tal afirmación hemos de hallarla en el principio general de actuación de buena fe; esta, al contemplarse, además, en una norma positiva (art. 7.1 CC: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”), conlleva que no sólo actúe con el carácter de informadora del ordenamiento jurídico que el art. 1.4 CC atribuye a todos los principios generales, sino de manera directa e inmediata<sup>1202</sup>, entendiéndose el art. 7 CC como “una autorización para la búsqueda de fundamentaciones de las decisiones judiciales en valores como la honestidad, fidelidad y protección a la confianza suscitada por la otra parte”<sup>1203</sup>. Y aunque el precepto se refiera, expresamente, al ejercicio de los derechos, no solo se ve afectado el ejercicio del derecho por la buena fe, sino que — como mantiene MIQUEL GONZÁLEZ— su misma existencia puede verse comprometida por reglas derivadas del principio<sup>1204</sup>.

Por otra parte, valga decir que el derecho de uso atribuido no se verá afectado cuando el derecho de usufructo se extinga bien por reunirse el usufructo y la propiedad en la persona del usufructuario (art. 513.3º CC), bien por la renuncia del usufructuario al derecho del que es titular. En cuanto a la renuncia, nótese, por una parte, que la misma podría considerarse un acto de disposición, estando por ello sometida al consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (art. 96.IV CC); y, por otra parte, que no se puede renunciar a derechos en perjuicio de tercero (art. 6.2 *in fine*)<sup>1205</sup>. No obstante, se ha de partir de que el beneficiario de una renuncia traslativa —aun siendo legal—, adquiere directamente el mismo derecho renunciado. Así, mantiene MARTÍNEZ DE VELASCO que “la reversión de la facultad de uso al pleno dominio por renuncia del usufructuario es adquisición derivativa para el nudo propietario, pues reconquista dicha facultad con las

---

<sup>1202</sup> Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Comentario al artículo 7”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍEZ ALABART, S.), t. I, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 4 de marzo de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229639>

<sup>1203</sup> Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al artículo 7”, en *Comentario del Código Civil* (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.]), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 39, quien considera que, aun tratándose —la buena fe— de un principio general, la adopción de una cláusula general en la ley significa “el reconocimiento de su función correctora de la ley, o si se prefiere, la remoción de obstáculos formales para ese reconocimiento”.

<sup>1204</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>1205</sup> Vid. LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen...”, *op. cit.*, p. 101, quien, en contraposición a RAMS ALBESA, considera que dicha renuncia no sería en fraude de acreedores, sino simplemente en perjuicio de terceros.

limitaciones válidamente impuestas sobre ella por el usufructuario durante el tiempo de duración del usufructo”<sup>1206</sup>.

Incluso aunque se produjese una pérdida parcial de la vivienda, en tanto que, en virtud del art. 513.5º CC, el derecho de usufructo subsiste —únicamente se extingue por la pérdida total—, el derecho de uso continuará respecto a la parte de la vivienda en la que subsista el derecho de usufructo. Si la vivienda se reconstruyese en el supuesto contemplado en el art. 518.I CC, puede entenderse que el cónyuge beneficiario del uso podrá solicitar la atribución en uso del nuevo edificio<sup>1207</sup>.

## 7. Prescripción

El art. 513.7º CC establece: “*El usufructo se extingue: 7º Por prescripción*”. El hecho de ser este último término distinto al utilizado por el art. 546.2º CC en sede de servidumbres, que se refiere al “no uso”, ha suscitado en la doctrina opiniones enfrentadas sobre si el art. 513.7º CC se refiere propiamente a la prescripción o más bien al “no uso” como categoría distinta.

Nótese que, desde antiguo, una de las notas que diferenciaba el derecho de uso del derecho de habitación era que el usuario podía perder su derecho, no solo por muerte o renuncia, sino también por no uso<sup>1208</sup>.

Así se contempla en el Digesto (D. 7, 8, 10, pr.), donde Ulpiano, en los Comentarios a Sabino, libro XVII:

*“Se pregunta si legada la habitación, es lo mismo que si se legase el uso: y en cuanto al efecto, quasi es lo propio el legado del uso que el de la habitación: así lo siente Papiniano al libro diez y ocho de las Qüestiones. Finalmente no podrá donarla; pero podrá recibir las mismas personas que el que tiene el uso: ni tampoco pasa al heredero: ni se pierde por el no uso ni por la capitis-diminución” (sic)*<sup>1209</sup>.

---

<sup>1206</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *op. cit.*, p. 44, quien lo ejemplifica diciendo que el nudo propietario debe respetar el arrendamiento de la cosa usufructuada por el tiempo que quede para la extinción del usufructo, si se hubiera extinguido normalmente, o sea, no por renuncia.

<sup>1207</sup> FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 284.

<sup>1208</sup> *Vid.*: GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero...*, *op. cit.*, p. 298; SALA, J., *op. cit.*, p. 137; ESCRICHE, J., *op. cit.*, p. 745.

<sup>1209</sup> *El Digesto...*, *op. cit.*, p. 312: “*Si habitatio legetur, an periode sit, atque si usus, qaaeritar. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis et Papinianus consensit libro octavo decimo Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius; ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amiltitur, nec capitis deminutione*”.

En Las Partidas, la Ley 24, título 31, Partida 3ª:

*“Otrosi dezimos, que si aquel a quien fuere otorgado el vsufruto, o el uso en alguna cosa, non usasse del, nin otro en su nome, por diez años, estando en la tierra, o veynte, seyendo en otra parte; que por tanto tiempo se pierde el derecho del vsufruto, o del uso que auia en la cosa, e tornasse al señor de la propiedad”.*

En el *Ius Commune*, y hasta el siglo XIX, el usufructo, el uso y la habitación eran considerados como servidumbres personales. En el Proyecto de 1851 el usufructo se extingue por “no uso” (art. 464.5º), siendo en el Anteproyecto de 1882-88 donde se habla de “prescripción” (art. 514.7º)<sup>1210</sup>.

Mientras la prescripción se define por la falta de ejercicio de una pretensión, el “no uso” supone la ausencia de aprovechamiento de la cosa usufructuada. Decía ALBALADEJO que “la prescripción extintiva se produce si (...) el derecho permanece inactivo en el sentido de que ni sea ejercitado (en ningún aspecto de goce material o de utilización de acciones u otros medios de defensa otorgados por la ley para su protección) por su titular ni reconocido por el sujeto pasivo u obligado”, mientras que, por su parte, el “no uso” tiene lugar “cuando el titular de un derecho no saca su fruto (...) no lo aprovecha y obtiene su rendimiento. Lo que puede ocurrir, aunque aquellos que deban respetar el derecho reconozcan su existencia, y aunque el titular ejerza atribuciones que le confiere el tal derecho de que se trate (...) pero que no se refieren a la utilidad sustancial que éste presenta”<sup>1211</sup>.

La doctrina dominante considera que, aun denominándola “prescripción”, la del art. 513.7º CC es una extinción por “no uso”<sup>1212</sup>. Así lo considera también explícitamente el art. 1014.1º CCit., en virtud del cual el usufructo se extingue por prescripción por efecto del no uso durante veinte años<sup>1213</sup>.

Esta figura del “no uso” es más propia de los derechos reales —como limitación al dominio que se justifica mientras el interés al que sirve sea efectivo— y más fiel a los antecedentes históricos del usufructo. Ya mantuvo ORTEGA PARDO, refiriéndose a los

---

<sup>1210</sup> Vid., sobre antecedentes históricos, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, op. cit.

<sup>1211</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, op. cit., p. 218.

<sup>1212</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., op. cit., p. 4082; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III...*, vol. I, op. cit., pp. 220-221; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, op. cit., pp. 218 y 524; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, op. cit., p. 660; o RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, op. cit.

<sup>1213</sup> Art. 1014.1º CCit.: “Oltre quanto è stabilito dall'articolo 979, l'usufrutto si estingue: 1) per prescrizione per effetto del non uso durato per venti anni”.

derechos reales limitados en general, que, no dándose el ejercicio del derecho se demuestra que la necesidad que lo motivó ha dejado de tener significado, y entonces prevalece el fin social de la propiedad, recobrando el dominio su primitiva configuración. De ahí que los derechos reales limitados desaparezcan cuando con el no ejercicio se demuestra no ser necesaria su persistencia<sup>1214</sup>.

Pese a que tal distinción entre una y otra figura se traduzca en algunas diferencias entre ambas, al “no uso”, que carece de régimen propio en nuestro ordenamiento, le son aplicables normas sobre prescripción —de forma directa más que por analogía, precisa RIVERO—, entre otras, las que se refieren a los plazos: treinta años para bienes inmuebles (art. 1963 CC).

En esta causa de extinción, el derecho de uso de la vivienda familiar, se distancia en cierta medida del régimen jurídico del derecho real de uso general, lo cual —se reitera— no es más que una consecuencia del carácter especial de este derecho por recaer sobre la vivienda familiar.

El derecho de uso del art. 96 CC puede extinguirse por la falta de uso de la cosa —vivienda familiar—; sin embargo, no lo es aplicable el régimen de la prescripción del usufructo al que se refiere el art. 513.7º CC. No es preciso, como en el derecho real de uso general, el transcurso de un tiempo fijado previamente, ni mucho menos que se alcance el plazo fijado para la prescripción extintiva.

Piénsese en que, según se desarrolló al principio de esta obra, el fin de esta medida —consistente en la atribución del uso de la vivienda familiar sin contar con la voluntad de su propietario— no es otro que la protección de los hijos menores y, en su caso, de uno de los cónyuges, directamente vinculada a la necesidad de vivienda. El abandono o la falta de uso de la vivienda atribuida sin motivo razonable o porque el beneficiario del uso haya cambiado de ciudad —*v. gr.* cambio de destino laboral—, puede considerarse consecuencia de una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la atribución; consecuencia, en definitiva, de la desaparición de la situación de necesidad que motivó la misma. Así lo entiende la doctrina<sup>1215</sup> y la jurisprudencia<sup>1216</sup>.

---

<sup>1214</sup> ORTEGA PARDO, G., *op. cit.*, p. 717. Asimismo, para OTERO Y VALENTÍN, J., “Determinación específica...”, *op. cit.*, pp. 46-47, la característica de todo derecho real es la utilización por cuenta de su titular, ya que no son asuntos de crédito, sino de acción y ejecución, de forma tal que “si el uso falta, se compromete el respeto del derecho y hasta se pierde”. En un sentido similar, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>1215</sup> *Vid.*: ESPIAU ESPIAU, S., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, *op. cit.*, pp. 1373-1374 y CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 22, quien considera que el cónyuge poseedor no solo tiene la facultad de poseer, sino que también tiene la obligación de hacerlo.

Esta situación abre la posibilidad —como veremos—<sup>1217</sup>, de que pueda instarse un procedimiento de modificación de medidas que podrá, a su vez, terminar en la declaración judicial de extinción del derecho<sup>1218</sup>. No se tiene en cuenta el “no uso” por un determinado plazo de tiempo —como ocurre en el supuesto del art. 513.7º CC—, sino que el mismo sea consecuencia de la pérdida de la necesidad que lo motivó y no de ausencias temporales o cambios de residencia circunstanciales, sin desarraigo del domicilio familiar, por razones de salud, estudios, trabajo, asistencia familiar, etc.

Asimismo, si bien, respecto al derecho real de uso general se requiere, para la extinción, una total inactividad del usufructuario, siendo suficiente, para conservarlo, que el usufructuario limite su relación con la cosa a su cuidado y mantenimiento aunque no obtenga ninguna utilidad —incluso por desatención—<sup>1219</sup>, en el derecho de uso de la vivienda familiar, hemos de considerar, incluso, que no solo ha de usarse, sino que ha de destinarse a residencia habitual; necesidad, esta última, que motivó la atribución.

Así ocurre también en Italia. El art. 337-*sexies* CCit., referido concretamente al uso de la vivienda familiar, contempla la extinción del derecho cuando el beneficiario no habite o cese de habitar de forma estable la casa familiar. Requiere de un pronunciamiento del juez en el que se tengan en cuenta las razones de la no utilización (salud, trabajo, etc.).

Por último, téngase en cuenta que ha de diferenciarse el “no uso” de la renuncia. El abandono de la posesión —de la cosa—, no equivale a la renuncia, de la que ya nos

---

<sup>1216</sup> Vid. STS 596/2015 de 30 de octubre, en la que se considera que el hecho de la no ocupación, por madre e hija, de la vivienda atribuida, no ha sido por causa imputable a la misma, por lo que no se declara la extinción del derecho. En cambio, sí se estima la extinción, entre otras, en las siguientes: SAP de Vizcaya 129/2002 de 12 de febrero —falta de uso—; SAP de Oviedo 457/2002 de 29 de octubre —la vivienda había sido arrendada por la beneficiaria, dejando así de cumplir la función de vivienda familiar—; SAP de Almería 44/2006 de 16 de marzo —beneficiaria e hija se trasladan a vivir a otra ciudad—; SAP de Navarra 31/2006 de 6 de abril —traslado de la beneficiaria y su hija a una vivienda adquirida por el nuevo esposo de la primera—; SAP de Málaga 280/2010 de 19 de mayo —falta de uso—; SAP de Asturias 281/2012 de 2 de julio —traslado de ciudad—; STS 850/2011 de 17 de noviembre —resolución del arrendamiento por cesión incontestada, al haber abandonado el inmueble para trasladarse a otra ciudad con su nuevo esposo, permaneciendo en la vivienda una hija mayor de edad, su marido y el hijo habido de dicha unión—.

<sup>1217</sup> Vid. *infra*, cap. sexto, II.

<sup>1218</sup> Vid. ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, p. 259; ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

No fue necesario, en cambio, instar la modificación de medidas en el supuesto del que trae causa la STS 191/2011 de 29 de marzo. Si bien entre las medidas de la separación se atribuyó la vivienda familiar al hijo menor y la madre custodia, llegado el momento del divorcio, la vivienda familiar propiedad del padre se atribuye a este, en tanto que la madre se encontraba viviendo con su nueva pareja y su hijo en una casa adquirida por ambos.

<sup>1219</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*



hemos ocupado más atrás<sup>1220</sup>. Ciertamente es que para extinguir un derecho real por renuncia es necesario, no solo el elemento espiritual de dejarlo, sino también el abandono o desposesión de la cosa, el “corpus” de la renuncia —como lo llama MARTÍNEZ DE VELASCO—<sup>1221</sup>, pero no es suficiente con tal abandono. En los supuestos en los que no hay, en absoluto, voluntad abdicativa, no se puede imponer al acto concluyente la consecuencia de la renuncia no querida de ningún modo: no cabe la renuncia por presunción legal o renuncia objetiva<sup>1222</sup>.

## 8. Abuso grave de la cosa

El “*abuso grave de la cosa y de la habitación*”, es considerado por el art. 529 CC como una causa de extinción específica de los derechos reales de uso y habitación<sup>1223</sup>; en el usufructo, en cambio, el art. 520 CC establece que el mismo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada, sino que en el caso de que el abuso provocase un perjuicio considerable en el propietario, este último podrá pedir que se le entregue la cosa, obligándose a pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma después de deducir los gastos y el premio que se le asigne por su administración. Pero esta privación del uso, este goce indirecto que se contempla en el art. 520 CC, se antoja complicado en los derechos de uso y habitación, razón por la que se ha optado por la extinción del derecho en caso de abuso<sup>1224</sup>. Nada parece obstar a que tal causa de extinción sea también aplicable al derecho real de uso especial del art. 96 CC, con las particularidades que se dirán al final de este apartado.

Lo más discutido ha sido si en el concepto de “abuso grave” ha de entenderse incluido el abuso jurídico —abuso de derecho—. En este sentido, la STS de 25 de noviembre de 1960, sobre el sentido que ha de darse al “abuso grave de la cosa” del art. 529 CC, se refiere a la STS de 14 de febrero de 1944, referida a la teoría del abuso del derecho, con el que parece identificarlo. En la jurisprudencia menor, la más actual SAP de Zamora

---

<sup>1220</sup> *Vid. supra*, cap. sexto, I.4.

<sup>1221</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *op. cit.*, p. 13.

<sup>1222</sup> *Ibid.* p. 132. En p. 65, diferencia la autora entre renuncia *declaración* y renuncia *emanación*. Por esta última, el renunciante se desprende del derecho mediante un acto que conlleva inequívocamente su voluntad de renunciar —por ejemplo, a través del abandono de la posesión de la cosa objeto del derecho—. Ahora bien, ese acto concluyente lleva a la voluntad subjetiva del renunciante, a diferencia del supuesto en el que el renunciante exterioriza su voluntad que, en pro de la seguridad del tráfico jurídico, conllevará la renuncia independientemente de lo querido por el mismo.

<sup>1223</sup> No encontramos esta causa de extinción en Derecho antiguo, así como tampoco en el Proyecto de Código de 1851; se consignó por primera vez en el art. 521 CC del proyecto de 1882.

<sup>1224</sup> *Vid. CLEMENTE MEORO, M. E., op. cit.*, p. 4183.

65/2011 de 8 de marzo, señala que la doctrina no es acorde respecto a si el art. 529 CC incluye el abuso jurídico como causa de la extinción del derecho o sólo hace referencia al abuso material o sobre la cosa. En este sentido, si bien, por ejemplo, la SAP de Guipúzcoa 202/2010 de 24 de junio, para referirse al abuso grave del art. 529 CC, recurre a la STS de 10 de febrero de 1998 sobre abuso de derecho, la SAP de Barcelona 532/2007 de 26 de septiembre, excluye el abuso en sentido jurídico. La doctrina mayoritaria, por su parte, excluye la identificación del “abuso grave” del art. 529 CC con el abuso de derecho del art. 7.2 CC<sup>1225</sup>.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la teoría del abuso de derecho, aunque con antecedentes históricos remotos, no se plantea doctrinal y jurisprudencialmente hasta finales del s. XIX. No en vano, el art. 7.2 CC es de la reforma del Título Preliminar de 1974. Por tanto, cuando se redactó el art. 529 CC, en el Proyecto del Código Civil de 1882, no parece que el redactor tuviera en cuenta una idea general o abstracta sobre el abuso de derecho, lo que, por tanto, podría hacer pensar que con el art. 529 CC cabe cualquier abuso, debiéndose, pues, entender tal abuso *in sensu lato*.

Lo que sí parece haber tenido claro la jurisprudencia desde un principio es que la extinción de los derechos de uso y habitación por abuso grave es una suerte de sanción civil que, por ello, ha de interpretarse restrictivamente, a fin de “evitar la posibilidad de confundir una medida precautoria que a la vez tiene carácter de sanción penal en el orden civil con responsabilidades de otra naturaleza” (STS 30 de abril de 1910; *vid.*, asimismo, STS de 28 de noviembre de 1908). Criterio que se sigue manteniendo, pues no hay más que atender a sentencias como la SAP de Barcelona 532/2007 de 26 de septiembre, que señala que dicho abuso grave merece una interpretación restrictiva “*por constituir una sanción civil frente a un ilícito*”, y añade que “*comprende todas aquellas conductas constitutivas de abuso tanto sobre la cosa (mal uso) como las derivadas del ejercicio del derecho (...) conductas que por acción u omisión causan daños en la sustancia misma de la cosa*”.

Por su parte, un sector de la doctrina más actual identifica el “abuso grave” con la obligación del usuario y del habitacionista de cuidar de la cosa gravada con la diligencia de un buen padre de familia (*cf.* arts. 497 y 528 CC). En este sentido, RAMS<sup>1226</sup> consi-

---

<sup>1225</sup> *Vid.*, entre otros: CLEMENTE MEORO, M. E., *op. cit.*, p. 4184 y RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>1226</sup> RAMS ALBESA, J. J., *Ibid.*, y en RAMS ALBESA, J. J., “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1393. Por su parte, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Determinación del derecho de habitación”, en *RCDI*, núm. 763, 2017, p. 2652, defendiendo una interpretación restrictiva del “abuso

dera que debe entenderse ese “abuso grave” como referencia exclusiva al mal uso de la cosa a que se refiere el art. 520 CC —precepto equivalente en sede de usufructo—, refiriéndose a “aquellas acciones u omisiones dolosas, e incluso aquéllas que derivadas de culpa lata, tienen como resultado inmediato un daño grave para la forma, naturaleza o finalidad económica de la cosa, apreciable en un desmerecimiento en valor de la cosa o de la vivienda derivada de tal conducta civilmente sancionable”, mientras que las infracciones de otro tipo no darán lugar a extinción del uso o habitación, sino a otras consecuencias tales como la nulidad del acto jurídico irregular o la indemnización al propietario. Posición, esta última, en la que también se sitúa, en la doctrina italiana, PUGLIESE<sup>1227</sup>.

Considero, en cambio, que desde el punto de vista del derecho de uso especial del art. 96 CC, es más apropiado, como hace otra parte de la doctrina<sup>1228</sup>, considerar ampliamente ese “abuso grave”, englobando también en tal concepto y, en consecuencia, siendo causa de extinción, la infracción de reglas limitativas (*v. gr.* la que prohíbe transmitir el derecho —art. 525 CC—), o la extralimitación en el ejercicio de los derechos sobre la cosa (*v. gr.* en el caso del art. 96 CC, destinar la vivienda a un uso distinto al de vivienda principal). Es cierto que algunos autores han optado por la interpretación más restrictiva —similar a la de RAMS— en el derecho de uso y habitación general por considerar la extinción una sanción demasiado grave para alguna de las conductas que se acaban de referir<sup>1229</sup>. En cambio, en el derecho de uso especial de la vivienda familiar, su especialidad conlleva que no haya de considerarse demasiado grave la sanción de la extinción para tales conductas, pues se trata de una medida asistencial, gratuita y judicial, que restringe, a su vez, el derecho de propiedad del otro cónyuge, sin cuyo consentimiento se constituyó el derecho de uso tras la crisis matrimonial; razones, estas, por

---

grave de la cosa”, mantiene que no puede entenderse extinguido el derecho de uso y habitación por un no uso, o un mal uso sin más, sino que el uso abusivo debe causar un perjuicio importante.

<sup>1227</sup> PUGLIESE, G., *op. cit.*, p. 765. En cuanto a los motivos para considerar el abuso, prácticamente coincide con la doctrina española: a lo ya dispuesto por el art. 1015.1º CCit. para el usufructo “(...) *l'abuso che faccia l'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni*”, él añade la “inosservanza dell'obbligo di godere la cosa in modo diretto, nonchè alla percezione di frutti non destinati ai bisogni dell'usuario e della sua famiglia”, básicamente, supuestos en los que “il titolare del diritto tende a comportarsi come un usufruttuario”. Sin embargo, en cuanto a los efectos de ese abuso, reserva la extinción del derecho para aquellas transgresiones particularmente graves o que sean prolongados y repetidos, pues, en otros supuestos —dice— “può essere sufficiente a tutelare il proprietario la dichiarazione di nullità dei negozi intesi a concedere il godimento a terzi oppure la condanna dell'usuario o habitator a riprendere il godimento diretto o a non percepire più frutti di quanti effettivamente gli occorrono”.

<sup>1228</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 81 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 560.

<sup>1229</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*

las que es exigible una actuación especialmente diligente del titular del derecho de uso. Es más, precisamente tales infracciones o extralimitaciones (v. gr. la transmisión del derecho o el destino de la vivienda a un uso diferente) pueden ser un indicativo de la pérdida de la necesidad que motivó la atribución, estando, pues, justificado, instar el procedimiento de modificación de medidas que podría terminar con la extinción del derecho de uso.

Para concluir, valga decir, respecto al carácter sancionador de la norma, que otras normas del Código Civil se estimaban punitivas en la vieja jurisprudencia, y hoy no (v. gr. art. 1911, 1902...). Es más, aun admitiendo que el art. 529 CC sea una norma sancionadora —cuestión en la que no nos corresponde detenernos—, si bien, como tal, no es aplicable por analogía (*ex art. 4.2 CC*), nada impide su interpretación amplia conforme a su *ratio*.

## **II. La modificación y extinción del derecho de uso por variación sustancial de las circunstancias**

Respecto a los derechos reales de uso y habitación generales, ya mantuvo ORTEGA PARDO que, aun estando subordinada su existencia a que persista la necesidad que los hizo nacer, ello no conlleva que cuando desaparezca tal necesidad “se esfumen sin más”; ha de concurrir alguno de los modos extintivos fijados por ley<sup>1230</sup>. Como mantiene RIVERO, en la concepción actual de nuestro sistema jurídico no tienen estos derechos fines alimenticios, por lo que aparecen desvinculados el uso y la habitación de la necesidad del titular, más allá de servir como límite cuantitativo<sup>1231</sup>.

En cambio, resulta muy precisa, a los efectos que nos interesan, la opinión de FERNÁNDEZ DOMINGO<sup>1232</sup>, quien mantiene que la extinción del derecho real de uso y habitación cuando el beneficiario experimenta mejoría solo se producirá si los derechos se han constituido con la estricta finalidad de solucionar un problema grave de necesidades realmente sentidas; en este caso, con tal alteración en las circunstancias del beneficiario, se priva a estos derechos de uno de sus cometidos más importantes cual es subvenir las

---

<sup>1230</sup> ORTEGA PARDO, G., *op. cit.*, pp. 716-717.

<sup>1231</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.* Mantiene VENEZIAN, G., *op. cit.*, pp. 836-837, que el usuario de una casa puede indudablemente ser dueño de habitar en ella aunque posea otras que le brinden mayores comodidades.

<sup>1232</sup> FERNÁNDEZ DOMINGO, J., *op. cit.*, pp. 136-137. *Vid.*, asimismo, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, pp. 893-894.

necesidades del beneficiario. Aquí es, precisamente, donde ha de situarse el derecho de uso del art. 96 CC.

En el derecho de uso especial de la vivienda familiar, como derecho real de uso especial que es, la necesidad —aun no alimenticia necesariamente— es un elemento esencial, por ser su causa-función, se constituye el derecho porque existe la misma, pues téngase en cuenta que en su constitución no interviene ni tan siquiera el titular de la vivienda sobre la que recae el derecho. De ahí que, más allá de las causas de extinción del usufructo —a las que se remite el régimen jurídico del uso y la habitación— y del abuso grave referido previamente, existe una serie de situaciones que, si bien no son causa de extinción por sí mismas, sí que, en el ámbito concreto del derecho de uso de la vivienda familiar, pueden conducir a instar un procedimiento de modificación de medidas que podría terminar declarando la extinción del derecho<sup>1233</sup> o la pérdida del mismo por su titular cuando no desaparezca del mundo de los derecho subjetivos, sino que continúe su vida en otro titular —el otro cónyuge—<sup>1234</sup>.

La susceptibilidad de revisión o modificación del derecho de uso de la vivienda familiar se contempla, expresamente, en los arts. 90 y 91 CC. El art. 90.3 CC establece que las medidas que el juez adopte —en defecto de acuerdo— en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o las convenidas por los cónyuges —entre las que se encuentra la atribución del uso de la vivienda familiar—, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio —aprobado por el juez—<sup>1235</sup>, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges<sup>1236</sup>; el art. 91 CC,

---

<sup>1233</sup> Nótese, no obstante, que en caso de que la vivienda se hubiese atribuido al cónyuge titular exclusivo de la misma en virtud del art. 96.III CC, ya no cabrá modificación, pues realmente no ha existido atribución en tal caso, sino que, por no ser el interés del no titular el más necesitado de protección, no se efectúa atribución como tal, sino que el titular disfruta de la casa por derecho propio.

<sup>1234</sup> A la diferencia entre extinción del derecho y pérdida relativa del mismo se refieren LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III...*, vol. I, *op. cit.* p. 219 y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil III...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1235</sup> Asimismo, si las medidas hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública, podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos. Por otra parte, en el caso de que las partes llegasen a un acuerdo extrajudicial pero después no hubiese consenso para su homologación, considera FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 268, que, si el cónyuge interesado en consolidar la modificación pactada instase la modificación judicial de las medidas en cuestión, podría incluso llegar a considerarse el hecho de la conclusión del acuerdo como una alteración sustancial de las circunstancias precedentemente contempladas. En cualquier caso, las estipulaciones del acuerdo serían valoradas por el juez en el conjunto de las demás circunstancias aducidas por las partes en el procedimiento.

<sup>1236</sup> En el caso de que la modificación se acuerde en convenio alcanzado entre las partes, no será requisito *sine qua non* la alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la atribución del uso. El juez lo aprobará si las medidas no vulneran una norma de derecho necesario, han sido consentidas de forma voluntaria y consciente y no son dañosas para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de

en este mismo sentido, añade un matiz: esa alteración de las circunstancias ha de ser sustancial<sup>1237</sup>.

Se instará<sup>1238</sup>, pues, este procedimiento, por entenderse que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta —por los cónyuges o por el juez— en la adopción de las medidas:

Por un lado, tales circunstancias debieron influir de forma esencial y decisiva en el contenido de las referidas medidas, constituyendo —como dice URZAINQUI—, presupuesto fundamental en su determinación. Así, producida la alteración de tales circunstancias, puede que haya desaparecido la situación de necesidad que se pretendía proteger<sup>1239</sup>.

Por otro lado, esa alteración ha de ser sustancial<sup>1240</sup>, es decir, importante o fundamental en relación con las circunstancias contempladas en la determinación de las medidas —aunque en sí misma o aisladamente considerada la novedad no resulte tan extraordinaria o trascendental—. Tal sustancialidad hace suponer que, de haber existido las circunstancias de ahora en el momento de la separación, divorcio o nulidad, se hubieran adoptado otras medidas distintas<sup>1241</sup>. No habrá de ser una alteración esporádica o transitoria. Evidentemente, no se considerará cambio en las circunstancias, a tales efectos, aquella situación que haya provocado, precisamente, quien pretenda invocarla a su favor<sup>1242</sup>.

Estas situaciones que pueden dar lugar a una modificación de medidas pueden ser de lo más variadas; no se trata de una lista cerrada. Piénsese, así, en cambios sustanciales

---

los cónyuges. No podrá rechazarse simplemente porque el juez considere que las medidas son más o menos convenientes para uno u otro cónyuge.

<sup>1237</sup> MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda...*, *op. cit.*, precisa que no se trata de una modificación de lo juzgado, pues con ello se negaría la eficacia de cosa juzgada, sino que se trata de la posibilidad de ejercitar una pretensión nueva cuando se han producido hechos nuevos que permiten formular un objeto del proceso similar al ya decidido, pero diferente en tanto que se basa en una distinta causa de pedir.

<sup>1238</sup> La modificación de las medidas definitivas convenidas por los cónyuges o adoptadas por el juez en defecto de acuerdo podrá solicitarse, bien por los cónyuges, bien por el Ministerio Fiscal si hubiese hijos menores o incapacitados (art. 775 LEC). Es interesante traer aquí lo dispuesto en el art. 12.5 LVRF que, tras contemplar la posibilidad de solicitar la revisión judicial del derecho de uso por cambio de circunstancias relevantes, dispone que “*El ejercicio abusivo o de mala fe del derecho a solicitar la revisión podrá dar lugar a responsabilidades civiles o de carácter patrimonial*”.

<sup>1239</sup> Vid. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 263; LUQUE JIMÉNEZ, M., *op. cit.*, pp. 97-99, quien habla de un cambio objetivo, de entidad suficiente, permanente en el tiempo y que no sea imprevisto o imprevisible; ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, p. 259 y ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática...”, *op. cit.*, pp. 46-47.

<sup>1240</sup> Algo más flexible es el CDFA, cuyo art. 79.5 no se refiere a alteración sustancial de las circunstancias, sino a la concurrencia de causas o circunstancias relevantes.

<sup>1241</sup> Vid. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, p. 262.

<sup>1242</sup> Vid. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 39.

en la situación económica de uno u otro cónyuge<sup>1243</sup>, en los estados de salud, en la disponibilidad de otras viviendas de las que hacer uso, etc., cuando fue alguna de estas circunstancias la que se tuvo en cuenta a la hora de considerar como interés más necesitado de protección el del cónyuge beneficiario.

A modo de ejemplo, la STS 5/2015 de 16 de enero estima que el hecho de quedar disponible un piso propiedad de ambos miembros de la pareja de hecho, proindiviso, es circunstancia de hecho bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, de forma que la madre y el hijo menor pasen a ocupar esta última vivienda, en sustitución de aquella otra —la familiar— que le fue atribuida y que era propiedad privativa del padre, *“tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario”*.

Cualquiera de estas situaciones, tras la correspondiente valoración del juez en sede de modificación de medidas, puede conllevar la extinción del derecho de uso. La pérdida del derecho por su titular no quiere decir que el uso de la vivienda familiar se atribuya al otro cónyuge, pues, si bien es cierto que, perteneciendo la vivienda a ambos cónyuges, aquella deberá estar en cada momento en manos de aquél cuyo interés sea más necesitado de protección —siempre que la causa de ello existiera ya en el momento de dictar la sentencia— no lo es menos que, si se entiende que ninguno de los cónyuges tiene un interés más necesitado de protección, el uso de la vivienda corresponderá al cónyuge propietario por derecho propio, o, en el caso de ser ambos cónyuges los propietarios, se regirá por las normas de la comunidad de bienes.

En el caso de que el beneficiario de la atribución del uso prolongue indebidamente su estancia más allá de lo permitido, bien porque no haya puesto en conocimiento del titular la desaparición de las causas que motivaron la atribución, o bien porque el usuario no aceptase abandonar el inmueble pese a haber sido requerido para ello, puede haber lugar a una indemnización por daños y perjuicios<sup>1244</sup>. Si, en cambio, el titular de la vivienda, aun siendo consciente del transcurso del plazo o del cese de la causa que motivó la atribución, no requiriese al usuario para el desalojo, habrá de entenderse como una

---

<sup>1243</sup> El art. 233-24.2.a CCcat., para aquellos supuestos en los que el derecho de uso se hubiese atribuido atendiendo a la necesidad de un cónyuge —y no de los hijos—, establece expresamente que el derecho se extingue: *“a) Por mejora de la situación económica del cónyuge beneficiario del uso o por empeoramiento de la situación económica del otro cónyuge, si eso lo justifica”*. Esta misma es contemplada como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en el art. 12.11.c LVRF, aun no limitada a los derechos de inexistencia de hijos y añadiendo *“salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario”*.

<sup>1244</sup> Descarta CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso...*, op. cit., pp. 167 y ss. que se pueda tratar de un enriquecimiento sin causa porque existe una resolución judicial atributiva del uso.

tolerancia, en precario, pudiendo desalojarlo en cualquier momento sin poder exigir indemnización.

Cabe que nos detengamos en dos situaciones concretas: el cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge beneficiario y la convivencia marital del beneficiario del uso con una tercera persona en la vivienda familiar. El estudio más detallado de tales situaciones se debe, en el primer caso, a que es la custodia de los hijos menores el criterio al que más se recurre para la atribución la vivienda familiar a uno u otro cónyuge, lo cual ha generado no pocos interrogantes; en el segundo caso, a su habitualidad a la par que a la conflictividad que ha generado en la práctica.

## 1. Cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge beneficiario

Existiendo hijos menores comunes del matrimonio, el uso de la vivienda familiar se habrá atribuido, con gran probabilidad, al cónyuge en cuya compañía hayan quedado los mismos —cónyuge custodio—, por aplicación de aquel criterio del art. 96.I CC que hemos interpretado como una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los menores.

Es obvio, por tanto, que, en caso de que cese la convivencia de los hijos con el cónyuge beneficiario, en tanto que dicha convivencia, unida al interés superior de los menores, fue lo que determinó aquella atribución, habrá de entenderse que falta uno de los elementos que justificaron la misma. Así lo establecen el art. 233-24.1 CCcat.<sup>1245</sup> y el art. 12.11.e LVRF<sup>1246</sup>, en virtud los cuales si el derecho de uso se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, se extingue por finalización de la guarda.

Quedará, pues, abierta la puerta a instar una modificación de medidas de la que podrá resultar la extinción del derecho de uso atribuido.

Las causas para el cese de la convivencia pueden ser diversas, *v. gr.*, muerte de los hijos, privación de la patria potestad del progenitor atributivo, modificación de la guarda y custodia de los menores...

Téngase en cuenta que alguno de estos supuestos podrían incluso encontrar correspondencia en alguna de las normas que desarrollan las causas de extinción del usufruc-

---

<sup>1245</sup> Art. 233-24.1 CCcat.: “El derecho de uso se extingue por las causas pactadas entre los cónyuges y, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, por la finalización de la guarda”.

<sup>1246</sup> Art. 12.11.e LVRF: “Son causas de extinción del derecho de uso: e) Si se hubiera atribuido judicialmente por razón de la guarda, se extinguirá por la finalización o cese de ésta o de la obligación de prestar alimentos”.



to. Piénsese en el supuesto de muerte del hijo, habiéndose fijado la duración del uso hasta que este cumpliera la mayoría de edad. Estaríamos ante un caso que, en cierta medida, se podría solucionar con lo dispuesto en el art. 516 CC:

*“El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona”.*

Precisamente, este último inciso estaría respondiendo a la cuestión de la que nos ocupamos, pues, existiendo hijo menor, es altamente probable que el uso se atribuyese al cónyuge custodio en atención al mismo. Ello no obsta, sin embargo, a que el uso de la vivienda pueda ser atribuido al cónyuge no titular —hasta ahora custodio— por entenderse que su interés es el más necesitado de protección, en aplicación del art. 96.III CC.

En las dos últimas causas referidas —privación de patria potestad y modificación de custodia—, se ha de valorar, por parte del juez, si el cambio en la guarda y custodia ha de conllevar, asimismo, la atribución del uso de la vivienda familiar al otro cónyuge<sup>1247</sup>. No es una consecuencia automática, pues téngase en cuenta que hemos defendido que lo contemplado en el art. 96.I CC es una presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, por lo que es posible probar que lo es el del cónyuge no custodio. En tal sentido, téngase en cuenta, por una parte, la STS 320/2014 de 16 de junio, que considera que la modificación del progenitor que ostenta la guarda y custodia de los hijos ha de llevar aparejada, en esta ocasión, la atribución del uso de la vivienda familiar al nuevo progenitor custodio, pues no se da ninguna de las excepciones mantenidas por la jurisprudencia a la aplicación imperativa del art. 96.I CC —que la vivienda haya perdido el carácter de familiar o que ya se encuentre satisfecha la necesidad habitacional de los hijos por otros medios—: si bien es cierto que el padre, cuando asume la custodia, vive con su pareja en una casa propiedad de esta última, considera el Alto Tribunal que esto supondría poner a cargo de tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores, no siendo, pues, una forma de garantizar una vi-

---

<sup>1247</sup> ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, *op. cit.*, pp. 216 y ss., considera que, realmente, el único supuesto en el que se puede hablar de modificación de la atribución por alteración de las circunstancias es cuando el criterio que justificó la atribución originaria de la vivienda familiar fue la protección del interés de los hijos y posteriormente se realiza un cambio de custodia al otro cónyuge, pues en estos casos la situación de necesidad sigue existiendo. En cambio, en el resto de supuestos en los que lo que se ampara es el interés de un cónyuge, la causa de la alteración de la circunstancia es más bien la satisfacción de la necesidad que se protegía, por lo que tal alteración no constituye tanto un supuesto de modificación de la atribución como de extinción de la misma.

vienda segura al menor. Y, por otra parte, la STS 777/2013 de 3 de diciembre, que trae causa de un supuesto en el que, pese a acordarse el cambio de la guarda y custodia de la madre al padre, el Alto Tribunal resuelve que siga siendo la madre la que haga uso de la vivienda, pues se encuentra en una situación precaria, mientras que los menores tienen cubierta la necesidad de alojamiento al residir el padre en una vivienda de alquiler de elevada renta.

## **2. Convivencia marital, en la vivienda familiar, del cónyuge beneficiario del uso de la misma con una tercera persona**

Puede darse el supuesto en que, tras la crisis matrimonial, en un plazo de tiempo más o menos breve, el cónyuge que ha resultado beneficiario del uso de la vivienda familiar, comience una nueva relación sentimental y, aprovechando el uso que tiene atribuido sobre la referida vivienda, sea por esta por la que opte la nueva pareja para convivir maritalmente. Se trata de una situación especialmente conflictiva, pues a los problemas económicos que puede acarrear la atribución de la vivienda en el cónyuge que ha de salir de la misma —que en muchos casos habrá de seguir incluso haciendo frente al préstamo hipotecario—, se une, en esta situación concreta, un factor de tipo sentimental. Ahora bien, jurídicamente, ¿puede constituir esta circunstancia una causa de extinción del derecho de uso que se tiene atribuido?

Diferentes, y contradictorios, pronunciamientos se han realizado al respecto. Contradicción que, nuevamente, se origina ante la falta de precisión sobre la naturaleza jurídica del derecho, que deja a esta figura sin un régimen jurídico que le sea de aplicación, contribuyendo, así, a la inseguridad jurídica.

Considero necesario abordar dos cuestiones. La primera, si, desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso, existe motivo que justifique la extinción del mismo. La segunda, si esa respuesta a la cuestión anterior coincide con el tratamiento de la cuestión atendiendo al fundamento y finalidad del derecho contemplado en el art. 96 CC.

## 2.1 Desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso

Desde el régimen jurídico del derecho real de uso y habitación general, *a priori*, no parece derivarse obstáculo alguno a la existencia de ese tercero, pareja sentimental del beneficiario, en la vivienda familiar.

Nótese que el art. 524 CC se refiere a los derechos de uso y habitación vinculándolos con las necesidades no solo del titular del derecho —usuario o habitacionista—, sino también con las de su familia, “aunque esta se aumente”<sup>1248</sup>.

La STS 808/2001 de 26 de julio se refiere a la familia “*como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia*”. Por su parte, la SAP de Madrid 325/2017 de 10 de julio, en su propósito de descartar la convivencia con tercero como una causa de extinción, recurre, entre sus argumentos, a la aplicación del art. 524 CC por entender que esta solución es la prevista por el legislador para supuestos análogos. En base al mismo, considera que la beneficiaria del derecho de uso, como titular del derecho, tiene facultad para autorizar la residencia de su pareja en la vivienda familiar.

En la doctrina más actual se parte de un concepto amplio de familia. FERNÁNDEZ CAMPOS considera que bajo el término “familia” se comprende también la constituida por la pareja que convive maritalmente sin haber contraído matrimonio<sup>1249</sup>.

Sin embargo, pese a que, al tenor de la letra del articulado que regula el régimen jurídico de los derechos de uso y habitación —ampliada en su espíritu por una interpreta-

---

<sup>1248</sup> Para RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación...*, *op. cit.*, p. 37, la medida de familia amplia, restrictiva, patriarcal o celular depende del marco social y tradicional del propio usuario y no de convicciones externas al propio derecho. *Vid.*, asimismo, sobre la amplitud del concepto “familia” a estos efectos: VENEZIAN, G., *op. cit.*, p. 838, considera que la palabra “familia” no indica el grupo de personas entre las cuales median vínculos de afinidad o de sangre, sino aquel grupo de personas que forman un todo por la convivencia en la casa misma y bajo una sola dirección; VALVERDE Y VALVERDE, C., *op. cit.*, p. 457, considera que, al no decir nada el código sobre el alcance de la “familia”, ha de entenderse comprendidos, siguiendo la definición de tal concepto por el diccionario de la Academia, a las personas que viven bajo un mismo techo; MUCIUS SCAEVOLA, Q., *op. cit.*, pp. 488-490, engloba en el concepto de “familia” a los padres, hijos y familiares o sirvientes, aunque los hijos nazcan después de concedido el uso, así como a las personas a quienes el usuario deba alimentos, siempre que convivan con el usuario al tiempo de constituirse el uso o se incorporen posteriormente al grupo familiar; no engloba, en cambio, a los parientes y extraños que no tengan derecho a alimentos y no conviviesen con el usuario al momento de establecer el uso; en la misma línea que SCAEVOLA se sitúa GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, t. I, *op. cit.*, p. 416, cuyas palabras hace suyas también LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, *op. cit.*, p. 78. Por su parte, SÁNCHEZ ROMÁN, F., *op. cit.*, p. 607, considera que con “familia” el código se ha querido referir a las personas de parentesco próximo que habitualmente vivan o deban vivir por razones normales o circunstanciales formando un solo hogar, o a lo sumo sean parientes a los cuales debiera costear o hubiera costeado él la vivienda.

<sup>1249</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 879. En el mismo sentido, PIZARRO MORENO, E., *op. cit.*, p. 2076. Es la línea que se sigue en Navarra, cuya ley 424 CDCFN no se refiere a la familia sino “*a los que con él convivan*”.

ción evolutiva o sociológica—, sea posible defender la consideración del conviviente de hecho como parte de la familia a la que se extienden tales derechos, es necesario hacer dos puntualizaciones:

En primer lugar, podría decirse si se quiere, y estaría justificado, que la previsión del Código Civil sobre la familia y su posible ampliación, está pensada en un momento en el que la disolución del matrimonio era solo por muerte y no había reconocimiento de concubinato y sí discriminación de hijos ilegítimos. Evidentemente, cuando el legislador contempla la posible ampliación de la familia en la regulación del uso y de la habitación, no está teniendo en consideración el supuesto del que ahora nos ocupamos que, más que una ampliación de familia, supone la constitución de una nueva. De ahí que sea necesario restringir, a estos efectos, el concepto de familia, a fin de evitar un excesivo ensanchamiento del mismo que lleve a situaciones realmente abusivas frente al excónyuge excluido del uso<sup>1250</sup>.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que, pese a ser necesario el tratamiento anterior, el concepto de familia acaba resultando indiferente. En esta tesis, al determinar la naturaleza jurídica del derecho del art. 96 CC, no hemos optado por el derecho de habitación —en el que el espacio susceptible de ocupación en la vivienda depende de la amplitud de las necesidades de la familia—, sino que hemos optado por el derecho real de uso, en el que, como es sabido, el uso se extiende a la totalidad de la casa, por lo que en nada afectaría al cónyuge excluido del uso la presencia de ese tercero.

## 2.2 Desde el punto de vista del fundamento y finalidad del art. 96 CC

Ocupándonos de la segunda cuestión planteada —el tratamiento del problema desde el punto de vista del fundamento y la finalidad del derecho regulado en el art. 96 CC—, considero necesario distinguir si el uso de la vivienda familiar se atribuyó en virtud del párrafo primero o del tercero del art. 96 CC.

---

<sup>1250</sup> Vid.: DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 524”, *op. cit.*, quien se refiere únicamente a la familia de sangre, pues de lo contrario daría lugar a un arbitrario ensanchamiento; TORRELLES TORREA, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, *op. cit.*, p. 651, quien se refiere solo a la familia de sangre o adoptiva; o RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Usufructo, uso y habitación*, *op. cit.*, quien considera que tal aumento debe ser natural (hijos que nazcan o sean adoptados) o legal o éticamente justificado (parientes que atender por una u otra causa), mas no de mala fe o de forma interesada para aumentar el aprovechamiento.

### 2.2.1 Vivienda atribuida en virtud del art. 96.I CC

En el caso de que el uso de la vivienda familiar se haya atribuido a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.I CC, considero, con gran parte de la doctrina<sup>1251</sup> y de la jurisprudencia menor<sup>1252</sup>, que la convivencia marital del cónyuge beneficiario —y custodio— con un tercero en la vivienda familiar, no produce, por sí misma, una alteración sustancial de las circunstancias ni, constituye, por tanto, causa de extinción del derecho.

Téngase en cuenta que, en estos casos, como hemos venido reiterando, aun siendo titular del derecho atribuido el cónyuge custodio, el uso se le atribuyó *per relationem*, por quedar bajo su custodia los hijos menores, cuyo interés es considerado el más necesitado de protección. Interés que, como dijimos, consistirá, a grandes rasgos, en la satisfacción de sus necesidades habitacionales manteniéndolos en el mismo entorno en el que se han desarrollado.

De ahí que la mera convivencia marital a la que nos venimos refiriendo, no modifique, altere, ni haga desaparecer, en modo alguno, el interés —la necesidad— que motivó la atribución. Tales necesidades son independientes y completamente ajenas a las circunstancias sentimentales del progenitor custodio y a la decisión de este de compartir, o no, la vivienda familiar con su nueva pareja. Dichas necesidades habitacionales de los hijos subsisten plenamente; continúan siendo idénticas a las del momento en que se atribuyó el uso. Mientras el interés de los menores siga siendo el más necesitado de protección, y la forma de protegerlo sea mediante la atribución de la vivienda familiar, a ello habrá de atenderse, independientemente de las relaciones que el cónyuge custodio pueda tener con un tercero. De no considerarse así, el interés de los menores quedaría

---

<sup>1251</sup> Vid.: RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 38; CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 23; CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 228; o FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 291-292.

<sup>1252</sup> Vid., entre otras: SAP de Madrid 1332/2008 de 11 de diciembre: “no implica una modificación o alteración sustancial de las circunstancias y razones que en su día el juzgador tuvo presente para otorgar el uso a la esposa [y a sus hijos menores]”; SAP de Madrid 275/2010 de 23 de abril, que considera que, ni es posible valorar consideraciones éticas o morales al respecto, ni es posible admitir la teoría del abuso de derecho o del enriquecimiento injusto; SAP de Cádiz 366/2010 de 8 de julio; SAP de Cáceres 306/2010 de 21 de julio; SAP de Vizcaya 748/2010 de 5 de octubre, aun habiéndose pactado como causa de extinción en el convenio regulador; SAP de Granada 527/2010 de 17 de diciembre; SAP de Granada 145/2012 de 30 de marzo, referida a la convivencia en la vivienda, no de una nueva pareja, sino de una hija mayor de un matrimonio anterior; SAP de Málaga 193/2017 de 227 de febrero; SAP de Madrid 325/2017 de 10 de julio, en la que se refiere la sentencia al “*respeto a los derechos constitucionales a la dignidad personal, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal e inviolabilidad del domicilio del progenitor custodio*”, así como a que el Código Civil no contempla la convivencia marital como causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar.

desprotegido, dependiendo del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del progenitor custodio.

Y ello con independencia de quién sea ese tercero. La SAP de Madrid 217/2011 de 5 de mayo, en cuyo supuesto de hecho el tercero que convivía en la vivienda no era la pareja del cónyuge beneficiario, sino la hermana de este, afirma que la del propietario se trata de una queja “*humanamente, si se quiere, comprensible, pero jurídicamente inatendible*”, pues la presencia del tercero no le ocasiona ningún daño; el perjuicio económico —continúa la sentencia— “*proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante, que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso conferido, a la finalidad que le es propia*”.

Precisamente, atendiendo a ese interés superior de los menores, lo que sí podría suceder es que la convivencia de los hijos con la nueva pareja del progenitor custodio fuese tan complicada que aconsejara una modificación de la guarda y custodia de los mismos. En su caso, tal modificación podría, a su vez, llevar aparejada una modificación en la atribución del uso de la vivienda, aunque no tiene por qué.

No obstante, existe un sector —minoritario— de la doctrina<sup>1253</sup> y de la jurisprudencia menor<sup>1254</sup> que sí considera la existencia de una alteración de circunstancias. Se mantiene que la vivienda que se atribuye como familiar pierde tal carácter en el momento en que el progenitor custodio forma una nueva unidad familiar mediante la convivencia marital con un tercero de forma prolongada, sustituyendo, así, al núcleo familiar a cuyo favor se hizo ese peculiar reconocimiento. Consecuentemente, esa pérdida del carácter familiar conlleva la extinción del derecho, debiendo el cónyuge, junto con sus hijos y pareja sentimental, buscarse un nuevo alojamiento en el que desarrollar la vida en común. Lo contrario —se considera— llevaría al absurdo de que de la vivienda que constituyó domicilio familiar pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio.

---

<sup>1253</sup> Vid.: ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en...*, op. cit., p. 261, que defiende la extinción del derecho de uso, ex art. 101 CC, con independencia de que los hijos sean menores de edad y continúen en su compañía.

<sup>1254</sup> Vid., entre otras: SAP de Almería 59/2007 de 19 de marzo y, en relación con la misma: CABEZUELO ARENAS, A. L., “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero: comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007”, en *RADP*, núm. 21, 2008, pp. 309-319; SAP de Málaga 456/2010 de 21 de septiembre; o SAP de Valladolid 217/2012 de 18 de mayo. En otras ocasiones, si bien no extinguen el derecho, se fija un breve plazo para su extinción, como es el caso de la SAP de Valencia 344/2011 de 9 de mayo; SAP de Valencia 546/2012 de 18 de julio; o SAP de Valladolid 20/2018 de 15 de enero.

Frente a tal postura, y en defensa de lo que se ha mantenido en párrafos atrás, ningún fundamento jurídico existe para defender tal pérdida del carácter familiar de la vivienda por la mera convivencia marital con un tercero en la misma. Cuando se abordó en esta obra el concepto de vivienda familiar, se mantuvo que, *a priori*, podría pensarse que, una vez rota la familia, la vivienda deja de ser la vivienda familiar; es decir, más que atribuirse la vivienda familiar, se atribuye la vivienda que ha venido siendo familiar durante la estabilidad del matrimonio. Se concluyó, entonces, que no era un dato relevante; lo esencial era que la ley, a través, fundamentalmente, del art. 96 CC, extiende el régimen jurídico de protección de la vivienda familiar incluso una vez rota la familia. Y el hecho al que ahora se alude —la convivencia marital— no es motivo alguno para cesar en esa protección cuando la necesidad sigue existiendo. El único supuesto en el que en esta obra se ha defendido la extinción del derecho de uso atribuido por pérdida del carácter familiar de la vivienda ha sido cuando los beneficiarios del uso abandonan el inmueble por encontrarse sus necesidades satisfechas por otros medios. En este último caso, sí se encuentra fundamentado tal cese del régimen jurídico de la vivienda familiar, pues la necesidad ha cesado y el inmueble ha dejado de cumplir tal función, algo que no ocurre en el supuesto del que ahora nos ocupamos.

Cuestión distinta sería que el Código contemplase la referida convivencia marital con un tercero como causa de extinción. Así ocurre, por ejemplo, en Italia. El art. 337-*sexies* CCit. contempla la extinción del derecho de uso cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio. Ahora bien, en estos casos, la Corte Constitucional no considera la extinción automática, sino que la subordina a un juicio de conformidad al interés de los hijos<sup>1255</sup>. Cualquier automatismo en esta materia significaría descuidar el interés de los niños que la norma eleva a un parámetro fundamental y prioritario de referencia. En la doctrina, POMODORO, GIANNINO y AVALLONE consideran que el párrafo tiene un evidente carácter punitivo para el progenitor y acaban cuestionándose la propia constitucionalidad de la norma, en tanto que hace recaer sobre un sujeto —el hijo—, cuyo interés se ha tomado en consideración, las consecuencias de acciones realizadas por tercero —el progenitor—<sup>1256</sup>.

---

<sup>1255</sup> Vid. Corte Cost., 30 de julio de 2008, núm. 308. Vid., en tal sentido, FERRANDO, G., *op. cit.*, p. 222.

<sup>1256</sup> POMODORO, L., GIANNINO, P. y AVALLONE, P., *op. cit.*, p. 174.

## 2.2.2 Vivienda atribuida en virtud del art. 96.III CC

Por otra parte, hemos de distinguir del supuesto anterior aquel otro en el que la vivienda familiar se atribuye, en virtud del art. 96.III CC, al cónyuge cuyo interés es el más necesitado de protección<sup>1257</sup>. En estos casos, de forma mayoritaria por la doctrina<sup>1258</sup> y la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales<sup>1259</sup>, suele ser habitual defender que la existencia de ese tercero en la vivienda familiar conlleva la extinción del derecho de uso, basándose bien en la pérdida del carácter de domicilio familiar al constituirse la nueva familia, bien en una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de la atribución, que lleva a considerar que el interés del beneficiario ya no es el más necesitado de protección. Además, al asimilarse, en muchas de estas sentencias, el derecho de uso a una prestación *in natura* de la pensión compensatoria del art. 97 CC, se recurre a las causas de extinción de esta última, entre las que se encuentra haber contraído nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona (art. 101 CC)<sup>1260</sup>.

Esta es la línea que sigue, asimismo, el Código Civil catalán, en cuyo art. 233-24.2.b CCcat.<sup>1261</sup> contempla, como causa de extinción, el matrimonio o convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona, pero únicamente para aquellos supuestos en los que el derecho de uso se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, es decir, en virtud de nuestro equivalente art. 96.III CC<sup>1262</sup>. Del mismo tenor es el art. 12.11.d LVRF<sup>1263</sup>, con la diferencia de que no se limita a los supuestos de inexistencia de hijos.

---

<sup>1257</sup> Podría también entenderse de aplicación lo que aquí se dirá en aquellos excepcionales supuestos en los que se aplica el párrafo segundo del art. 96 CC.

<sup>1258</sup> En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., *op. cit.*, pp. 291-292 y RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>1259</sup> *Vid.*, entre otras: SAP de Barcelona 2 de septiembre de 2002 o SAP de Murcia 296/2009 de 15 de diciembre.

<sup>1260</sup> *Vid.* la SAP de Asturias 172/2011 de 25 de abril de 2011: “(...) *convivencia con un tercero en el domicilio que fuere conyugal, mas si la pensión compensatoria se extingue por la concurrencia de dicha circunstancia, no se ve cómo ha de darse respuesta distinta a un caso como el presente*”; *vid.*, asimismo, CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>1261</sup> Art. 233-24.2.b CCcat.: “2. *El derecho de uso, si se atribuyó con carácter temporal por razón de la necesidad del cónyuge, se extingue por las siguientes causas: b) Por matrimonio o por convivencia marital del cónyuge beneficiario del uso con otra persona*”.

<sup>1262</sup> PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, *op. cit.*, p. 428, precisa que será suficiente con una convivencia que se estimara fuere marital y habitual y no en el sentido de construir una pareja estable en los términos del art. 234-1 CCcat., pues el supuesto es semejante al de la prestación compensatoria y en ella basta la convivencia marital con otra persona según se indica en el art. 233-19 CCcat. Crítica en este particular se muestra MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Análisis crítico...”, *op. cit.*, p. 212, quien considera que tal causa de extinción debería de ser aplicable también en los casos de atribución por guarda de los hijos.

<sup>1263</sup> Art. 12.11.d LVRF: “*Son causas de extinción del derecho de uso: d) El matrimonio o convivencia marital del beneficiario del uso con otra persona, salvo que expresamente se hubiera pactado lo contrario*”.



No obstante, incluso en estos supuestos de atribución en ausencia de hijos, considero necesario hacer una precisión. La misma viene motivada, fundamentalmente, por la oposición que hemos mantenido en esta tesis a considerar la atribución del uso como una pensión compensatoria *in natura*, como ya se justificó<sup>1264</sup>.

¿Quiere ello decir que el cónyuge excluido del uso ha de soportar la convivencia marital de su excónyuge en la vivienda familiar con su nueva pareja? En principio, y según lo que se ha venido defendiendo más arriba, lo que no constituye esta situación es una causa de extinción automática.

Cuestión distinta es que, dada la especialidad del derecho de uso del art. 96 CC, haya que atenderse, caso por caso, a si esa nueva convivencia marital ha provocado, o no, una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar, de forma tal que el interés del cónyuge beneficiario ya no sea el más necesitado de protección (*v. gr.* que la nueva pareja del cónyuge beneficiario fuese titular de otros inmuebles en los que podría vivir con su nueva familia y que, sin embargo, alquila para vivir gratuitamente en el inmueble atribuido en uso a su pareja; en este caso, las necesidades del cónyuge beneficiario podrían satisfacerse por otros medios). En caso afirmativo, podría instarse una modificación de medidas que llevase a la extinción del derecho de uso<sup>1265</sup>; estaría jurídicamente justificada la extinción del derecho, pues, de lo contrario, se acabaría abocando a situaciones particularmente abusivas. De nuevo, la idea en la que se viene insistiendo a la hora de interpretar el art. 96 CC: pese a la letra del precepto, tal medida no se puede convertir en una especie de expropiación, pues, en estos casos, la limitación del derecho de propiedad ya no encuentra amparo en la función social del art. 33.2 CE.

Es más, en conexión con lo que ya dijimos sobre el abuso grave<sup>1266</sup>, cuando llegamos a considerar como tal el uso de la cosa —vivienda— para un fin distinto al habitacional, apoyándonos ahora, al igual que entonces, en la especialidad que supone el uso de la vivienda familiar, podríamos también calificar como abuso grave de la cosa, no la mera

---

<sup>1264</sup> *Vid. supra*, cap. primero, IV.3.2.

<sup>1265</sup> En esta posición se sitúan CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, pp. 229-230 y LACRUZ BERDEJO, J. L., “Introducción al estudio del hogar y el ajuar familiar”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986, p. 30. *Vid.*, asimismo, la SAP de Madrid 325/2017 de 10 de julio.

<sup>1266</sup> *Vid. supra*, cap. sexto, I.8.

convivencia marital, sino la continuación en el uso de la vivienda pese a contar, en su caso, con otros medios con los que satisfacer la necesidad habitacional<sup>1267</sup>.

### 2.3 Existencia de pacto sobre el particular

Otra de las posibilidades que se pueden plantear en torno a esta cuestión, es que las partes, en el convenio regulador, hubiesen pactado, como causa de extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, la convivencia en esta última del beneficiario con un tercero.

Hay quienes defienden que ello supondrá la extinción en cualquier caso, en virtud de lo pactado<sup>1268</sup>. Sin embargo, es necesario precisar una afirmación tan contundente. No se observa obstáculo para que, no existiendo hijos menores del matrimonio, si así se pactó, y se aprobó por el juez, notario o letrado de la Administración de Justicia, el derecho se extinga<sup>1269</sup> —podría tener cabida, en el régimen jurídico del derecho real de uso, como condición resolutoria consignada en el título constitutivo, a la que se refiere el art. 513.2º CC—. Pero la cuestión cambia si la atribución se realiza en virtud de lo dispuesto en el art. 96.I CC —existencia de hijos menores—. En este caso, se ha de dudar, por una parte, que el juez homologue un acuerdo que tiene grandes visos de ser perjudicial para los hijos menores. Pero incluso en el supuesto en que homologase el referido acuerdo, se ha de considerar que, acontecido el hecho de la convivencia, e ins- tado un procedimiento de modificación de medidas, el juez podrá rechazar la extinción del reiterado derecho si considera que, con ello, se perjudica a los menores<sup>1270</sup>.

---

<sup>1267</sup> La SAP de Navarra 134/2006 de 3 de noviembre, en cambio, descarta la existencia de un abuso de derecho por la convivencia marital, en la vivienda familiar, del beneficiario del uso con su nueva pareja, pues “no resulta contrario a la ley, ni formal, ni sustancialmente”.

<sup>1268</sup> Vid. PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso...*, op. cit., p. 89.

<sup>1269</sup> Vid. AAP de Madrid de 16 de julio de 2002, sobre indemnización de daños y perjuicios a favor del cónyuge propietario por incumplir la beneficiaria del uso la prohibición expresa de no hacer extensivo el uso a terceros; SAP de Barcelona 588/2004 de 6 de octubre.

<sup>1270</sup> En esta postura se sitúa MORO BONILLO, E., “La convivencia con terceros en la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 63, 2014, p. 43, quien considera, a diferencia de lo que en esta tesis se mantiene, que los hijos son titulares del derecho; GIL MEMBRADO, C., op. cit., p. 128, considera que el Ministerio Fiscal únicamente debería permitir cláusulas en tal sentido en el convenio cuando su redacción fuese clara en el sentido de ser una declaración de intenciones, con efectos supeditados al interés del menor en el futuro. Entre la jurisprudencia menor que, existiendo hijos, ha rechazado la extinción aun existiendo pacto al respecto, cabe citar, entre otras: SAP de Vizcaya 748/2010 de 5 de octubre, SAP de Barcelona 487/2010 de 14 de octubre o SAP de Granada 527/2010 de 17 de diciembre.

## 2.4 Incidencia en la pensión de alimentos

Por otra parte, en el caso, poco probable, de que se extinguiese el derecho de uso aun existiendo hijos menores, ello sí debería tener su reflejo en un aumento de la pensión alimenticia a satisfacer por el cónyuge no custodio, pues uno de los elementos de los alimentos —la habitación—, que antes tenía satisfecho el menor, ahora no lo tiene.

Es más, podría incluso defenderse que, en el caso de no extinguirse el derecho de uso, la presencia del tercero en la vivienda familiar incidiese en la cuantía de la pensión alimenticia, en este caso para reducirla, pero únicamente respecto a aquellos gastos de la vivienda que pudieran haberse tenido en cuenta a la hora fijar los alimentos<sup>1271</sup>, no respecto al resto de gastos, pues no hemos de olvidar que la obligación de alimentos de los menores es de los progenitores, a fin de protegerlos; por más que el cónyuge custodio conviva maritalmente con otra persona, no es esta la obligada a mantenerlo. Sobre este particular se pronuncia la STS 33/2017 de 19 de enero<sup>1272</sup>, que confirma la sentencia recurrida, en virtud de la cual:

*“el hecho de que la actual pareja de la demandada, y el hijo de ambos convivan en el que fue domicilio familiar, propiedad de los litigantes, y que por sentencia de la que dimana esta modificación fue atribuida al uso de los hijos habidos y a la demandada, por razón de atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes; sí es un hecho nuevo, no meramente coyuntural e imprevisto en su momento, y de entidad suficiente que debe tener su transcendencia en el orden económico, y por lo tanto en la medida económica cual es la cuantía de la pensión de alimentos a favor de los hijos”.*

*“este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los*

---

<sup>1271</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., “El art. 96 CC...”, *op. cit.*, pp. 352-353, no ve inconveniente para introducir ciertas estipulaciones en el convenio regulador desplazando hacia el custodio la obligación de sufragar ciertos conceptos en caso de que se presente esta situación de convivencia marital. La autora apuesta por una “fungibilización” de la vivienda familiar, de manera que, en lugar de que el hijo permanezca en la misma a toda costa, contribuyan los padres al pago de la renta de un inmueble en proporción a sus recursos. Sobre el particular se pronuncia también la autora en “Extinción de la atribución...”, *op. cit.*, pp. 309-319.

<sup>1272</sup> *Vid.* CABEZUELO ARENAS, A. L., “Introducción de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores: aplicación del juicio de proporcionalidad para rebajar la pensión del progenitor no custodio al beneficiarse el nuevo núcleo familiar así conformado de conceptos cubiertos por la suma originariamente fijada: comentario a la STS de 19 de enero de 2017”, en *RADP*, núm. 43, 2017, pp. 313-332.

*alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación”*<sup>1273</sup>.

A una última cuestión cabe, aún, referirse. Aun no extinguiéndose el derecho de uso por la convivencia con el tercero, atendiéndose a la complicada situación económica en que podría quedar el cónyuge excluido del uso —en muchas ocasiones único propietario del inmueble—, se plantea la posibilidad de la fijación de un resarcimiento económico a este último por el uso de la vivienda por parte del tercero que convive en su domicilio<sup>1274</sup>.

Podría considerarse como una medida socialmente justa, pero lo cierto es que, jurídicamente, no hay base legal en la que sustentarla. De ahí que el propio Tribunal Supremo haya reconducido el resarcimiento económico que reclama el cónyuge titular de la vivienda —pero privado de su uso y disfrute—, a través del proceso matrimonial, concretamente por la vía de la modificación de medidas<sup>1275</sup>.

---

<sup>1273</sup> Con anterioridad, ya se habían pronunciado, en el mismo sentido, entre otras: la SAP de Madrid 921/2014 de 23 de octubre, SAP de Barcelona 248/2016 de 4 de abril o SAP de Málaga 193/2017 de 27 de febrero.

<sup>1274</sup> Partidario de esta posibilidad se muestra CARRERAS MARAÑA, J. M., *op. cit.*, p. 230, quien, además, plantea como otra posibilidad la de instar a las partes a liquidar la vivienda ganancial cuando el interés del menor resulte adecuadamente garantizado.

<sup>1275</sup> Podría pensarse en la posibilidad de recurrir al enriquecimiento injusto, lo que es rechazado por la SAP Barcelona 329/2008, de 28 de mayo, que parte de los requisitos del enriquecimiento injusto que señala la doctrina y la jurisprudencia; así, el actor debe haber sufrido un real y efectivo empobrecimiento (por daño emergente o por lucro cesante), debe existir una íntima correlación entre el empobrecimiento del actor y el correlativo enriquecimiento del demandando; y sobre la base del esquema causalista de nuestro sistema, se exige que no concurra una justa causa de la atribución patrimonial. Pues bien, partiendo de ahí, considera la Audiencia que “*no concurren en este caso los requisitos necesarios para la apreciación de esta figura, a la vista de la jurisprudencia recogida en el anterior fundamento. El hecho, no acreditado, de que la ex-mujer del actor pueda haber reducido gastos ordinarios (luz, agua, gas, etc.) al compartirlos con otra persona y el hecho de que el Sr. José viva en la misma casa sin pagar alquiler, no supone un empobrecimiento correlativo del demandante, quien no ha visto con esta nueva situación empeorar sus expectativas sobre la casa que no puede usar para sí, ni arrendarla a tercero porque el uso lo tienen atribuido sus hijos durante su minoría de edad y mientras perdure, como es el caso, a la madre*”. Vid., en este mismo sentido, la SAP de Madrid 325/2017 de 10 de julio, que niega que exista enriquecimiento injusto o abuso de derecho, al no concurrir los requisitos de ambas figuras, y considera que el resarcimiento económico que postula el demandante ha de conducirse al proceso matrimonial mediante la modificación de medidas que se estimaren procedentes como hizo la antedicha STS de 19 de enero de 2017.

Ahora bien, si el progenitor custodio ha rehecho su vida y la situación del excluido del uso es tan sumamente precaria, puede que el interés más necesitado de protección no sea el de los hijos, sino que ahora sea el del cónyuge no custodio, en cuyo caso, y en base a la norma actualmente vigente, lo que sí ha de considerarse viable es atribuirle, a este último, el uso de la vivienda tras el correspondiente procedimiento de modificación de medidas, según la interpretación que se viene realizando en esta obra del art. 96.I CC: presunción *iuris tantum* de que el interés más necesitado de protección es el de los hijos, lo que posibilita probar lo contrario.



# CONCLUSIONI

## I

Dalla protezione della famiglia (art. 39 CE) e del diritto all'abitazione (art. 47 CE) si deduce l'esistenza di un principio costituzionale di protezione della casa familiare.

## II

Il diritto civile, che si basa sul principio di personalità, concepisce l'assegnazione dell'uso della casa familiare come una misura di assistenza, necessaria per garantire la protezione dell'interesse del coniuge più debole (artt. 90.2 e 96.III CC) e, soprattutto, di quello dei figli (artt. 39 CE, 2.1 LOPJM e 96.I CC), riducendo le disuguaglianze ed ottenendo, in tal modo, giustizia.

## III

La giustificazione della limitazione che la misura prevista nell'art. 96 CC suppone per il diritto di proprietà, costituzionalmente riconosciuto all'art. 33 CE, si rinviene nella funzione sociale a cui fa riferimento il secondo comma di questo precetto, il quale persegue altri fini o diritti costituzionalmente rilevanti, come quello alla protezione della famiglia e, quindi, della casa familiare.

## IV

L'art. 96 CC si deve interpretare in modo esteso, considerando la portata dell'interesse superiore del minore —che non deve solo permanere nel suo intorno—, così come alla sua *ratio*, armonizzando gli interessi coinvolti, soprattutto quando i coniugi sono liberi di stipulare qualsiasi tipo di patto con l'unico limite di non pregiudicare i minori.

## V

Il tipo di necessità, che si intende soddisfare con la misura contemplata nell'art. 96 CC, è di carattere personale o sociale, potendosi realizzare solo con l'attribuzione dell'uso della casa familiare. Non assume tanto un valore oggettivo quanto piuttosto soggettivo.

## VI

Qualora vi siano figli in comune minori d'età, il fondamento dell'assegnazione dell'uso non si rinviene nel diritto agli alimenti ma nel dovere dei genitori di proteggere i figli (art. 154.1° CC), così come di mantenere i figli nell'intorno in cui sono vissuti. I figli minori devono essere equiparati a quelli maggiorenni disabili quando la loro situazione renda conveniente estendere l'uso della casa familiare.

La protezione dell'art. 96.I CC non comprende i figli maggiorenni, le cui necessità si possono soddisfare in altri modi senza necessità di limitare il diritto di proprietà dell'altro coniuge.

## VII

Nel caso previsto nel terzo comma dell'art. 96 CC, l'attribuzione dell'uso dell'abitazione familiare non sostituisce l'assegno di mantenimento. La protezione del coniuge più debole si giustifica in virtù delle aspettative giuridiche che il matrimonio e la costituzione della famiglia creano per i coniugi, frutto della fiducia maturata nell'ambito del matrimonio, che nel momento in cui si contrae si suppone che sia un'istituzione permanente.

La necessità di carattere socio-economico, che induce a continuare a vivere in quella che è stata la casa familiare, si può rinvenire in fattori come l'età, lo stato di salute o lo svolgimento dell'attività professionale in questo luogo.



## VIII

Il coniuge —o eventualmente il membro della coppia—, che benefici dell'uso della casa familiare, non è un semplice possessore legittimo; non si produce una mera concentrazione del possesso. In tal caso, infatti, non si proteggerebbe in modo sufficientemente adeguato la famiglia: la possibile protezione contro i terzi si attiverebbe solo nel caso in cui esista un conflitto possessorio, ma non nel caso in cui il diritto del terzo non comporti il possesso della casa. D'altro canto, il semplice possesso non legittima ad accedere al Registro della Proprietà.

Dal momento in cui la sentenza concede la facoltà di continuare ad occupare la casa familiare e dal momento in cui tale facoltà si possa far valere di fronte ai tribunali, si deve ammettere che costituisce la manifestazione di un vero diritto. Lo *ius possessionis* non è altro che il riflesso o l'apparenza esterna di questo diritto.

## IX

Il fatto che il diritto di uso della casa familiare si concepisca come un diritto familiare non chiarisce quale sia la sua natura, non risolvendo pertanto nulla: non esiste una categoria di questo tipo di diritti. Inoltre, questo *diritto familiare* non dispone di un regime giuridico che gli possa essere di applicazione. Il carattere familiare di un diritto, come nel caso di cui ci si sta occupando, non impedisce di considerarlo anche un diritto patrimoniale. Una cosa è la causa-funzione che il diritto può svolgere in virtù dell'attribuzione ed un'altra è la sua natura.

## X

Il diritto di uso della casa familiare è un diritto patrimoniale, il quale rende possibile l'attribuzione —e pertanto la conseguente protezione—, al coniuge di un potere economico o del dominio su un bene di natura economica, come la casa familiare. Il diritto attribuito in virtù dell'art. 96 CC ha un valore d'uso, dotato di un valore economico, di cui godrà il beneficiario e di cui sarà privato l'altro coniuge.

L'art. 96 CC non si può interpretare da un punto di vista esclusivamente patrimoniale, dal momento che è in gioco la protezione del membro della famiglia più

debole —coniuge o figli—, nè risolve nulla concepirlo come una questione meramente familiare, priva di conseguenze economiche.

## XI

In virtù della natura dinamica del diritto di uso, questa non è unitaria, ma sarà determinata dal titolo sulla base del quale era stata occupata la casa familiare durante il matrimonio. Non si può fare dipendere la natura esclusivamente da quello che a questo proposito dispongano i coniugi o il giudice, dal momento che, in generale, l'accordo di regolazione o la sentenza non si pronunciano sul contenuto —o sulla natura— del diritto che si concede.

## XII

Nulla impedisce che se la titolarità attribuita —a uno o ad entrambi i coniugi— sulla casa è quella di un diritto reale, il diritto di uso attribuito in virtù dell'art. 96 CC abbia natura reale. Sebbene il principio della presunzione di libertà della proprietà, e la conseguente interpretazione restrittiva, porterebbe a difendere la natura personale del diritto —per pregiudicare di meno la libertà e la pienezza della proprietà—, la funzione sociale —familiare— viene anteposta, come norma speciale, eccezionale, permettendo di riconoscere la natura giuridico-reale dell'uso dell'art. 96 CC.

Se il diritto preesistente fosse un diritto reale limitato e disponibile, il diritto di uso dell'art. 96 CC si costituirebbe su quest'ultimo (in generale, un diritto di usufrutto) seguendo la sorte dello stesso (teoria del diritto sul diritto). Se la titolarità in virtù della quale si è occupata la casa fosse di un diritto personale, il diritto attribuito avrebbe la stessa natura, a seconda dei casi: qualora si trattasse di un comodato, si dovrà considerare se lo stesso si è realizzato o meno *intuitu personae*; qualora si trattasse di un diritto di locazione, si dovrà considerare se si tratta di un diritto di locazione e se l'uso fosse stato attribuito al coniuge non locatario, in virtù dell'art. 15 LAU, si produrrà una surrogazione dello stesso *ex lege*.

### XIII

La cessione della casa da parte di un terzo affinché vi si installi il cessionario e la sua famiglia non costituisce un uso concreto e determinato nel senso indicato nell'art. 1750 CC. Di conseguenza, in virtù dell'applicazione dei principi della presunzione di libertà della proprietà— interpretazione restrittiva degli oneri — e dell'autonomia della volontà, nel caso in cui dall'interpretazione soggettiva della volontà delle parti si deve presumere solo il carattere precario di questo uso, la proprietà si considererà libera il più possibile, intendendosi pertanto che l'uso della casa è in comodato dal momento stesso in cui si realizza la cessione.

Qualora la casa familiare sia stata occupata in comodato, l'uso della stessa potrà essere assegnato al massimo alla persona che la possiede a tale titolo. A seguito della crisi matrimoniale, in conformità con l'art. 96 CC, l'uso in comodato sarà garantito fino al momento in cui il proprietario reclami la cosa. Una volta intimata l'espropriazione, se l'ex coniuge che vive in questa casa si oppone ad andarsene, non ci si troverà più dinanzi ad un comodato ma ad un *interversio possessionis*.

### XIV

Si può riconoscere la natura reale di questo diritto anche in conformità alla *ratio* dell'art. 96 CC —alla sua finalità—. Se l'art. 96 CC persegue un fine di giustizia, di giustizia sociale —familiare—; se l'obiettivo è quello di proteggere il più debole, in modo sociale, affettivo o incluso economicamente, la migliore e la maggiore protezione si può ottenere conferendogli un diritto reale: efficacia *erga omnes*.

Nella pratica si riconosce efficacia *erga omnes* al diritto di uso della casa familiare e al suo accesso al Registro della Proprietà, malgrado la giurisprudenza e gran parte della dottrina le neghino natura reale: il diritto esiste a prescindere dalla divisione della cosa comune —senza riconoscere il *Tribunal Supremo* l'applicazione dell'art. 405 CC— e si ammette —in caso di esecuzione forzata— la possibilità di opporre il diritto di uso sebbene non sia iscritto, venendone a conoscenza al di fuori del Registro della proprietà.

## XV

Nel nostro diritto comune, a partire dagli artt. 2.2 LH e 7 RH, non essendogli stato concesso carattere *erga omnes* in modo espresso dalla legge, l'unica forma di riconoscere a questo diritto efficacia *erga omnes* e l'accesso al Registro della Proprietà è quella di ammettere la sua natura reale. Nel caso in cui si considerasse un diritto di credito, non potremmo difendere la sua iscrizione nel Registro della Proprietà nè la possibilità di opporla di fronte a un terzo acquirente.

## XVI

Il divieto imposto nell'art. 96.IV CC dipende dal diritto principale di uso, a cui si trova unito, non intendendosi indipendentemente né costituendo di per sé un diritto reale. Nel caso in cui si ammettesse l'accesso al Registro della Proprietà si procederebbe ad iscrivere questa limitazione, ma non il contenuto principale del diritto di uso, vale a dire l'occupazione di quella che era la casa familiare.

## XVII

Sebbene si consideri l'esistenza dell'art. 96, comma 4°, CC uno strumento per rafforzare il diritto di uso al fine di evitarne la vulnerabilità, nel momento in cui si riconosca la natura reale del diritto, si può prescindere dalla sua esistenza.

## XVIII

Il diritto di uso della casa familiare non è un diritto reale di usufrutto. I principali aspetti dell'usufrutto, che non si adattano all'uso previsto nell'art. 96 CC, sono due: il suo contenuto —più ampio di quello del mero uso della casa— e la possibilità di trasmetterlo —contrario al carattere personalissimo dell'art. 96 CC—.

## XIX

Il diritto di uso della casa familiare è un diritto reale di uso i cui frutti, salvo diverso accordo delle parti, sarebbero esclusi, indipendentemente dai possibili frutti naturali che, per il proprio consumo —dell’utente e della sua famiglia— si possano ottenere.

La sua inclusione tra i diritti reali di godimento previsti e regolati nel codice civile, che riuniscono praticamente la totalità del godimento possibile sulle cose, offre sicurezza alle parti della relazione giuridica, rispondendo in tal modo a molte delle questioni che questo diritto ha prospettato ed evitando le contraddizioni che sono esistite al rispetto.

## XX

Il diritto di uso della casa familiare sebbene sia un diritto reale d’uso è speciale, essendo tale particolarità imposta dal carattere familiare del diritto: né il diritto di uso, né quello di abitazione, sono stati pensati per una fattispecie come quella dell’art. 96 CC. Da lì, derivano le caratteristiche proprie del diritto reale di abitazione.

Gli articoli 523 e ss. CC costituiscono il regime comune, poiché precisa i suoi caratteri principali, per adattarsi alla finalità o al fondamento del diritto contemplato nell’art. 96 CC. Le differenze, che sorgono quando si applica al diritto di uso della casa familiare il regime giuridico del diritto reale di uso, non riguardano gli elementi essenziali del diritto, ma piuttosto gli elementi naturali, disponibili dalle parti, essendo quindi tutte quelle salvabili, risultato della sua specialità, senza che si possa per questo motivo difendere l’esistenza di un nuovo tipo di diritto reale.

## XXI

La difficoltà di considerare questo diritto come un diritto reale di abitazione si rinviene, fondamentalmente, in due elementi essenziali del diritto di abitazione: l’estensione sull’oggetto (il diritto dell’art. 96 CC non si limita all’occupazione, in una casa altrui, “*delle parti necessarie per se stesso e per i membri della sua famiglia*”, ma si estende alla totalità della casa) e al contenuto del diritto (il coniuge beneficiario dell’uso dell’art. 96 CC, sebbene debba destinare l’immobile a casa abituale, la può utilizzare, inoltre, per altri fini).

## XXII

Il diritto reale di uso della casa familiare è un diritto di configurazione legale e di costituzione giudiziale, sia qualora derivi dall'approvazione dell'accordo di regolazione, sia dalla decisione del giudice.

La titolarità di questo diritto spetta al coniuge —o genitore —, anche nel caso in cui esistano figli, salvo nella sentenza o nell'accordo sia diversamente disposto. Tutto ciò non impedisce che, se vi sono dei figli, si tratti di un diritto di uso *per relationem*, attribuendosi a un determinato coniuge in interesse di questi. Ad ogni modo, tale interesse funziona come un criterio di assegnazione, non determinando la titolarità del diritto.

## XXIII

Nel caso della coppia di fatto, la mera convivenza *more uxorio* non è un titolo giuridico legittimo che obblighi all'una o all'altra soluzione ai fini dell'assegnazione dell'uso della casa familiare a uno dei membri della coppia a seguito della rottura. In mancanza di accordo tra le parti, dipendendo da chi spetti la titolarità della casa prima della rottura, si dovrà considerare soprattutto se la coppia nel momento della rottura aveva dei figli comuni minori d'età. Nel caso in cui non li avesse, nell'ambito di un possibile giudizio, non può imporre una determinata soluzione in virtù dell'art. 96.III CC; al contrario, qualora vi siano dei figli minori d'età, si deve applicare l'art. 96.I CC, non in modo analogico, ma diretto, dal momento che, in tali casi, l'assegnazione dell'uso è condizionata alla protezione dell'interesse del minore che ai sensi di quanto disposto nella Costituzione (*ex* artt. 14 e 39 CE) deve essere la stessa indipendentemente dal fatto che i genitori siano sposati o meno.

## XXIV

Il diritto di uso della casa familiare non impedisce, quindi, che questa sia oggetto sia del diritto di abitazione sia del diritto di uso, indipendentemente dal fatto che della stessa sia titolare in parte il beneficiario dell'uso attribuito. Questa casa, a cui non si esige che riunisca delle condizioni minime di abitabilità, è intesa come la base fisica del domicilio familiare.

Non vi sono ostacoli all'esistenza di varie case familiari. Tuttavia, non significa che in questo concetto rientri qualsiasi immobile che, a qualsiasi titolo giuridico, si trovi a disposizione dei membri della famiglia: le "seconde abitazioni". Sebbene l'art. 96 si riferisca solo alla casa familiare, è possibile difendere, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, la sostituzione di quest'ultima con un'altra differente che possa soddisfare allo stesso modo la necessità di tipo sociale o personale che si intendeva raggiungere con l'attribuzione dell'uso familiare.

## XXV

Le cause di estinzione dell'art. 513 CC sono quasi tutte applicabili al diritto previsto nell'art. 96 CC, sebbene con alcune precisazioni. A tali cause si può aggiungere l'abuso grave, causa di estinzione propria dei diritti di uso ed abitazione, così come una causa, vincolata al fondamento e alla finalità del diritto di uso della casa familiare e all'esistenza di una necessità di tale abitazione a cui va unita: la modifica delle circostanze che si sono prese in considerazione ai fini dell'attribuzione del diritto di uso.

## XXVI

Sebbene si sia difesa la natura di diritto reale del diritto di uso della casa familiare contemplato nell'art. 96 CC, nulla impedisce che, *de lege ferenda*, si possa scegliere un sistema familiare simile a quello francese o portoghese, che consiste in una locazione forzata a favore di quel coniuge, il cui interesse abbia maggiori necessità di protezione, un modello con cui si risolvono molti dei problemi e delle situazioni abusive che si presentano nell'attualità intorno all'art. 96 CC.





# BIBLIOGRAFÍA

ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2012.

ACEDO PÉREZ, J., “Derechos reales innominados”, en *RCDI*, núms. 374-375, 1959 .

ACHÓN BRUÑÉN, M., “La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges”, en *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 2006.

— “Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar”, en *Proceso civil: cuaderno jurídico*, núm. 115, 2014.

AGUILAR RUIZ, L., “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 abril 2009”, en *RADP*, núm. 24, 2010.

AHRENS, E., *Enciclopedia jurídica o exposición orgánica de la ciencia del Derecho y del Estado (versión directa del alemán aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor por GINER, F., DE AZCÁRATE, G. y GONZÁLEZ LINARES, A.)*, t. III, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1880.

ALAMILLO SANZ, F., “Las crisis matrimoniales y la adjudicación en exclusiva de la vivienda familiar al cónyuge no arrendatario”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1985 [LA LEY 3404/2001].

ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 40 y 41”, en *Comentarios al Código Civil (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y DíEZ ALABART, S.)*, t. I, vol. III, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 18 de enero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229893>

— *Derecho civil II: derecho de obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2008.

— *Derecho civil III: derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M., “Asignación del uso de la vivienda familiar una vez que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad”, en *AC*, núm. 2, 2014 [LA LEY 647/2014].

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Comentario a los arts. 632 y 633”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ALGARRA PRATS, E., “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002.

ALONSO PÉREZ, M., “La familia y el Derecho de familia”, en *Tratado de Derecho de familia* (dirs. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

ALONSO SAURA, M. P. y CARRILLO VINADER, F. J., “Comentarios a la jurisprudencia sobre los efectos frente a terceros de la atribución del uso de la vivienda en procesos de familia: especial consideración del desahucio por precario”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 44, 2010.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *Régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

— “La víctima de violencia de género y la atribución de la vivienda familiar”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. HOYOS SANCHO, M.), Lex Nova, Valladolid, 2009.

— “Protección del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista jurídica del notariado*, núm. 105, 2018.

ÁLVAREZ VIGARAY, R., “El domicilio”, en *ADC*, núm. 2, 1972.

AMORÓS GUARDIOLA, M., “Comentario a los arts. 605 a 608”, en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, vol. II, EDERSA, Madrid, 1990 [consultado el 1 de julio de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/sources/676/chapter:8604/chapter:8605>.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Atribución de vivienda familiar en el supuesto de hijos mayores de edad. Uso alternativo y temporal. Comentario a la STS de 6 octubre 2016”, en *CCJC*, núm. 103, 2017 [BIB 2017\10833].

ANDREOLA, “Sulla opponibilità dell’assegnazione al coniuge separato della casa familiare nella separazione coniugale”, en *Riv. Dir. civ.*, 1994, parte segunda.

ANDRÉS ROMERO, M. E., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-11”, en *Derechos reales de Cataluña: comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña*, (coord. VALLE MUÑOZ, J. L., y ARNÁIZ RAMOS, R.), t. II, Atelier, Barcelona, 2017.

ANGUITA RÍOS, R. M., “El hogar familiar tras la ruptura de la convivencia en pareja”, en *Derecho y familia en el siglo XXI: el Derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI. El Ejido, 19-22 de febrero de 2008, II Congreso mundial de Derecho de familia y menores* (coord. HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ, M. A.), vol. I, Universidad de Almería, Almería, 2011.

ARANA DE LA FUENTE, I., “Viabilidad del juicio de desahucio por precario entre comuneros (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 31 de diciembre de 1987)”, en *Poder Judicial*, núm. 12, 1988.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., “Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal”, en *RDP*, núm. 1, 1980.

— “Las parejas no casadas y la construcción de la noción de vivienda familiar en estos supuestos”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.

ARREGUI GIL, J., “Comentario a la ley 424”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. XXXVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2007 [consultado el 4 de febrero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/268137>.

— “Comentario a la ley 425”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. XXXVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2007 [consultado el 4 de febrero de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/268139>

ASUA GONZÁLEZ, C. I., “Comentario al artículo 6 “, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ATARD Y GONZÁLEZ, R., “Ensayo de construcción sistemática de las llamadas titularidades *ob rem*. Las llamadas «vocaciones al derecho real» en nuestro sistema hipotecario”, en *RDP*, núm. 132, 1924.

ATIENZA LÓPEZ, J. I., “Nulidad de la hipoteca constituida por el esposo sobre la vivienda familiar cuyo uso había sido atribuido judicialmente a la esposa y los hijos comunes”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 111, 2010.

— “Aprobación de cuaderno particional: inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del derecho de uso sobre la vivienda familiar con minoración de la cuota de participación en la propiedad del cónyuge a quien se atribuye su uso”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 149, 2013.

ATIENZA NAVARRO, M. L., “Comentario al artículo 1320”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. III, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. II, Marchal et Billard, París, 1869.

AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1997.

BAÑÓN GONZÁLEZ, A. M., “La atribución del uso de la vivienda familiar: aspectos registrales”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 (2), 2015.

BARASSI, L., *I diritti reali limitati*, Giuffrè, Milán, 1947.

BARBERO, D., *L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milán, 1952.

BARCONES AGUSTÍN, N., “Problemas que plantea la división de la vivienda familiar: especial referencia a la subasta judicial”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2085, 2009.

BASSOLS COMA, M., “Comentario al artículo 47”, en *Comentarios a la Constitución Española (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.)*, t. IV, EDERSA, Madrid, 2006.

BATALLER RUIZ, E., “Comentario al artículo 1750”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. IV, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

BELLO JANEIRO, D., “Comentario a la STS de 18 de octubre de 1994”, en *CCJC*, núm. 37, 1995.

— *El precario: estudio teórico práctico*, Comares, Granada, 1997.

BELLUSCIO, A. C., *Manual de Derecho de familia*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2002 (reimpresión 2004).

BELTRÁ CABELLO, C., “Pareja de hecho. Modificación de medidas de hijos menores. Cambio en la atribución del uso de la vivienda familiar: Comentario a la STS de 16 de enero de 2015”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 173, 2015.

— “Atribución de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: Comentario a la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 28 de septiembre de 2015), en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 181, 2016.

BELTRÁN DE HEREDIA, “Usufructo sobre usufructo en la legislación española, I. Construcción jurídica”, en *RDP*, núm. 292, 1941.

BELUCHE RINCÓN, I., “Comentario al artículo 500”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]*), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

BENAVENTE MOREDA, P., “Problemas derivados de la atribución de la vivienda familiar por sentencia de separación, nulidad o divorcio al cónyuge no titular del derecho arrendaticio sobre la misma”, en *ADC*, núm. 3, 1988.

— “Comentario a la STS de 20 de mayo de 1993”, en *CCJC*, núm. 33, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las parejas de hecho”, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1993.

— “La legislación autonómica sobre parejas de hecho”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2016.

— *Manual de Derecho civil: derecho privado y derecho de la persona*, Bercal, Madrid, 2017.

BERROCAL LANZAROT, A. I., “El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Implicaciones sustantivas y registrales”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.)*, Bosch, Barcelona, 2011.

- “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”, en *RCDI*, núm. 734, 2012.
- “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 5, 2015, [LA LEY 19/2015].
- “La atribución del uso de la vivienda familiar en la guarda y custodia compartida”, en *RGLJ*, núm. 4, 2015.
- “Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 762, 2017.

BIANCA, C. M. *Diritto civile II: la famiglia; le successioni*, Giuffrè, Milán, 1985.

BLANDINO GARRIDO, M. A., “Actos dispositivos sobre la vivienda familiar ganancial en las situaciones de crisis matrimonial”, en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial: IV Seminario de Estudios Jurídicos (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D.)*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1997.

- “Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1998 [LA LEY 22811/2001]
- “Donación de vivienda familiar que evita la atribución del uso al hijo menor y a la madre conviviente: falta de apreciación de oficio de la nulidad de la donación simulada: comentario de la STS de 13 de febrero de 2014”, en *RADP*, núm. 34, 2014.

BONILINI, G., *Manuale di diritto di famiglia*, UTET, Turín, 2002.

BOSSE-PLATIÈRE, H., *Droit de la famille (dir. RUBELLIN-DEVICHI, J.)*, Dalloz, París, 2001.

CABALLERO LOZANO, J. M., *Las prohibiciones de disponer: su proyección como garantía de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1993.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario a la STS de 21 de mayo de 1990”, en *CCJC*, núm. 23, 1990.

- “Comentario al artículo 6” en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.)*, t. I, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 5 de mayo de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229635>

CABEZUELO ARENAS, A. L., *La limitación temporal de la pensión compensatoria en el Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

- “Extinción de la atribución de uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con tercero: comentario a la SAP de Almería de 19 de marzo de 2007”, en *RADP*, núm. 21, 2008.
- “Sentencia de 5 de Noviembre de 2008: Pensión compensatoria. Finalidad. Ausencia de desequilibrio. Crédito hipotecario que grava vivienda familiar: deuda de la sociedad de gananciales. Determinación del concepto de cargas familiares. Extinción de los alimentos de hijo mayor de edad: irrelevancia de renuncia voluntaria a puesto de trabajo. Mantenimiento de la pensión”, en *CCJC*, núm. 80, 2009.
- “La existencia del desequilibrio generador de la pensión del artículo 97 CC se subordina a la concurrencia de circunstancias o factores de trascendencia económica: Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2010”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011.
- “¿Son cargas matrimoniales los prestamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 188/2011, de 28 de marzo”, en *Ejecución hipotecaria: solución a tiempos de conflicto (coord. SALAS CARCELLER, A.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- “La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales: STS de 9 de mayo de 2012”, en *RAD*, núm. 6, 2012.
- “Diferencias importantes entre las retribuciones de los esposos no confieren automáticamente derecho a percibir pensión compensatoria: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Abril de 2011”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. V (2011-2012), Dykinson, Madrid, 2016.
- “El art. 96 CC: sobrevaloración del interés del menor versus aniquilación de los intereses económicos de los padres. Incoherencias de la jurisprudencia y propuestas de reforma”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017.
- “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en *Tratado de Derecho de la familia*, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

- “Introducción de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores: aplicación del juicio de proporcionalidad para rebajar la pensión del progenitor no custodio al beneficiarse el nuevo núcleo familiar así conformado de conceptos cubiertos por la suma originariamente fijada: comentario a la STS de 19 de enero de 2017”, en *RADP*, núm. 43, 2017.
- “La necesaria reforma del art. 96 del Código Civil”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- “¿Un paso atrás en la protección de hijos mayores de edad discapacitados o con capacidad judicialmente modificada? Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2017”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.), vol. IX (2017), Dykinson, Madrid, 2018.

CACHÓN VILLAR, P., “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española* (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.), Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario al artículo 40”, en *Comentario del Código Civil*, (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.]), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio: (la aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Convenio regulador y promesa de donación: la adjudicación de inmuebles a los hijos”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 5, 2015.

CAMPUZANO Y HORMA, F., *Elementos de Derecho hipotecario*, Reus, Madrid, 1931.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1982.

- “Protección legal de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 588, 1988.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La renuncia a los derechos*, Bosch, Barcelona, 1986.



- CANO MORIANO, G., *Estudio sobre la figura del precario*, EDERSA, Madrid, 1999.
- CAÑIZARES LASO, A., “Obligación de no disponer y prohibición de disponer: comentario a la STS de 26 de julio de 1993”, en *ADC*, núm. 1, 1995.
- CARAPEZZA FIGLIA, G., “Assegnazione della casa familiare e interessi in conflitto. Ricercando un «ragionevole bilanciamento» nel dialogo con la giurisprudenza”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.
- CARNELUTTI, F., “Distinzione fra diritti reali e diritti di credito”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1915.
- CARRASCO PERERA, A. F., *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos, Madrid, 1988.
- “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013
- “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código Civil (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CARRERAS MARAÑA, J. M., “Efectos de la crisis matrimonial en relación a la atribución y el uso de la vivienda familiar: especial referencia a las viviendas en arrendamiento: régimen de las parejas de hecho en relación con la vivienda”, en *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 50, 2009.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, Reus, Madrid, 1965.
- *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. II, Reus, Madrid, 1994.
- *Derecho civil español, común y foral (puesta al día por ROMÁN GARCÍA, A. M.)*, t. I, vol. II, Reus, Madrid, 2007.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, tesis doctoral dirigida por GORDILLO CAÑAS, A., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.
- “La mención registral: su justificación y contenido”, en *RCDI*, núm. 652, 1999.
- “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica)”, en *RADP*, núm. 20, 2008.

- “Divorcio a la española”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coord. ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R. M.), vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008.
- “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 CC? Comentario a la Sentencia del TS de 6 octubre 2011”, en *RADP*, núm. 28, 2012.
- “Concepto y tipificación de las servidumbres en el derecho actual: la servidumbre predial de utilidad privada como genuina servidumbre y la más odiosa carga real inmobiliaria”, en *Tratado de servidumbres* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), La Ley, Madrid, 2015.
- *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, Ubijus – Reus, México – Madrid, 2015.
- “Elementos —esenciales, naturales y accidentales— en las servidumbres prediales”, en *Tratado de servidumbres* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), La Ley, Madrid, 2015.
- “Interpretación en materia de servidumbres: un recorrido por nuestra jurisprudencia”, en *RADP*, núm. 36, 2015 [BIB 2015\420].
- recensión a la monografía de RIVERO HERNÁNDEZ “Usufructo, uso y habitación”, en *ADC*, núm. 3, 2017.
- “Prólogo”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.
- “Igualdad en el tratamiento fiscal de los divorcios judicial y notarial: ¿por analogía o por interpretación extensiva?”, en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 71, 2017.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., y GARCÍA MAYO, M., “Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

CERVILLA GARZÓN, M. D., “Algunas consecuencias jurídicas derivadas de la atribución del uso del domicilio conyugal propiedad del otro cónyuge”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003.

- *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar: revisión y puesta al día”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2017 [consultado el 3 de mayo de 2018], disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1345.pdf>
- “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a tercero”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

CHAPARRO MATAMOROS, P., “Comentario a la sts núm. 34/2017, de 19 de enero, relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar en ausencia de hijos”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 6, 2017.

- “La pérdida del carácter «familiar» de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal. Comentario a la STS núm. 524/2017, de 27 de septiembre”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.
- “Apuntes sobre el derecho de uso de la vivienda familiar en Italia”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 26, 2018.
- “La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos especiales: atribución al hijo mayor de edad con discapacidad y atribución a otros parientes por razón de la custodia de los hijos menores”, en *RADP*, núm. 45, 2018.

CHAUVEAU, M., “Classification nouvelle des droits réels et personnels”, en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, 1931.

CICERO, C., “Casa familiare e situazioni possessorie”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L. H., “Las pertenencias en Derecho privado español”, en *ADC*, núm. 1, 1976.

CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario a los artículos 467 a 529”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

COBACHO GÓMEZ, J. A., “El uso de la vivienda familiar y el interés de los hijos”, en *Anales de derecho*, núm. 8, 1985.

COGLIOLO, P., *Estudios acerca de la evolución del derecho privado* (con un prólogo y notas de UREÑA Y SMENJAUD, R.), Hijos de Reus, Madrid, 1898.

COLAS ESCANDÓN, A. M., “La vivienda familiar en alquiler y el art. 15 de la LAU”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2003, [BIB 2003\1292].

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Bosch, Barcelona, 1997.

— “La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de nulidad, separación y divorcio”, en *RDP*, núm. 4, 1998.

CORBACHO PALACIOS, F. J., “Las limitaciones del uso de vivienda familiar en los procesos matrimoniales”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 27, 2005.

CORTADA CORTIJO, N., “Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000”, en *CCJC*, núm. 56, 2001.

COSSÍO Y MARTÍNEZ, M., *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

COSTAS RODAL, L., “Comentario a los artículos 1315 a 1324”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

— “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 11, 2016 [consultado el 20 de febrero de 2017], disponible en <https://proview--thomsonreuters--com.us.debiblio.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F129726181%2Fv20160011.2&titleStage=F&titleAccount=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=e&eid=825dc32576e7ff94fa41e4578b3cc021&eat=a-184531963&pg=13&psl=&nvgS=false>

COVIELLO, N., *Doctrina General del Derecho civil* (traducción al castellano de la cuarta edición italiana, revisada por LEONARDO COVIELLO, por FELIPE DE J. TENA), Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, Méjico, 1949.

CREMADES GARCÍA, P., “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”, en *Revista de Sociales y Jurídicas*, núm. 3, 2008.

— “Comentario a la STS de 13 de abril de 2009”, en *CCJC*, núm. 83, 2010.

CUADRADO PÉREZ, C., “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”, en *RCDI*, núm. 734, 2012.

CUBEDDU, M., *La casa familiare*, Giuffrè, Milán, 2005.

CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, en *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2014.

— “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de familia* (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

— “Hipoteca y crisis conyugal”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 4, 2017.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Servidumbres negativas y obligación de no hacer”, en *RCDI*, núm. 514, 1976.

DE CASSO ROMERO, I., *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Instituto de Derecho civil, Madrid, 1951.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. I, Casa Martín, Valladolid, 1942.

— *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1949-1952 (reimp. 1984).

DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956.

DE LA CUESTA, J. M., “Comentario al artículo 445”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE LA RICA Y MARITORENA, R.: “Limitaciones de disponer en el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, núm. 490, 1972.

DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario al artículo 1320”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍEZ ALABART, S.), t. XVIII, vol. I, EDERSA, Madrid, 1982 [consultado el 20 de septiembre de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/263064>

DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Auguste Durand Librairie de A. Durand et Pedone, París, 1852.

DÍAZ BRITO, F. J., “Comentario a las leyes 423 a 426”, en *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. RUBIO TORRANO, E.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I., “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), Lex Nova, Valladolid, 2010.

DÍAZ FRAILE, J. M., “El uso de la vivienda familiar en el libro segundo sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencia”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia* (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELEIRO, M. y NASARRE AZNAR, S.), Bosch, Barcelona, 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, en *AC*, núm. 2, 1998, [LA LEY 1894/2001].

DÍAZ MÉNDEZ, N., LEGIDO LÓPEZ, E. y LOMBARDÍA DEL POZO, M. A., *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva ley de arrendamientos urbanos: aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 1995.

DÍAZ VALES, F., *La subrogación legal en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Montecorvo, Madrid, 2001 [consultado el 20 de agosto de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/389274>

*Diccionario de Derecho Privado: apéndice* (dir. GARCÍA VALDECASAS, A., con la colaboración de GARCÍA MORENCOS, E., RUIZ GALLARDÓN, J. y PÉREZ MARÍN, A.), Labor, Barcelona-Madrid, 1960.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El sentido histórico del Derecho civil”, en *RGLJ*, 1959.

— “La situación jurídica del matrimonio separado”, en *RDN*, núm. 31, 1961.

— “Autonomía privada y derechos reales”, *RCDI*, núm. 513, 1976.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. VI, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1995.

- *Sistema de Derecho civil*, vol. III, t. II, Tecnos, Madrid, 2016.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., “Comentario al artículo 481”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230258>

- “Comentario al artículo 500”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230280>

- “Comentario al artículo 524”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230304>

- “Comentario al artículo 525”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230305>

- “Comentario al artículo 529”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ ALABART, S.), t. VII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 11 de septiembre de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/230309>

*El Digesto del Emperador Justiniano* (traducido y publicado por AGUSTÍN RODRÍGUEZ DE FONSECA, B.), tomo I, Imprenta de Ramón Vicente, Madrid, 1872.

ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y C., París, 1852.

ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, PPU, Barcelona, 1992.

— “Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 31, 1993.

— “La atribución judicial de la vivienda arrendada (a propósito de la STC 289/1993, de 4 de octubre)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 3, 1994.

— “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, (dir. GINER GARGALLO, A.; coord. CLAVELL HERNÁNDEZ, V.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008.

— “La disposición de la vivienda familiar en el libro segundo del Código Civil de Cataluña”, en *El nuevo Derecho de la persona y de la familia* (coord. BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M. y NASARRE AZNAR, S.), Bosch, Barcelona, 2011.

ESPÍN CÁNOVAS, D., “La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español”, en *RDP*, núm. 339, 1945.

— “Comentario al artículo 39 de la Constitución Española”, en *Comentarios a la Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), t. IV, EDERSA, Madrid, 2006.

ESPINAR LAFUENTE, F., “Sobre la distinción entre derechos reales y obligacionales”, en *RGLJ*, núm. 5 (mayo), 1962.

ESPINAR VICENTE, J. M., “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, en *RDP*, núm. 1, 1980.

FAIRÉN MARTÍNEZ, M., “Derechos reales y de crédito”, en *Revista de Derecho notarial*, 1959.

FALÇAO, M., DINIS PESTANA SERRA, M. y TENREIRO TOMÁS, S., *Direito da Família. Da teoria à prática*, Almedina, Coímbra, 2016.

FANELLI, V., “Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione”, en *Diritto e Giustizia*, 30 de septiembre de 2014 [consultado el 9 de mayo de 2017], disponible en: [http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000069995/Casa\\_familiare\\_in\\_comodato\\_ed\\_interessi\\_protetti\\_quando\\_il\\_proprietario\\_ha\\_diritto\\_alla\\_restituzione.html](http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000069995/Casa_familiare_in_comodato_ed_interessi_protetti_quando_il_proprietario_ha_diritto_alla_restituzione.html)



FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil”, en *Anales de Derecho*, núm. 17, 1999.

— “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil III* (coord. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M.), Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ DE ARÉVALO Y DELGADO, F., “Contenido obligacional de los derechos reales. Eficacia «erga omnes» de los derechos de crédito”, en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, vol. II, CRPME — Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C., “Pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar tras la crisis matrimonial: *status quaestionis*”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Derecho real de uso y poder de disposición”, *RCDI*, núm. 584, 1988.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ HIERRO, J., *LAU: comentario articulado*, Comares, Granada, 2004.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J., “El uso de la vivienda familiar, su división material”, en *RAD*, núm. 4, 2012, [BIB 2012\1145].

FERNÁNDEZ RAMALLO, P. “Las consecuencias jurídicas de la atribución judicial del domicilio en los procedimientos matrimoniales”, en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 34, 2003.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.

FERRANDO, G., *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bolonia, 2013.

FERRARA, *Trattato di Diritto civile*, vol. I, parte I, Athenaeum, Roma, 1920.

FÍNEZ RATÓN, J., “Comentario al artículo 15”, en *Comentario a la Ley de arrendamientos urbanos (dir. PANTALEÓN PRIETO, F.)*, Civitas, Madrid, 1995.

FLORES RODRÍGUEZ, J., “La atribución del uso de la vivienda en las crisis familiares cuando existen hijos mayores con discapacidad: comentario a la STS, Sala 1ª, de 19 de enero de 2017”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 16, 2017.

FREZZA, G., “Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare”, en *Rassegna di diritto civile*, núm. 3, 1998.

— “Appunti e spunti sull’articolo 337 sexies c.c.”, en *Archivio giuridico Filippo Serafini*, núm. 2, 2014, [consultado el 4 de julio de 2018], disponible en: <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/556/Frezza.pdf>

FUENTES LOJO, A., “Comentario al artículo 15”, en *Arrendamientos urbanos. Derecho sustantivo y procesal adaptado a la Ley 4/2013, de 4 de junio*, El Derecho, Madrid, 2013.

FUENTES LOJO, A. y FUENTES LOJO, J., *Apéndice a la novísima suma de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2003.

FUENTES LOJO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Propiedad Horizontal*, Bosch, Barcelona, 2003 [consultado el 4 de mayo de 2018], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/176754>

GABRIELLI, G., “I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, en *Riv. dir. civ.*, 2003, parte primera.

GALINDO Y DE VERA, L., *Comentarios a la legislación hipotecaria de España (4ª ed. corregida y aumentada por DE LA ESCOSURA ESCOSURA, R.)*, t. I, Establecimiento Tipográfico de Antonio Marzo, Madrid, 1900.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a los artículos 90 a 101 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dirs. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍEZ*

ALABART, S.), t. II, EDERSA, Madrid, 1982 [consultado el 15 de febrero de 2016]. Disponible en <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/sources/464>

- “Configuración del concepto de vivienda familiar en el derecho español”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.
- “Comentario a los artículos 491 a 512 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil* (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.]), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Conexiones constitucionales entre propiedad, familia y vivienda”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. I, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

GARCÍA GIL, F. J., “La protección de los hijos menores o incapacitados en las situaciones de crisis matrimonial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1989.

GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos* (corregida y aumentada por AGUIRRE, J. y MONTALBÁN, J. M.), t. I, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1852.

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, t. I y II, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid, 1852.

GARCÍA RUBIO, M. P., “La persona en el Derecho civil: cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013.

GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., “Atribución de uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo»”, en *AC*, núm. 5, 1994.

GARCÍA-MONCÓ, A. M., *El impuesto sobre bienes inmuebles y los valores catastrales*, Lex Nova, Valladolid, 1995.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., “Comentario al artículo 40”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F. J., “Uso familiar: ¿un nuevo derecho?”, en *Lunes* 4,30, núm. 191, 1996.

GATTI, E. y HORACIO ALTERINI, J., *El derecho real: elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., “¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?”, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 32, 1999.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Comentario al artículo 7”, en *Comentarios al Código Civil (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M., y Díez ALABART, S.)*, t. I, vol. I, EDERSA, Madrid, 2005 [consultado el 4 de marzo de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229639>

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Reus, Madrid, 2013.

GIL RODRÍGUEZ, J., “Acotaciones para un concepto de Derecho civil”, en *ADC*, núm. 2, 1989.

GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J. L., “La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.)*, EUNSA, Pamplona, 1986.

GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1924.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R., *La interpretación y reforma de la Ley de arrendamientos urbanos operada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Actualidad, Madrid, 1994.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M., *Elementos de Derecho civil y penal de España (12ª ed. corregida y aumentada por MONTALBÁN, J. M.)*, t. I, Librería de Sánchez, Madrid, 1877.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 1992.

GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Comentario al artículo 47”, en *Comentarios a la Constitución Española* (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M), Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

GÓMEZ-MORÁN ETCHART, A., “Para una determinación del concepto de derecho real”, en *Revista Facultad Derecho Oviedo*, núm. 69, 1956.

GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1945.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M., “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, en *RDP*, núm. 2, 2003.

GONZÁLEZ POVEDA, R., *La Ley del divorcio: experiencias de su aplicación*, Colex, Madrid, 1984.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho hipotecario (orígenes, sistemas y fuentes)*, Imprenta de Estanislao Maestre, Madrid, 1924.

— *Estudios de Derecho hipotecario y de Derecho civil*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M. L., “El hecho imponible del impuesto sobre bienes inmuebles”, en *Los Tributos Locales*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, [BIB 2011\5823].

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 710, 2008.

— “La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 737, 2013.

— “La inscripción de las prohibiciones de disponer en el Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, núm. 743, 2014.

— “Determinación del derecho de habitación”, en *RCDI*, núm. 763, 2017.

GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente: una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978.

— “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia”, en *ADC*, núm. 4, 1982.

- “Bases del derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: sistema español, en *ADC*, núm. 2, 1995.
- “El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular”, en *ADC*, núm. 2, 1998.
- “El «acto o contrato de trascendencia real» y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones”, en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. II, La Ley, Madrid, 2006.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 1994, [BIB 1994\72].

- “Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU”, en *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 3, 1998, [BIB 1998\1193].
- “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (dir. CRESPO ALLUÉ, F.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.)*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario a la STS de 15 de marzo de 2013”, en *CCJC*, núm. 93, 2013.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, J., “La naturaleza jurídica y la autonomía del derecho familiar”, en *Derecho de familia y Registro de la Propiedad: Jornadas organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad de España y el Comité Internacional de Congresos de Derecho de familia. Madrid, 1, 2, 3 y 4 de octubre de 2001*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2002.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al artículo 6”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II, Lex Nova, Madrid, 1863 (reimpresión en 1988).

HERNÁNDEZ GIL, A., “Prólogo”, en *En torno al concepto del Derecho civil (PASCUAL QUINTANA, J. M.)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1959.

- voz “Derecho civil”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. I, Francisco Seix, Barcelona, 1968.

- “La posesión como institución jurídica y social”, en *Obras completas*, t. II, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- “La propiedad privada y su función social en la Constitución”, en *Poder Judicial*, núm. 14, 1989.
- “Derechos reales. Derecho de sucesiones”, en *Obras completas*, t. IV, Espasa-Calpe, Madrid, 1989.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Los esperados cambios en el uso de la vivienda familiar”, en *Estudios en Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

- “Crisis matrimonial cambios en la atribución de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 738, 2013.
- “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en Derecho común”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017.

HERRANZ CASTILLO, R., “Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003 [LA LEY 1339/2003].

HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.

- “Comentario al artículo 1320”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- “Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 31, 1993.

HERRERO GONZÁLEZ, R., “El Impuesto de Bienes Inmuebles: su tratamiento jurídico en supuestos de divorcio y atribución del uso de vivienda a uno de los cónyuges”, en *Diario La Ley*, núm. 7374, 2010 [LA LEY 1601/2010].

HERRERO OLIVER, E., “Comentario a los artículos 562-1 a 562-9”, en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña, (dir. GINER GARGALLO, A.; coord. CLAVELL HERNÁNDEZ, V.)*, t. II, Bosch, Barcelona, 2008.

HORNERO MÉNDEZ, C., “Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”, en *RADP*, núm. 5, 2000.

IBARRA SÁNCHEZ, J., “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada, efectuada por resolución judicial conforme al art. 15 LAU-1994 tras la Ley 4/2013, de 4 de junio”, en *AC*, 2014 [LA LEY 7595/2014].

IGLESIAS CUBRIA, M., *Los derechos patrimoniales eventuales (estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Librería Ojanguren, Oviedo, 1961.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 2008.

IOLONDA, P. y LAVIANO SAGGESE, F., *Codice Civile: illustrato con dottrina, giurisprudenza, schemi, mappe e materiali*, Casa Editrice La Tribuna, Plasencia, 2010.

ISAC AGUILAR, A., “Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal”, en *RCDI*, núm. 577, 1986.

JORDANO BAREA, J. B., *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.

— “Concepto y valor del Derecho civil”, en *RDP*, 1962.

— “Matrimonio y unión libre”, en *AC*, núm. 1, 1999.

JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R., “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992 [LA LEY 5273/2001].

JUÁREZ TORREJÓN, A., “La prohibición de disponer en el Registro de la Propiedad: prioridad, cierre registral y fe pública”, en *Estudios jurídicos: Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena (dir. EMBID IRUJO, J. M., MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. y MORALES MORENO, A. M.)*, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2017.

KARRERA EGIALDE, M. M. y ALONSO CAMINA, G., “Sentencia de 3 de abril de 2009: arrendamientos urbanos. Cotitularidad del contrato. Subrogación. Bienes gananciales”, en *CCJC*, núm. 82, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980.



- “Introducción al estudio del hogar y el ajuar familiar”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.
- “Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- *Elementos de Derecho civil III bis: Derecho inmobiliario registral*, Dykinson, Madrid, 2003.
- *Derecho de familia: el matrimonio y su economía*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- *Nociones de Derecho civil patrimonial e introducción al derecho*, Dykinson, Madrid, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2008.

- *Elementos de Derecho civil III: Derechos reales*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2009.
- *Elementos de Derecho civil IV: Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1977.

*Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX (con las variantes de más interés y con la glosa de GREGORIO LÓPEZ)*, t. II, Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, 1844.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Compendio de derechos reales: derechos reales e hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- *Curso de Derecho civil patrimonial: introducción al Derecho*, Tecnos, Madrid, 2015.

LAURENT, F., *Principios de Derecho civil francés*, t. VII, Imprenta de Barroso, Méjico, 1895.

LEGERÉN-MOLINA, A., “Comentario a la STS de 30 de abril de 2012”, en *CCJC*, núm. 90, 2012.

- “Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012”, en *CCJC*, núm. 92, 2013.
- “El uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord.

CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LEITE DE CAMPOS, D. y MARTÍNEZ DE CAMPOS, M., *Lições de Direito da Família*, Almedina, Coímbra, 2016.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LLORENTE PINTOS, R., “Disposición de la vivienda familiar por el cónyuge a quien se le atribuyó su uso y es titular del inmueble: ¿necesidad de autorización judicial o consentimiento del otro cónyuge?”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 34, 2007.

LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de «Naturaleza jurídica»”, en *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 4, 1956.

LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español: nulidad, separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1983.

LÓPEZ AZCONA, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar y el destino del ajuar familiar en las situaciones de crisis de convivencia: la solución del legislador aragonés”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 1, 2014.

— “La atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés”, en *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 21-22, 2015-2016.

— “La solución del Derecho civil aragonés y de los restantes Derechos civiles territoriales”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, M. C., “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial”, en *El Derecho de familia ante la crisis económica: la liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

LÓPEZ FRÍAS, A., “El derecho de uso ex artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar”, en *RCDI*, núm. 729, 2012.

LÓPEZ JARA, M., “La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del artículo 96 del Código Civil por el de otra distinta”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015 [LA LEY 2738/2015].

LÓPEZ LIZ, J., *Bienes inmuebles y sociedad conyugal: adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998.

LÓPEZ LÓPEZ, A. M. e INFANTE RUIZ, F., *Manual de Derecho civil: Derecho civil patrimonial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

— *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LÓPEZ RAMÓN, F., “El derecho subjetivo a la vivienda”, en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 102, 2014.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *La ejecución de sentencias en materia matrimonial*, Colex, Madrid, 2008.

LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos: legislación y comentarios*, Sepín, Madrid, 2016.

LUCINI CASALES, A., “El principio de la relatividad del contrato y sus excepciones; eficacia del aplazamiento de pago del precio no garantizado especialmente y otras cuestiones. (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1975)”, en *ADC*, núm. 1, 1977.

— “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, en *RCDI*, núm. 596, 1990.

LUNA SERRANO, A., *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, Civitas, Madrid, 1982.

LUQUE JIMÉNEZ, M., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2012.

LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002.

MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho romano*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845.

MAGARIÑOS BLANCO, V., “Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad”, *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018.

MAGRO SERVET, V., “Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles”, en *Diario La Ley*, núm. 7389, 2010 [LA LEY 2166/2010].

MALAURIE, P. y FULCHIRON, H., *La famille*, Lextenso, Paris, 2009.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. IV, Reus, Madrid, 1972.

MANZANA LAGUARDA, M., “La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007 [TOL1.055.568].

MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 1999.

— “La atribución del uso de la vivienda familiar: problemas civiles y registrales, en *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso internacional de Derecho de familia*” (coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C., DONADO VARA, A., MORETÓN SANZ, M., y YÁÑEZ VIVERO, F.), IDADFE, Madrid, 2004.

— “Derecho de uso de la vivienda familiar y atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial”, en *LandAS: International Journal of Land Law and Agricultural Science*, núm. 5, 2011.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso”, en *Diario La Ley*, núm. 7105, 2009 [LA LEY 40228/2008].

MARÍN LÓPEZ, M., “El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?”, en *RDP*, núm. 2, 2008.

— “Comentario a la STS de 2 de octubre de 2008”, en *CCJC*, núm. 80, 2009.

MARÍN PÉREZ, P., “Los derechos sobre derechos (notas para su construcción teórica en el Derecho español), en *RGLJ*, núm. 4 (octubre), 1947.

— “Comentario al artículo 1750”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.)*, t. XXII, vol. I, EDERSA, Madrid, 2005 [consultado el 3 de marzo de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/263580>

MARÍN VELARDE, A., “Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010”, en *RADP*, núm. 25, 2010.

— “La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex art.* 96 del CC: comentario a la Sentencia del TS de 8 de octubre de 2010”, en *RADP*, núm. 26, 2011.

— “La atribución del uso de la vivienda familiar y el derecho de propiedad del cónyuge titular: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2012”, en *RADP*, núm. 29, 2012.

MARTÍN AZCANO, E., “La pensión alimenticia a favor de los hijos menores y la atribución del uso de la vivienda en los procesos de divorcio”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 1, 2014 [LA LEY 105/2014].

— “Limitación de las facultades dispositivas sobre la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial”, en *AC*, núm. 9, 2014, [LA LEY 4820/2014].

MARTÍN CONTRERAS, L., *Ley de arrendamientos urbanos*, Bosch, Barcelona, 2004.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., “Fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo no titular y de su privación al titular en los casos de separación, divorcio y nulidad de matrimonio”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García (coord. GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.)*, vol. II, CRPME, [s.l.], 2004.

— “El titular del derecho de uso atribuido en consideración de los hijos conforme el artículo 96 párrafo I del Código Civil, y el artículo 82 del Código de Familia de Cataluña”, en *Estudios de Derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serzano García (coord. TORRES GARCÍA, T.)*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2004.

- “Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición”, en *AC*, núm. 19, 2005 [LA LEY 4975/2005].
- *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art.96, p. 1, 2 Y 3 CC): teoría y práctica jurisprudencial*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- “Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil (dir. YZQUIERDO TOLSADA, M.)*, vol. IV (2010), Dykinson, Madrid, 2011.

MARTÍN MUÑOZ, A., “El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 44, 2009.

MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario al artículo 1097”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DíEZ ALABART, S.)*, t. XV, vol. I, EDERSA, Madrid, 2004 [consultado el 20 de julio de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/228502>

- “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y DíEZ ALABART, S.)*, t. VI, EDERSA, Madrid, 2005 [consultado el 2 de julio de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/253333>

MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal: después de la reforma de 2011*, vLex, Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *El Derecho civil a finales del siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1991.

MARTÍNEZ LOZANO, M., “Un caso complejo de legado sobre uso de vivienda familiar y sintonías con la adjudicación de dicho uso en proceso matrimonial”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 265, 2003.

- MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, J. L., “El *ius ad rem*”, en *RDP*, núm. 1, 1988.
- MATEO SANZ, J. B., “Comentario al artículo 26”, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- MAYNZ C., *Cours de droit romain*, t. I, Librairie de A. Durand et Pedone, París, 1870.
- MAZARON, H. y RUBELLIN, P., *Droit de la famille (dir. RUBELLIN-DEVICHI, J.)*, Dalloz, París, 2001.
- MÉNDEZ TOJO, R., “Los efectos frente a terceros de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en procedimiento de familia. Análisis jurisprudencial”, en *AC*, núm. 1, 2018.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “Limitaciones a la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015, [LA LEY 2736/2015].
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentario al artículo 394”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales (dir. ALBALADEJO GARCÍA, M. y Díez ALABART, S.)*, t. V, vol. II, EDERSA, Madrid, 1985 [consultado el 6 de junio de 2017], disponible en <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/229939>
- “Comentario al artículo 7”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.])*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Atribución y distribución del uso de la vivienda familiar en el libro II del Código Civil de Cataluña”, en *Persona y Familia: estudios de Derecho civil catalán (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A. y MARTINELL GISPert-SAÚCH, J.)*, Difusión Jurídica, Madrid, 2014.
- “Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar en el Código Civil Catalán y reforma del art. 96 CC”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I., “Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 4 diciembre 2000”, en *RADP*, núm. 8, 2002.

MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales: (la aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada, 2008.

— “La especialidad de la vivienda familiar: uso, propiedad e hipoteca en el ámbito de las cargas del matrimonio”, en *Reformando las tenencias de la vivienda* (dir. MUÑIZ ESPADA, E. [et ál.]), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

MORENO NAVARRETE, M. A., “Comentario a la STS de 10 de octubre de 2011”, en *CCJC*, núm. 89, 2012.

MORENO VELASCO, V., “La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito”, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006, [LA LEY 1535/2006].

— “La atribución del uso de la vivienda familiar arrendada en procedimientos de separación, nulidad y divorcio: aplicación práctica del artículo 15 LAU”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2006 [LA LEY 2627/2006].

— “Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho”, en *Diario La Ley*, núm. 7105, 2009 [LA LEY 157/2009].

— “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos en custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.”, en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009 [LA LEY 11689/2009].

MORENO-TORRES HERRERA, M. L., “Pago del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, tras la crisis matrimonial”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Reus, Madrid, 2017.

MORO BONILLO, E., “La convivencia con terceros en la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 63, 2014.

MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil: comentado y concordado extensamente y totalmente revista y puesto al día por APALATEEGUI, P.*, tomo IX, Reus, Madrid, 1948.



MUÑOZ DE DIOS, M., “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXVII, 1987, [consultado el 4 de mayo de 2016], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/247350>

MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del C.c.)*, Civitas, Madrid, 2002.

MURILLAS ESCUDERO, J. M., “Crisis conyugales: vivienda familiar cuya propiedad corresponde a terceros y el uso se atribuye a uno de los cónyuges: ¿precario o comodato?”, en *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, núm. 5, 2007.

NASARRE AZNAR, S., “Comentario a la STS de 8 de octubre de 2010”, en *CCJC*, núm. 87, 2011.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A., “Comentario al artículo 445”, en *Comentarios al Código Civil III (coord. RAMS ALBESA, J., y MORENO FLÓREZ, R. M.)*, Bosch, Barcelona, 2001.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.)*, EUNSA, Pamplona, 1986.

— “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, en *AC*, núm. 19, 1986.

— *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2016.

OCAÑA GÁMIZ, J., *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, Comares, Granada, 2016.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017.

ORDÁS ALONSO, M., *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

ORÓN MORATAL, G., “Comentario al artículo 504”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]*), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ORTEGA LLORCA, V., “La protección de los hijos menores en el proceso matrimonial”, en *Revista general de Derecho*, núm.620, 1996.

ORTEGA MELIÁN, C., “Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio”, en *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ORTEGA PARDO, G., “Derechos reales limitados”, en *ADC*, núm. 2, 1952.

ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A., “Constitución y Derecho constitucional”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.)*, EUNSA, Pamplona, 1986.

ORTOLAN, M., *La clave del Derecho, o síntesis del Derecho romano, conforme a los antiguos textos (sic) conocidos y a los recientemente descubiertos (traducida al castellano por DE LA PUENTE Y APEZECHEA, F.)*, Establecimiento Tipográfico de Gutiérrez, Sevilla, 1845.

— *Explicación histórica de las Instituciones del emperador Justiniano (trad. PÉREZ DE ANAYA, F. y PÉREZ RIVAS, M.)*, t. I, Librería de D. Leocadio López, Madrid, 1884.

OSSORIO SERRANO, J., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (coord. LASARTE ÁLVAREZ, C.)*, Tecnos, Madrid, 1996.

OTERO Y VALENTÍN, J., “Derechos posibles con relación a las cosas”, en *RDP*, 1921.

— “Límites generales en la determinación de los derechos reales”, en *RDP*, 1922.

— “Determinación específica de los derechos reales”, en *RDP*, núm. 185, 1929.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N., y SALES PALLARÉS, L., “El derecho a la vivienda del reconocimiento constitucional a la realización efectiva. Los cambios del siglo XXI”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, 2011.

PACIFICI-MAZZONI, E., *Istituzioni di Diritto Civile Italiano III*, Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1873.

— *Il Codice Civile italiano commentato*, vol. I, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1927.

PALACIOS GONZÁLEZ, M. D., “Servidumbres prediales y personales: en especial, las servidumbres personales (típicas y atípicas)”, en *Tratado de servidumbres* (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), La Ley, Madrid, 2015.

PALAZZO, M., “Casa familiare, divorzio e convenzioni stipulate tra coniugi separandi”, en *Quadrimestre: rivista di diritto privato*, núm. 3, 1993.

PANIZA FULLANA, A., “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2015, núm. 10, [BIB 2015\107].

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., “Vivienda familiar: atribución de uso al progenitor custodio y a los hijos y las consecuencias de la ejecución hipotecaria”, en *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 172, 2015.

PARRA LUCÁN, M. A., “Comentario al artículo 1750”, en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PASQUAU LIAÑO, M., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos* (dir. DÍEZ NÚÑEZ, J. J.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

PASSINHAS, S., “L’attribuzione dell’uso della casa familiare in caso di divorzio”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Constitución Española de 1978: un estudio de derecho y política*, F. Torres, Valencia, 1981.

— *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, coedición Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1995.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, Madrid, 1989.

— *Derechos reales: Derecho hipotecario*, t. I, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PEREIRA COELHO, F. y DE OLIVEIRA, G., *Curso de Direito da Família*, vol. I, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coímbra, 2016.

PEREÑA PINEDO, I., “La función social del derecho de propiedad”, en *Propiedad y Derecho Constitucional* (coord. BASTIDA FREIJEDO, F. J.), CRPME – Centro de Estudios registrales, Madrid, 2005.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., “La función social de la propiedad privada: su protección jurídica”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, 2014.

PÉREZ CONESA, C., “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. STS de 27 de febrero de 2012”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2012 [BIB 2012\917].

— *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

— “Concesión de la custodia de los menores a ambos progenitores conjuntamente y atribución de la vivienda familiar (STS de 6 de abril de 2016)”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 6, 2016.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *El contrato de comodato*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

PÉREZ UREÑA, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las uniones de hecho desde la praxis judicial. El art. 96 CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC”, en *Revista de Derecho de familia*, núm. 18, 2003.

— “La atribución de la vivienda familiar arrendada en la crisis matrimonial. El interés casacional civil”, en *Diez años de abogados de familia* (coord. DE ANDRÉS IRAZÁBAL, C. y HERNÁNDEZ CATALÁN, G.), La Ley, Madrid, 2003.

PÉREZ VEGA, A., “Atribución del derecho de uso del domicilio conyugal al cónyuge no titular: comentario STS 4 de abril de 1997”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 2, 1998.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., *Comentarios a la Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), t. III, EDERSA, Madrid, 2006.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar (Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre)”, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 18, 2004.

PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar: aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Bosch, Barcelona, 2011.

— “La atribución judicial de la vivienda familiar y su temporalización existiendo hijos menores de edad: actuales líneas jurisprudenciales y doctrinales”, en *AC*, núm. 21, 2012 [LA LEY 18018/2012].

PIÑAR, B., “Usufructo en cosa propia”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988.

PIZARRO MORENO, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Código Civil comentado (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.])*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016.

POMODORO, L., GIANNINO, P. y AVALLONE, P., *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, UTET, Turín, 2009.

POVEDA DÍAZ, J., “Derecho al uso de la vivienda familiar”, en *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.)*, Grupo Difusión, Barcelona, 2005.

PRATS ALBENTOSA, L., “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (coord. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PRETEL SERRANO, J. J., “Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros”, en *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar (coord. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2017.

PUENTE ALFARO, F., “La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución”, en *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.)*, Grupo Difusión, Barcelona, 2005.

PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso – abitazione*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1954.

PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 231-1 a 231-31”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña (coord. PUIG BLANES, F. y SOSPEDRA NAVAS, F.)*, t. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PUIG BLANES, F., “Comentario a los artículos 233-1 a 233-25”, en *Comentarios al Código Civil de Cataluña (coord. PUIG BLANES, F. y SOSPEDRA NAVAS, F.)*, t. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PUIG BRUTAU, J., voz “*Ius ad rem*”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIII, Francisco Seix, Barcelona, 1968.

— *Fundamentos de Derecho civil*. t. III, vol. I, Bosch, Barcelona, 1989.

PUIG BRUTAU, J. y PUIG FERRIOL, L., *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. I, 1ª parte, Bosch, Barcelona, 1979.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La vivienda familiar arrendada*, Cedecs, Barcelona, 1998.

RAMS ALBESA, J. J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

— “Comentario a los artículos 523 a 529 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil (dir. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. [et ál.]*), t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

— “Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992”, en *CCJC*, núm. 30, 1992.

REBOLLEDO VARELA, A. L., “Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011.

REYES GALLUR, J., “La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 59, 2013.

RICCIO, A., “Convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76. Art. 1, c. 42-45”, en *Codice dell'unione civile e delle convivenze (dir. SESTA, M.)*, Giuffrè, 2017.

RIGAUD, L., *El derecho real: historia y teorías*, Reus, Madrid, 2004.

RIPOLL JAÉN, A., “Tres sujetos de derecho en busca de su identidad: donación *versus* convenio regulador”, en *La Notaría*, núms. 51-52, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 6”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M.), t. I, Bosch, Barcelona, 2000.

— *Usufructo, uso y habitación*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2016 [consultado el 6 de junio de 2017], disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/172396737/v2/document/172397021/anchor/a-172397021>

ROBLEDO VILLAR, A., “La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 14 de julio de 1994”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1995 [LA LEY 12256/2001].

ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. Y BERNÀ I XIRGO, J., “La concepción del usufructo como «pars dominii», en *RGLJ*, núm. 172, 1942.

— *Derecho hipotecario*, t. I, V y VI, Bosch, Barcelona, 2008-2009.

ROCA TRÍAS, E., “Comentario al artículo 96”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

— “El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad”, en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1989.

— voz “Vivienda familiar”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.

— *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

— “Comentario al artículo 96”, en *Código Civil comentado* (dir. CAÑIZARES LASO, A., [et ál.]), vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, L., “Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales”, en *RDP*, núm. 391, 1949.

RODRÍGUEZ CEPEDA, E., “Comentario al artículo 15”, en *El nuevo arrendamiento urbano: régimen civil y registral*, CRPME — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ CHACÓN, R., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 2, 1999.

— “La vivienda familiar y la liquidación de gananciales”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 22, 2004.

— “El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad: causas y remedios”, en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Dykinson, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Comentario al artículo 33”, en *Comentarios a la Constitución Española (dir. CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.)*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J., *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Colex, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Las prohibiciones de disponer voluntarias: Estudio de sus efectos”, en *RCDI*, núm. 554, 1983.

RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ, J. A., *Código Civil anotado*, vol. V (Direito da família), Quid Juris, Lisboa, 2014.

RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario al artículo 6”, *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 1, 1978.

ROGEL VIDE, C., *Derecho civil: método y concepto*, Reus, Madrid, 2010.

— *Derecho de la familia*, Reus, Madrid, 2018.

ROJO ALONSO DE CASO, J. C., “La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: Procedimiento de liquidación y criterios de división”, en *AC*, núm. 3, 1996.



ROVIRA SUEIRO, M., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

RUBIO TORRANO, E., “El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 8, 2011 [BIB 2011\1738].

RUIZ RICO, J. A., “Uso de la vivienda familiar (en nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad”, en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 174, 1995.

RUIZ-RICO RUIZ, G., “Una aproximación básica al derecho constitucional a la vivienda”, en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

SABATER I SABATÉ, “Los efectos de la prohibición de disponer como carga en la ejecución forzosa, el concurso de acreedores y el decomiso”, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 2, 2016.

SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, Imprenta de D. Ramón Verges, Madrid, 1839.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: amplio estudio jurisprudencial*, Aranzadi, El Cano (Navarra), 2001.

SALTER CID, N., *A proteção da casa de morada de família no direito português*, Almedina, Coímbra, 1996.

— “A atribuição da casa de morada da família”, en *E foram felizes para sempre...? Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio* (coord. CLARA SOTTOMAYOR, M. y FÉRIA DE ALMEIDA, M. T.), Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

SÁNCHEZ AGUIRRE, C., “El uso de la vivienda familiar en España en el régimen de custodia compartida” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 3, 2015.

SÁNCHEZ ALONSO, M., “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Tratado de Derecho de familia: aspectos sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Cursos de Derecho civil I: parte general y Derecho de la persona* (coord. SÁNCHEZ CALERO, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de diferentes relaciones”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 8, 2, 2018.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, R., “El concepto de derecho real y el usufructo”, en *RCDI*, núm. 65, 1930.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. III, Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “Atribución del uso de la vivienda familiar”, en *AC*, núm. 3, 2006, [LA LEY 18/2006].

— “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia”, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja* (coord. CERVILLA GARZÓN, M. D. y LASARTE ÁLVAREZ, C.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SANCHO REBULLIDA, F. A. y RUBIO TORRANO, E., “El concepto y el régimen de la «vivienda familiar» del código civil en los derechos forales y en el derecho agrario”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.

SANTOS BRIZ, J., “Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares: Su aplicación en los distintos supuestos procesales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.

SANTOS MARTÍNEZ, A. M., “Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales”, en *AC*, núm. 15, 2012 [LA LEY 7820/2012].

SANZ ACOSTA, L., “División material y adjudicación de la vivienda familiar en proceso matrimonial, al amparo del art. 96 del Código Civil: análisis de la STS de 30 de abril de 2012”, en *AC*, núm. 15, 2012.

SERRANO ALONSO, E., “La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales* (coord. VILADRICH BATALLER, P. J.), EUNSA, Pamplona, 1986.

— “Comentario al artículo 15 LAU”, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre* (dir. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.), EDERSA, Madrid, 1995.

SERRANO CASTRO, F. A., *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, El Derecho, Madrid, 2010.

SERRANO FERNÁNDEZ, M., “La discutida naturaleza del derecho de arrendamiento de la vivienda familiar”, en *RGLJ*, núm. 3, 2013.

SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.

SERVAT ADUA, J. L., “Derechos reales y pactos de trascendencia real”, en *RCDI*, núm. 247, 1948.

SESTA, M., *Manuale di Diritto di famiglia*, CEDAM, Padua, 2009.

SILLERO CROVETTO, B., voz “Domicilio”, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.

SIRENA, P., “L’opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull’affidamento condiviso”, en *Riv. dir. civ.*, núm. 5, 2011.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., “Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos: desistimiento. Arrendamiento de la vivienda familiar. Novación en la posición jurídica del arrendador. Novación en la posición jurídica del arrendatario”, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 1, 1996.

TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzandi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

— “¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar”, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011 [consultado el 5 de mayo de 2017], disponible en: <http://www.derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/93-patrimonializacion-del-derecho-de-uso-de-la-vivienda-familiar>.

TENA PIAZUELO, I., “Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia, que no tiene actualmente la condición de vivienda familiar. Comentario a la Sentencia de 16 de enero 2015”, en *CCJC*, núm. 101, 2016.

TERRÉ F. y FENOUILLET, D., *Droit civil: la famille*, Dalloz, París, 2011.

TORRELLES TORREA, E., “Comentario a los artículos 523 a 529”, en *Comentarios al Código Civil (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO)*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

— “Atribución del uso de la vivienda familiar y titularidad de la misma en los supuestos de custodia compartida: límites temporales y/o derecho a compensación”, en *RDP*, núm. 101, 2017.

— “Limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no titular durante dos años desde la Sentencia de casación. Comentario a la STS de 21 julio de 2016”, en *CCJC*, núm. 103, 2017.

TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Comentario al artículo 1750” (actualizado por LÓPEZ MAZA, S.), en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

TULLIO, L., “Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.

UREÑA CARAZO, B., “Ruptura de la pareja de hecho y uso de la vivienda familiar: análisis de la jurisprudencia más reciente”, en *Diario La Ley*, núm. 8614, 2015, [LA LEY 5532/2015].

— “Vivienda familiar y custodia compartida (a propósito de la STS núm. 594/2014, de 24 de octubre)”, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 6, 2015 [LA LEY 2726/2015].

UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario a la STS de 14 de abril de 2011”, en *CCJC*, núm. 87, 2011.

— “Comentario a los artículos 438 a 445”, en *Comentarios al Código Civil (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios sobre garantías reales*, Montecorvo, Madrid, 1984.

— *Estudios sobre derecho de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1985.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La protección de la familia en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1996.

VALVERDE y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936.

VÁZQUEZ BARROS, S., “Comentario al artículo 15”, *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, vLex, 2009 [consultado el 18 de agosto de 2017], disponible en: <http://app.vlex.com.us.debiblio.com/#WW/vid/60081811>

VELA FERNÁNDEZ, M. C., y BUSTILLO TEJEDOR, L. L., “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio”, en *Separaciones y divorcios ante notario (dir. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.)*, Reus, Madrid, 2016.

VELÁZQUEZ MARTÍN, M. A., “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación el cónyuge desposeído”, en *AC*, núm. 10, 2002, [LA LEY 1321/2002].

VENDRELL FERRER, E., “La vivienda familiar y su protección: comentario a la STC de 31 de octubre de 1986”, en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1987.

VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación* (anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por CASTÁN TOBEÑAS, J.), t. II, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la reciente jurisprudencia”, en *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 99, 2012.

— “Los efectos derivados de las crisis conyugales: un estudio de la jurisprudencia española sobre la materia”, en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014.

VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CARAPEZZA FIGLIA, G., “El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana”, en *RCDI*, núm. 752, 2015.

VERDERA IZQUIERDO, B., “Hacia una mayor patrimonialización de las instituciones familiares: especial atención a la regulación proyectada en materia de vivienda familiar y pensión compensatoria en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental”, en *Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado: Carmona III (dir. TORRES GARCÍA, T. F.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

— “La atribución del uso de otras viviendas distintas a la familiar. Las segundas residencias”, en *Revista de Derecho de familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, núm. 74, 2017.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. A., *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Comares, Granada, 1995.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., “Los arrendamientos urbanos y las situaciones de convivencia en pareja. Matrimonios y parejas de hecho”, en *Boletín de Derecho de familia*, núm. 19, 2002, [EDB 2002/113816].

— La atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Anales VII (2004-2005): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil (dir. HERNÁNDEZ-MORENO, A.)*, Grupo Difusión, Barcelona, 2005.

— “Las parejas estables”, en *El proceso de familia en el Código Civil de Cataluña: análisis de las principales novedades civiles y los aspectos fiscales (coord. PÉREZ DAUDÍ, V.)*, Atelier, Barcelona, 2011.

VIÑAS MAESTRE, D., “Uniones estables de pareja: regulación procesal y uso del domicilio”, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2017 [consultado el 4 de mayo de 2018], disponible en: [http://www.indret.com/pdf/409\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/409_es_1.pdf)

VIOLA DEMESTRE, I., “Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2013”, en *CCJC*, núm. 95, 2014.

VIRGADAMO, P., “Il comodato di casa familiare: un rapporto precario”, en *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2016.

VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol. I y II (Derecho de Cosas), Bosch, Barcelona, 1971.

YÚFERA SALES, P. L., *Arrendamientos Urbanos: análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, Bosch, Barcelona, 2006.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley, Madrid, 1998.

— *Derecho de familia y de la persona*, Bosch, Barcelona, 2007.

ZUMAQUERO GIL, L., “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012”, en *RADP*, núm. 32, 2013 [BIB\2013\2439].

— “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial: régimen jurídico actual y propuesta de reforma”, en *RADP*, núm. 41, 2016 [BIB 2016\85411].





# ÍNDICE CRONOLÓGICO

## DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

### Tribunal Constitucional

STC 19/1982, de 5 de mayo	STC 69/1995, de 9 de mayo
STC 135/1986, de 31 de octubre	STC 156/1995, de 26 de octubre
STC 37/1987, de 26 de marzo	STC 74/1997, de 21 de abril
STC 126/1989, de 12 de julio	STC 116/1999, de 17 de junio
STC 159/1989, de 6 de octubre	STC 47/2001, de 15 de febrero
STC 184/1990, de 15 de noviembre	STC 106/2002, de 6 de mayo
STC 29/1991, de 14 de febrero	STC 204/2004, de 18 de noviembre
STC 30/1991, de 14 de febrero	STC 57/2005, de 14 de marzo
STC 31/1991, de 14 de febrero	STC 166/2003, de 29 de septiembre
STC 35/1991, de 14 de febrero	STC 19/2012, de 15 de febrero
STC 38/1991, de 14 de febrero	STC 198/2012, de 6 de noviembre
STC 222/1992, de 11 de diciembre	STC 81/2013, de 11 de abril
STC 6/1993, de 18 de enero	STC 93/2013, de 23 de abril
STC 47/1993, de 8 de febrero	STC 92/2014, de 10 de junio
STC 66/1994, de 28 de febrero	STC 93/2014, de 12 de junio
STC 89/1994, de 17 de marzo	STC 192/2016, de 16 de noviembre
STC 289/1993, de 4 de octubre	
STC 66/1995, de 8 de mayo	

### Tribunal Supremo

STS de 30 de noviembre de 1964	STS de 3 de enero de 1990
STS de 30 de octubre de 1986	STS de 3 de marzo de 1990
STS de 20 de abril de 1988	STS de 21 de mayo de 1990
STS de 22 de septiembre de 1988	STS de 23 de noviembre de 1990
STS de 23 de mayo de 1989	STS de 28 de febrero de 1991
STS de 5 de junio de 1989	STS de 1 de julio de 1991

STS 1118/1992, de 2 de diciembre  
STS 1149/1992, de 11 de diciembre  
STS 1194/1992, de 22 de diciembre

STS de 20 de mayo de 1993  
STS 635/1993, de 14 de junio  
STS 764/1993, de 22 de julio  
STS 1258/1993, de 23 de diciembre

STS 366/1994, de 29 de abril  
STS 715/1994, de 14 de julio  
STS 894/1994, de 11 de octubre  
STS 905/1994 de 18 de octubre  
STS 948/1994, de 20 de octubre  
STS 1181/1994, de 30 de diciembre  
STS 1199/1994, de 31 de diciembre

STS 101/1995, de 18 de febrero  
STS 1073/1995, de 16 de diciembre

STS 1085/1996, de 16 de diciembre

STS 40/1996, de 20 de enero  
STS 211/1997, de 14 de marzo  
STS 272/1997, de 4 de abril  
STS 278/1997, de 4 de abril  
STS 407/1997, de 12 de mayo  
STS 531/1997, de 6 de junio  
STS 979/1997, de 10 de noviembre

STS 41/1998, de 23 de enero  
STS 104/1998, de 16 de febrero  
STS 212/1998, de 10 de marzo  
STS 1067/1998, de 23 de noviembre

STS 34/1999, de 21 de enero  
STS 175/1999, de 8 de marzo  
STS 360/1999, de 3 de mayo  
STS 1131/1999, de 27 de diciembre

STS 392/2000, de 12 de abril  
STS 1103/2000, de 4 de diciembre

STS 327/2001, de 27 de marzo  
STS 700/2001, de 5 de julio  
STS 1199/2001, de 11 de diciembre

STS 368/2002, de 26 de abril  
STS 728/2002, de 11 de julio

STS 5/2003, de 17 de enero  
STS 314/2003 de 28 de marzo  
STS 1187/2003, de 10 de diciembre

STS 39/2004, de 5 de febrero  
STS 310/2004, de 22 de abril  
STS 701/2004, de 7 de julio  
STS 1144/2004, de 25 de noviembre  
STS 1234/2004, de 14 de diciembre

STS 611/2005, de 12 de septiembre  
STS 1022/2005, de 26 de diciembre

STS 100/2006, de 10 de febrero  
STS 160/2006, de 22 de febrero  
STS 455/2006, de 8 de mayo  
STS 526/2006, de 25 de mayo  
STS 564/2006, de 31 de mayo  
STS 563/2006, de 1 de junio  
STS 646/2006, de 20 de junio  
STS 1048/2006, de 19 de octubre

STS 483/2007, de 9 de mayo  
STS 715/2007, de 26 de junio  
STS 723/2007, de 27 de junio  
STS de 27 de noviembre de 2007

STS 8/2008, de 24 de enero  
STS 15/2008, de 25 de enero  
STS 232/2008, de 18 de marzo  
STS 240/2008, de 27 de marzo  
STS 335/2008, de 30 de abril  
STS 316/2008, de 2 de mayo  
STS 387/2008, de 8 de mayo  
STS 910/2008, de 2 de octubre  
STS 1007/2008, de 24 de octubre  
STS 1025/2008, de 29 de octubre  
STS 1034/2008, de 30 de octubre  
STS 1036/2008, de 30 de octubre  
STS 1037/2008, de 30 de octubre  
STS 1040/2008, de 30 de octubre  
STS 991/2008, de 5 de noviembre  
STS 1064/2008, de 6 de noviembre  
STS 1077/2008, de 13 de noviembre  
STS 1078/2008, de 14 de noviembre  
STS 1123/2008, de 3 de diciembre

STS 220/2009, de 3 de abril  
STS 253/2009, de 13 de abril

STS 474/2009, de 30 de junio  
STS 653/2009, de 22 de octubre

STS 859/2009, de 14 de enero  
STS 861/2009, de 18 de enero  
STS 78/2010, de 10 de marzo  
STS 333/2010, de 10 de junio  
STS 498/2010, de 9 de julio  
STS 443/2010, de 14 de julio  
STS 584/2010, de 8 de octubre  
STS 727/2010, de 11 de noviembre  
STS 753/2010, de 22 de noviembre  
STS 772/2010, de 22 de noviembre

STS 178/2011, de 18 de marzo  
STS 206/2011, de 24 de marzo  
STS 188/2011, de 28 de marzo  
STS 191/2011, de 29 de marzo  
STS 221/2011, de 1 de abril  
STS 236/2011, de 14 de abril  
STS 299/2011, de 30 de abril  
STS 451/2011, de 21 de junio  
STS 624/2011, de 5 de septiembre  
STS 642/2011, de 30 de septiembre  
STS 690/2011, de 6 de octubre  
STS 695/2011, de 10 de octubre  
STS 850/2011, de 17 de noviembre

STS 78/2012, de 27 de febrero  
STS 183/2012, de 30 de marzo  
STS 257/2012, de 26 de abril  
STS 262/2012, de 30 de abril  
STS 284/2012, de 9 de mayo  
STS 304/2012, de 21 de mayo  
STS 325/2012, de 30 de mayo  
STS 343/2012, de 30 de mayo  
STS 340/2012, de 31 de mayo  
STS 386/2012, de 11 de junio  
STS 499/2012, de 13 de julio  
STS 671/2012, de 5 de noviembre  
STS 700/2012, de 14 de noviembre  
STS 713/2012, de 26 de noviembre  
STS 726/2012, de 26 de noviembre

STS 1/2013, de 22 de enero  
STS 5/2013, de 5 de febrero  
STS 160/2013, de 14 de marzo  
STS 193/2013, de 15 de marzo  
STS 206/2013, de 20 de marzo  
STS 247/2013, de 22 de abril

STS 250/2013, de 30 de abril  
STS 426/2013, de 17 de junio  
STS 622/2013, de 17 de octubre  
STS 614/2013, de 22 de octubre  
STS 707/2013, de 11 de noviembre  
STS 726/2013, de 19 de noviembre  
STS 777/2013, de 3 de diciembre

STS 73/2014, de 12 de febrero  
STS 69/2014, de 13 de febrero  
STS 72/2014, de 17 de febrero  
STS 130/2014, de 6 de marzo  
STS 181/2014, de 3 de abril  
STS 301/2014, de 29 de mayo  
STS 297/2014, de 2 de junio  
STS 21/2014, de 6 de junio  
STS 320/2014, de 16 de junio  
STS 438/2014, de 18 de julio  
STS 508/2014, de 25 de septiembre  
STS 548/2014, de 14 de octubre  
STS 577/2014, de 21 de octubre  
STS 576/2014, de 22 de octubre  
STS 593/2014, de 24 de octubre  
STS 660/2014, de 28 de noviembre

STS 5/2015, de 16 de enero  
STS 118/2015, de 6 de marzo  
STS 174/2015, de 25 de marzo  
STS 282/2015, de 18 de mayo  
STS 315/2015, de 29 de mayo  
STS 372/2015, de 17 de junio  
STS 385/2015, de 23 de junio  
STS 448/2015, de 15 de julio  
STS 461/2015, de 22 de julio  
STS 465/2015, de 9 de septiembre  
STS 587/2015, de 26 de octubre  
STS 582/2015, de 27 de octubre  
STS 603/2015, de 28 de octubre  
STS 596/2015, de 30 de octubre  
STS 616/2015, de 3 de noviembre  
STS 658/2015, de 17 de noviembre

STS 51/2016, de 11 de febrero  
STS 129/2016, de 3 de marzo  
STS 176/2016, de 17 de marzo  
STS 215/2016, de 6 de abril  
STS 251/2016, de 13 de abril  
STS 277/2016, de 25 de abril  
STS 278/2016, de 25 de abril  
STS 279/2016, de 28 de abril

STS 284/2016, de 3 de mayo  
STS 434/2016, de 27 de junio  
STS 516/2016, de 21 de julio  
STS 522/2016, de 21 de julio  
STS 545/2016, de 16 de septiembre  
STS 599/2016, de 21 de septiembre  
STS 604/2016, de 6 de octubre  
STS 635/2016, de 25 de octubre  
STS 636/2016, de 25 de octubre  
STS 638/2016, de 26 de octubre  
STS 724/2016, de 5 de diciembre  
STS 741/2016, de 21 de diciembre

STS 31/2017, de 19 de enero  
STS 33/2017, de 19 de enero  
STS 34/2017, de 19 de enero  
STS 42/2017, de 23 de enero  
STS 43/2017, de 23 de enero  
STS 110/2017, de 17 de febrero  
STS 117/2017, de 22 de febrero  
STS 142/2017, de 1 de marzo  
STS 167/2017, de 8 de marzo

STS 168/2017, de 8 de marzo  
STS 183/2017, de 14 de marzo  
STS 294/2017, de 12 de mayo  
STS 390/2017, de 20 de junio  
STS 513/2017, de 22 de septiembre  
STS 517/2017, de 22 de septiembre  
STS 524/2017, de 27 de septiembre  
STS 527/2017, de 27 de septiembre  
STS 528/2017, de 27 de septiembre  
STS 563/2017, de 17 de octubre  
STS 646/2017, de 27 de noviembre

STS 7/2018, de 10 de enero  
STS 65/2018, de 6 de febrero  
STS 79/2018, de 14 de febrero  
STS 95/2018, de 20 de febrero  
STS 181/2018, de 4 de abril  
STS 246/2018, de 24 de abril  
STS 268/2018, de 9 de mayo  
STS 343/2018, de 7 de junio  
STS 399/2018, de 27 de junio

### **Dirección General de los Registros y del Notariado**

RDGRN de 12 de marzo de 1902

RDGRN de 24 de marzo de 1919

RDGRN de 30 de mayo de 1934

RDGRN de 25 de febrero de 1943  
RDGRN de 9 de agosto de 1943

RDGRN de 30 de diciembre de 1946

RDGRN de 7 de julio de 1949

RDGRN de 29 de marzo de 1955

RDGRN de 1 de agosto de 1959

RDGRN de 19 de enero de 1963

RDGRN de 20 de septiembre de 1966

RDGRN de 19 de septiembre de 1974

RDGRN de 29 de mayo de 1980

RDGRN de 1 de abril de 1981

RDGRN de 7 de septiembre de 1982

RDGRN de 14 de mayo de 1984

RDGRN de 10 de abril de 1987

RDGRN de 25 de febrero de 1988

RDGRN de 9 de marzo de 1988

RDGRN de 10 de marzo de 1988

RDGRN de 31 de marzo de 1988

RDGRN de 19 de enero de 1993

RDGRN de 17 de febrero de 1993

RDGRN de 4 de marzo de 1993

RDGRN de 7 de enero de 1994

RDGRN de 31 de marzo de 1995

RDGRN de 12 de febrero de 1998

RDGRN de 26 de marzo de 1998  
RDGRN de 25 de junio de 1998  
RDGRN de 1 de septiembre de 1998

RDGRN de 29 de julio de 1999  
RDGRN de 25 de octubre de 1999

RDGRN de 31 de marzo de 2000

RDGRN de 18 de noviembre de 2002  
RDGRN de 28 de noviembre de 2002  
RDGRN de 5 de diciembre de 2002  
RDGRN de 17 de diciembre de 2002

RDGRN de 11 de septiembre de 2003  
RDGRN de 18 de octubre de 2003

RDGRN de 20 de febrero de 2004  
RDGRN de 21 de junio de 2004  
RDGRN de 4 de diciembre de 2004

RDGRN de 25 de abril de 2005  
RDGRN de 28 de mayo de 2005

RDGRN de 6 de julio de 2007  
RDGRN de 19 de septiembre de 2007  
RDGRN de 7 de diciembre de 2007

RDGRN de 21 de enero de 2008  
RDGRN de 12 de febrero de 2008  
RDGRN de 5 de junio de 2008  
RDGRN de 27 de agosto de 2008  
RDGRN de 10 de octubre de 2008

RDGRN de 14 de mayo de 2009

RDGRN de 18 de noviembre de 2009

RDGRN de 8 de julio de 2010  
RDGRN de 27 de septiembre de 2010

RDGRN de 19 de julio de 2011

RDGRN de 8 de mayo de 2012  
RDGRN de 19 de mayo de 2012  
RDGRN de 23 de noviembre de 2012

RDGRN de 11 de mayo de 2013  
RDGRN de 30 de mayo de 2013  
RDGRN de 5 de julio de 2013  
RDGRN de 9 de julio de 2013

RDGRN de 2 de junio de 2014  
RDGRN de 24 de octubre de 2014

RDGRN de 20 de febrero de 2015  
RDGRN de 8 de abril de 2015  
RDGRN de 5 de octubre de 2015  
RDGRN de 10 de diciembre de 2015

RDGRN de 19 de enero de 2016  
RDGRN de 5 de septiembre de 2016  
RDGRN de 20 de octubre de 2016

RDGRN de 4 de septiembre de 2017  
RDGRN de 27 de diciembre de 2017

RDGRN de 11 de enero de 2018  
RDGRN de 8 de marzo de 2018  
RDGRN de 30 de mayo de 2018  
RDGRN de 13 de junio de 2018