

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NATURALEZA JURÍDICA¹

María del Carmen Luque Jiménez

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DEL DERECHO DE USO. II. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE USO. III. SUPUESTOS POSESORIOS DISTINTOS AL DOMINIO. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. CONCEPTO DEL DERECHO DE USO

En situaciones de crisis matrimonial, una de las medidas que deberá adoptar el juez durante el procedimiento correspondiente es la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges (art. 103.2 CC). Terminado dicho procedimiento, esta atribución deberá ser acordada por los cónyuges en el convenio (art. 90.C. CC) o decidida por el juez (arts. 91 y 96 CC).

El artículo 96 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial. Dispone el precepto que «1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores 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, en función de las circunstancias concurrentes.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de dis-

1. La publicación es parte del proyecto PID2021-124444NB-100, financiado por MCIN.

capacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, 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.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

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

3. 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 o, en su defecto, 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».

La atribución del derecho de uso en estas situaciones se reguló inicialmente en 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 las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981) y posteriormente se modificó en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021). Con esta reforma se precisan más las normas de la anterior versión del artículo. Se ha añadido la referencia a que los hijos han de ser comunes y menores de edad. Existiendo esta clase de hijos, ante la falta de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial el derecho de uso de la vivienda familiar se les atribuirá a ellos «y al cónyuge en cuya compañía queden», precisándose ahora que dicha atribución se realizará «hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad». De modo que ahora se establece una limitación temporal respecto de derecho de uso de los hijos, la mayoría de edad, que no existía en la antigua versión del artículo. Cuando hay varios hijos, la atribución del uso de la vivienda es hasta que el menor de ellos alcanza la mayoría de edad.

El motivo principal de la reforma de 2021, como se deduce del título de la Ley, es la atención a las situaciones de discapacidad. Así, se contempla la circunstancia de que concurra una situación de este tipo en alguno de los hijos. Es novedosa la previsión de la continuación del derecho de uso después de la mayoría de edad cuando se trata de un discapacitado, para lo cual es preciso que el juez lo estime conveniente. En este caso, se equiparan los menores a los mayores de edad discapacitados. Se les podrá atribuir el derecho de uso, en atención a esas especiales circunstancias, pero, siempre, por plazo determinado.

Si bien la sola cuestión de la atribución de la vivienda reviste una importancia considerable, el propósito central de este capítulo es analizar la naturaleza jurídica del derecho conferido al cónyuge a quien se le asigna el uso del inmueble

en una sentencia matrimonial. En particular, se examina si dicho derecho puede exceder al ámbito del proceso de familia que lo establece y generar efectos *erga omnes* más allá de este marco. La cuestión cobra interés ante la ausencia de consenso acerca de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y la falta de seguridad debido a la parquedad de las disposiciones contenidas en el Código Civil².

En general, puede definirse el uso como una facultad propia del dominio o de los derechos reales, incluyendo la facultad que nace del específico derecho real de uso tipificado por el Código Civil³.

En el Código Civil encontramos las normas generales relativas al derecho de uso junto con la habitación en el capítulo segundo del Título IV, que se ocupa de los derechos de usufructo, uso y habitación. Esta regulación se caracteriza por ser muy escueta, remitiéndose a las normas del usufructo y configurando tanto uso como habitación como derechos personalísimos e intransmisibles (art. 525). El uso se define como «*el 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*» y la habitación como el derecho que atribuye «*la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*» (artículo 524).

A la vista de este precepto, cabe contraponer estos derechos al usufructo, que es el derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia (artículo 467 CC): el usufructo conlleva tanto la facultad de uso (o goce) como la de disfrute (o percepción de frutos). Poniendo en contraste estos derechos, el derecho de uso otorga una facultad disfrute, que incluye tanto el uso como la percepción limitada de frutos, mientras que el derecho de habitación se restringe a una utilización específica sin implicar aprovechamiento económico.

El derecho real de habitación, se caracteriza por ser un derecho real (inscribible en el Registro de la Propiedad, art. 2 Ley Hipotecaria); de contenido variable, según título de constitución (artículo 523 CC); personalísimo (artículo 525 CC) y compatible con otros derechos sobre la finca, puesto que no necesariamente agota el total goce sobre la cosa⁴.

Por ello, la atribución del uso de la vivienda en situación de crisis matrimonial, pese a denominarse «uso» se asemeja más al derecho de habitación, que es la institución típica con la que se aprecia una mayor analogía. Así, por ejemplo en el Código de las familias de Cuba, con más precisión, se configura el derecho que estamos estudiando como derecho real de habitación, en el art. 285.1.

La propia terminología utilizada por el Código «uso de la vivienda», no encaja bien en la definición legal del derecho de uso, que incluye la facultad de percepción de frutos de una cosa ajena (artículo 524), y es más próxima al derecho

2. MINERO, *RJUAM*, 2020,141.

3. MANZANO, *El uso*, 1999, 149.

4. MARTÍN MUÑOZ, *RDFamilia*, 2009, 65-66.

de habitación en cuanto que supone la facultad de ocupar las piezas de una casa ajena⁵.

Siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁶ el cónyuge propietario de la vivienda al que no se atribuye el uso se asemeja a un nudo propietario ya que es un propietario excluido del uso y ocupación de su propia cosa. Y el favorecido por el uso es poseedor en base a un título judicial de uso de una cosa ajena.

En particular, el derecho de uso de la vivienda familiar difiere del derecho (o facultad del derecho) que tenía el cónyuge o cónyuges vigente el matrimonio sobre la vivienda. Durante el matrimonio, tal uso podría derivar del dominio de uno o ambos o de otro título, como usufructo, arrendamiento, etc. Por ello, puede calificarse de imprecisa la expresión del art. 103 al referirse a «continuar» el uso de la vivienda familiar. Este derecho de uso tiene un régimen específico que atiende a una particular situación e intereses de ahí su regla el uso de la vivienda familiar tenga un régimen especial, explícito o implícito, en su reglamentación legal y judicial, principalmente en cuanto a sus titulares (sujeto plural, excepto si se concede al cónyuge), a su duración (indeterminable, excepto si se atribuye al cónyuge), a su contenido y objeto (exclusivo uso y para vivienda-morada) y a su intransmisibilidad (necesaria e institucionalmente intransmisible); y esto cualquiera que sean las situaciones que puedan darse (y que veremos) y a la figura jurídica en que se configure⁷.

Aunque los conceptos de domicilio y vivienda conyugal suelen emplearse de forma sinónima, sobrevenida la crisis matrimonial ya no puede hablarse de vivienda conyugal, dado que los cónyuges ya no conviven en ella, pero sí de vivienda familiar, por cuanto subsiste con el otro cónyuge y los hijos⁸.

La importancia del artículo 96 CC radica en que determina, en consonancia con la concepción de la vivienda familiar como patrimonio al servicio de la familia como colectividad, que se deroguen las normas generales en materia de propiedad. Es la consideración de un interés colectivo que trasciende a las propias personas que constituyen la familia lo que justifica una modificación del derecho de propiedad en lo relativo a la disponibilidad de la vivienda⁹.

II. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE USO

El punto de partida del planteamiento doctrinal sobre la naturaleza del derecho de uso se encuentra en la disociación de la titularidad y del uso exclusivo, pues es entonces cuando debe determinarse en virtud de qué derecho continúan

5. MANZANO, *El uso*, 1999, 50.

6. RDN, 1961, 32-33.

7. RUIZ-RICO, *BCR*, 1993, 8.

8. TOFIÑO, *BMJUS*, 2023, 84.

9. LÓPEZ LIZ, *Bienes*, 1998, 264.

el cónyuge y los hijos no titulares poseyendo la vivienda familiar¹⁰. Evidentemente ninguna cuestión se plantea cuando se atribuye el derecho de uso a quien es el titular formal ya que el derecho de uso exclusivo coincide con la titularidad básica a través de la que el bien se detenta (propiedad o arrendamiento).

Por ello la DGRN niega la posibilidad de inscribir la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existe tal disociación, por corresponder al cónyuge titular de la propiedad: en ese supuesto el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente (RRDGRN 6.7.2007, RJ 6161; RDGRN 19.9.2007, RJ 6167 y 10.10.2008, RJ 2009\634). Asimismo, *«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 contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda. 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 ex cónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso»* (RDGRN 14.5.2009, RJ 3006).

1. Evolución jurisprudencial

La jurisprudencia no ha mantenido una posición uniforme en lo relativo a la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar.

Un primer grupo de sentencias considera que este derecho no encaja en la categoría de derecho real. Así, la STS 22.9.1988, RJ 6852, da prevalencia al derecho a la división de la cosa común ejercitado por uno de los cónyuges cotitulares de la vivienda, aun cuando existe este derecho de uso. En las SSTS 22.12.1992, RJ 10684 y 14.7.1994, RJ 6439 se sigue esta posición, pero atisba una cierta eficacia real al afirmar la necesidad de mantener el derecho al uso atribuido al cónyuge no titular y reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges. En la misma línea, la STS 29.04.1994, RJ 2945, que añade que *«el derecho de uso no tiene en sí mismo considerado naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges»*.

De otro lado, encontramos sentencias que se inclinan por atribuir a este derecho naturaleza de derecho real. La STS 11.12.1992, RJ 9733, pone el acento en la oponibilidad *erga omnes* y la inscribibilidad del derecho: *«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*

10. ROCA TRÍAS, *Comentarios*, 400.

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 quienes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del art. 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión».

En la STS 20.5.1993, RJ 3807, se acude directamente a la alusión a los derechos reales de uso y habitación regulados en el Código civil, afirmando que, superadas las medidas provisionales a que se refieren los arts. 91 y 103 del Código Civil, la atribución del uso de la vivienda puede hacerse de manera no provisional, aunque tampoco de modo indefinido, sino, con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este derecho que regulan los arts. 523 y ss. del CC.

La STS 4.4.1997, RJ 2636, se refiere a una especie de subcategoría dentro de los derechos reales al calificarlo como «derecho real familiar de eficacia total, oponible a terceros y de carácter temporal». Según dicha Sentencia, la atribución del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el artículo 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el artículo 91, no es un derecho de usufructo, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (conforme a la citada STS 11.12.1992, RJ 9733) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; en todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso (SSTS 22.12.1992, RJ 10684; STS 14.7.1994, RJ 6439 y STS 16.12.1995, RJ 9144) y, en último término a la familia: «*la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...*» (STS 31.12.1994, RJ 10330).

Esta idea de combinar la eficacia frente a terceros (real) y la protección del interés familiar se reitera en pronunciamientos posteriores. En la STS 14.1.2010, RJ 2323, se rechaza el uso de la terminología «derecho real» considerando que «*de la ubicación sistemática del artículo 96 CC 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, cuya 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*».

En la misma línea, la STS 18.1.2010, RJ 1274, se vuelve a negar expresamente la naturaleza de derecho real, poniendo el acento en la diferencia con el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 del Código de Familia y actualmente en el art. 233-22 del 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. Para el Alto Tribunal el artículo 96 CC (en su redacción anterior) se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la pre-

ferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, propiedad exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

Esta línea se sigue en la STS 6.3.2015, RJ 1104; STS 6.2.2018, RJ 352 y STS 18.4.2023, RJ 2467, que consideran que estamos ante un derecho de carácter familiar, que, desde el punto de vista patrimonial, no impone más restricciones que la limitación de disponer que impone al cónyuge propietario, limitación que se concreta en la necesidad de obtener el consentimiento del usuario, o en su defecto autorización judicial, para cualquier acto dispositivo sobre la vivienda, siendo esta limitación oponible a terceros y, en consecuencia, inscribible en el Registro de la Propiedad.

Siguiendo esta jurisprudencia, la DGRN (hoy DGSJFP) ha eludido incardinar este derecho en la categoría de los derechos reales, afirmando que se trata de un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que ésta 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 (RRDGRN 20.2.2004, RJ 2376; 5.6.2008, RJ 3155; 10.10.2008, RJ 2009\634, 14.5.2009, RJ 3006).

Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo (que puede ser variable), así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo (vid. RDGRN 27.8.2008, RJ 8285).

DIEGUEZ OLIVA¹¹ considera acertada la posición de la DGRN. Parece pacífico que, con independencia de la categoría en la que se pretenda encuadrar, la posición tanto de la jurisprudencia como del Centro Directivo es la de admitir la eficacia real de este derecho, con la principal característica de oponibilidad respecto de terceros, y, consecuentemente, su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

Así la RDGRN de 16.5.2019, RJ 2291, afirma que este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas relativas a los derechos cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda y a las exigencias derivadas de los principios hipotecarios. Por ello, la RDGRN de 4.9.2017, RJ 4348, en aplicación del principio de tracto sucesivo no admite la inscripción del derecho de uso si la vivienda afectada pertenece a un tercero que no ha sido parte en el proceso de divorcio. Y la de 8.3.2018, RJ 1336¹² (que invoca las STS 14.1.2010, RJ 2323 y STS 6.2.2018, RJ 352) considera que si

11. *Mujeres y protección jurídica*, 2008,109-110.

12. Reiterada en las de 7.11.2023, JUR 426395 y por la R. 28.11.2023, JUR 444137.

el titular de dicho derecho de uso, pudiendo hacerlo no ha inscrito su derecho en el Registro no podrá oponerlo frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, podemos concluir que la jurisprudencia y doctrina registral acuden a una artificiosa categoría de «derecho familiar» para tratar de resolver el problema que supone la atribución de un derecho con efectos reales que puede tener su origen en una situación posesoria no basada en un derecho real. No obstante, reconocen con claridad los efectos reales de esta situación. Así, el Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de enero de 2010, RJ 1274 y 18 de marzo de 2011, RJ 935), al tratar las implicaciones que la atribución del derecho de uso pueda tener en aquellos casos en que la vivienda afectada pertenece a un tercero distinto de los esposos, señala que la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia.

2. Perspectiva doctrinal

Entre las posiciones doctrinales podemos encontrar diversos tipos de posicionamientos, según dónde ponga cada estudio el acento: unos en el derecho en el que se sustenta, otras en la oponibilidad a terceros, otros en las limitaciones que conlleva.

En primer lugar encontramos quienes estiman que nos encontramos ante un derecho personal. Para GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX¹³ en el uso reconocido en el artículo 96 CC no se ven contornos reales por ninguna parte, ya que puede ser que el propio uso no esté sustentado en un derecho de naturaleza real, además de que la Ley no lo declara expresamente, por lo que se requeriría un especial acto de constitución del derecho.

Para MARTÍN MELÉNDEZ¹⁴ se trata de una medida que mantiene un efecto del matrimonio más allá de éste (caso de nulidad o disolución) o a pesar de haber quedado en suspenso (caso de separación), por lo que la naturaleza del derecho que se atribuye al no titular ha de seguir siendo la misma que durante la normalidad del matrimonio y, por tanto, personal. Se basa la autora en la norma del artículo 96.4 CC que exige el consentimiento del titular del uso para los actos de disposición, ya que, si el derecho fuese de naturaleza real, la norma sería innecesaria, puesto que, faltando el consentimiento, se transmitiría la finca con la carga, y para transmitirla libre de ella, siendo el derecho de naturaleza real no sería necesario que una norma lo exigiese.

13. BIRG, 1996, 65.

14. Estudios, 2006, 265 y AC, 2005, 2325.

En la misma línea se manifiesta PUENTE ALFARO¹⁵ quien también considera la prohibición de disponer del artículo 96 CC carecería de sentido, además de que no se cumplen los requisitos propios de los derechos reales como titularidad, capacidad y poder de disposición. Los derechos reales son por definición oponibles *erga omnes* desde el momento de su constitución, por lo que aún dispuesto el derecho sobre que recaen aquellos no decaen y son plenamente oponibles. También pone el acento este autor en los casos de en los que la situación preexistente no es de naturaleza real, es decir, si el título que justifica la posesión no comparte dicha naturaleza. En definitiva, entiende que no hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno y que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Otros autores que siguen esta posición son ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA¹⁶ para quien es un derecho personal derivado de una relación personal; y MURCIA QUINTANA¹⁷, que niega que estemos ante un derecho real y afirma su carácter fundamentalmente personal e intransferible.

De otro lado encontramos un amplio sector doctrinal que afirma la eficacia real del derecho de uso de la vivienda familiar¹⁸, basándose en presentar precisamente los elementos típicos de un derecho real: un poder directo e inmediato sobre una cosa determinada, con oponibilidad frente a terceros¹⁹.

En esta tendencia, O'CALLAGHAN²⁰ y GÓMEZ GÁLLIGO²¹ lo incardinan dentro de los derechos reales típicos de uso y habitación. Por su parte, LUNA SERRANO²² considera que nos encontramos ante un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la Ley, por decisión judicial.

Pero cabe destacar que los autores²³ que defienden la naturaleza de derecho real del uso de la vivienda familiar parten de la premisa de que el uso inicial de los cónyuges tuviera su fundamento en un derecho real (propiedad, usufructo, etc.) pues este derecho no puede atribuir un derecho mayor de aquél del que procede (STS 31.12.1994, RJ 10330).

Es por ello que, pese a la claridad de los caracteres reales del derecho de uso, otro importante sector doctrinal, siguiendo la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN, antes vista, prefieren no incluirlo en la categoría de los derechos reales, posiblemente atendiendo a esos elementos distorsionadores, como sucede en el caso de que la detentación posesoria provenga de un derecho personal. Así

15. *RCDI*, 2006, 2371-2372.

16. *Ley Actualidad*, 51.

17. *Derechos*, 1998, 51.

18. Así, ISAC AGUILAR, *RCDI*, 1986, 1730; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, 1982, 358; JUANES PECES y GALVÁN ARIAS, *BCR*, 1993, 22; SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar*, 1999, 23; LÓPEZ LIZ, *Bienes inmuebles*, 1998, 268; MANZANO FERNÁNDEZ, *El uso*, 1999, 166; RAMS ALBESA, *Uso*, 1987, 110.; y *BCEHC*, 1996, 146-148.

19. GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2008, 2520.

20. *AC*, 1986, 1336.

21. *BCR*, 1996, 1694.

22. *El nuevo régimen*, 1982, 358.

23. CERVILLA GARZÓN, *La atribución*, 2005, 41.

observamos el empleo del término «derecho familiar»²⁴, derecho de naturaleza híbrida o «*sui generis*»²⁵ derecho «atípico»²⁶ o, incluso, «*ius ad rem*»²⁷ o de un derecho subjetivo de especial naturaleza²⁸.

ROCA TRÍAS²⁹ sostiene una posición que pretende alejarse de la distinción entre derechos reales y derechos personales, acudiendo a la institución de la posesión. Así esta autora considera que se puede sostener que existe una coposesión de los bienes que conforman la vivienda y el mobiliario familiar, estableciéndose una comunidad familiar esencial en la que se manifiesta la protección constitucional de la familia. Cuando, ya sea mediante un acuerdo entre los cónyuges en el convenio regulador o por decisión judicial, se asigna el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, excluyendo al otro, no se está creando un nuevo derecho real o de crédito en favor de los hijos o del cónyuge que no es titular. En realidad, se sustituye la situación de posesión compartida por una de posesión exclusiva, ya que las necesidades familiares gozan de una protección preferente frente a los derechos de propiedad o arrendamiento que pudieran existir. Con ello se consigue coordinar el principio constitucional de protección de la familia (art. 39.1 CE) con la función social de la propiedad (art. 33.II CE), entendida en este caso como protección del interés familiar prioritario. En definitiva esta posición lleva a limitar la naturaleza del derecho de uso a una mera atribución posesoria³⁰.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE³¹ también rechaza la incardinación a priori dentro de los derechos reales, incluso aunque el uso derive del que tenga el cónyuge que debe soportarlo sobre la vivienda objeto del mismo. De este modo entiende que la naturaleza no estará fijada en todo caso, sino que serán las partes o el juez quien en cada supuesto determinarán cuál es el derecho que faculta para el uso. Lo mismo opina LETE DEL RÍO³² para quien el artículo 96 CC regula la atribución del uso de la vivienda familiar sin establecer *a priori* y en todo caso un derecho real, permitiendo a los cónyuges, y también al juez, configurar el derecho dentro de los regulados en nuestra legislación, a cuyo efecto se deberán establecer las medidas y garantías que fueran necesarias.

También GARCÍA CANTERO³³ se manifiesta de forma ambigua, según el derecho en el que esté basada la detentación de la vivienda: bien el juez podría decretar

24. ROCA TRÍAS, *Comentarios*, 1993, 399; MARTÍN MUÑOZ, *RDFamilia*, 2009, 67 o MORENO VELASCO «*Diario La Ley*», 2009, 1.

25. CERVILLA GARZÓN, *La atribución*, 2005, 42-43.

26. ELORRIAGA DE BONIS, *Régimen jurídico*, 1995, 515-516.

27. DE LA IGLESIA MONJE, *RCDI*, 2005, 640.

28. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2023, 1165.

29. *Comentarios*, 1993, 399.

30. Esta línea ha sido seguida por ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar*, 1992, 200; GUILARTE GUTIÉRREZ, AC, 1997, 90; RODRÍGUEZ CHACÓN, *RDFamilia*, 1991, 27; CORTADA CORTIJO, *CCJC*, 2001, 617.

31. *RCDI*, 1988, 1609.

32. *Comentarios* 1994, 1155.

33. *Comentarios*, 1982, 411.

un especialísimo contrato de arrendamiento no sujeto al régimen especial arrendaticio, o constituir un derecho real de habitación condicionado en su duración a las circunstancias correspondientes, o incluso crear un derecho de uso gratuito con minuciosa reglamentación de su duración y régimen jurídico.

BERROCAL se manifiesta favorable a la calificación del derecho de uso como un derecho de carácter familiar y no de un derecho real; pero también coincide con la posición de aquellos que, consideran que el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función del título que previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda, de manera que el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae y se extingue cuando lo hace este. No obstante afirma esta autora que tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o de derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia erga omnes, podrá ser inscribible³⁴.

Como venimos destacando, la opción intermedia, muy extendida doctrinal y jurisprudencialmente, permite atribuir una categoría y naturaleza uniforme al derecho de uso con independencia del origen (real o personal) del título por el que se disfrutara de la vivienda antes de la situación de crisis, o para poder explicar la permisividad en la configuración y definición del derecho de uso, especialmente de cara a configurarlo como derecho inscribible.

Sin embargo, nos parece ciertamente forzado el crear *ad hoc* una peculiar categoría jurídica («derecho familiar»). Con independencia de la denominación que pretenda darse o del título que fundamente el uso, este derecho tiene efectos reales frente a terceros. Se trata de un derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole sobre ella y al mismo tiempo una eficacia general en relación a los terceros³⁵. Bien puede encuadrarse en la categoría de los derechos reales como una variante del derecho de habitación, para el cual existe un régimen legal establecido (el de los artículos 523 y ss. del Código Civil, que según hemos visto supletoriamente se remite a la regulación del usufructo) o, simplemente, como un derecho real autónomo de constitución judicial cuyo objeto es la tutela de determinados intereses de origen familiar necesitados de protección. Esta segunda posibilidad encaja en la teoría del *numerus apertus* de los derechos reales, que generalmente se considera admitida en nuestro derecho.

En este sentido el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria al enumerar los derechos inscribibles termina con la expresión «*otros cualesquiera reales*» y el artículo 7 de su Reglamento resulta aún más claro al disponer: «*conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se declare, cons-*

34. BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2022, 1090.

35. Díez-PICAZO, *Fundamentos*, 2008, 81.

tituya, 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 el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Según O'CALLAGHAN³⁶ ni siquiera cabe traer a colación la polémica doctrinal entre el *numerus clausus* o *numerus apertus* de los derechos reales, puesto que no se trata de que los particulares creen un derecho real nuevo, sino que el propio Código Civil regula un derecho de ocupación con los elementos y concepto de derecho real.

No obstante, la definición como derecho real no puede ser absoluta y la atribución judicial del uso de la vivienda familiar supondrá una facultad de uso cuya caracterización dependerá de la clase de titularidad que el cónyuge no atributivo ostente sobre la misma³⁷. Lo que no será obstáculo para su eficacia real y consecuente acceso a la publicidad registral, como sucede igualmente con otros derechos personales inscribibles, como el arrendamiento de inmuebles (cfr. artículo 2.5 LH).

III. SUPUESTOS POSESORIOS DISTINTOS AL DOMINIO

Como venimos destacando, el mayor problema que suscita la definición de la naturaleza de la atribución del uso de la vivienda familiar reside en los diferentes títulos en los que se puede basar la situación posesoria de la vivienda³⁸:

- Derecho de propiedad de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, ya sea por procedencia privativa del bien, ya por adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales, incluso a consecuencia de la situación de crisis matrimonial.
- Derecho de propiedad de titularidad común de los cónyuges, con carácter ganancial, supuesto relevante a efectos de este estudio solamente en cuanto a medidas previas y provisionales durante el procedimiento de nulidad, separación y divorcio, pues, tras la sentencia se habrá producido la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.
- Derecho de propiedad de titularidad común de los cónyuges en *pro indiviso*.
- Derecho real de usufructo o habitación, titularidad de uno o ambos cónyuges, en las mismas circunstancias que los supuestos anteriores (exclusivo, ganancial, pro indiviso).
- Derecho de arrendamiento.

36. AC, 1986, 1334.

37. RAMS ALBESA, *Uso*, 1987, 109.

38. O'CALLAGHAN MUÑOZ, AC, 1986-1, 1331-1332.

- Ocupación en arrendamiento o precario por razón del cargo u oficio.
- Ocupación sin título: precario.

De los supuestos enumerados solamente los tres últimos pueden dar lugar a dudas sobre la naturaleza del derecho, ya que en todos los casos en los que exista una detentación basada en un derecho de propiedad o un derecho real, no hay duda de que el derecho de uso es un derecho real.

1. Arrendamiento

La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, prevé el caso especial de atribución del derecho de uso de la vivienda familiar cuando el título por el que se disfruta de la misma es un derecho de arrendamiento, mostrando la voluntad del legislador de tutelar el derecho de ocupación frente a las ulteriores vicisitudes que puedan surgir en la relación arrendaticia. Su artículo 15, titulado «separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», dispone *«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 la legislación civil que resulte de aplicación»*.

Como señaló el Tribunal Supremo, 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. Por tanto, este uso no puede atribuir un derecho mayor de aquél del que procede (STS 31.12.1994, RJ 10330). Por ello, si el uso de la vivienda familiar deriva de un arrendamiento de inmueble, no puede hablarse en puridad de un derecho real, sin perjuicio de que no quepa discusión acerca de los efectos reales frente a terceros de la situación jurídica creada.

Por tanto, el derecho de uso de la vivienda familiar se constituye como derecho real, autónomo, accesorio e inscribible sólo en el caso de que se ostente por el cónyuge no ocupante una titularidad de derecho real (propiedad, usufructo, habitación) total o parcial, que continuará gravado por el derecho de uso. En caso de titularidad de naturaleza personal, no se constituye un derecho de ocupación sino que se transmite aquélla³⁹.

La redacción actual del citado artículo 15 de la LAU dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, aclara la cuestión planteada antes de la reforma por la doctrina acerca de la indeterminación acerca del título que causaliza la continuación posesoria en el uso, pues no quedaba explicitado si el cónyuge usuario se convertía en arrendatario⁴⁰. Esto llevó a algunos autores a entender que de la norma en su redacción anterior no se desprendía que el derecho de uso de la vivienda del

39. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2008, 2520 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, *AC*, 1986, 1336.

40. CARRASCO PERERA, *Comentarios*, 1995, 341 y COLINA GAREA, *RDPriv.*, 1998, 288.

cónyuge lo sea en calidad de arrendatario, sino más bien lo contrario⁴¹ La redacción vigente resuelve con claridad la cuestión al disponer que *«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»*.

Por tanto, con la nueva redacción del precepto, cabe distinguir dos situaciones: si el uso se atribuye de forma no permanente por un plazo que no supera la duración del contrato, lo que se atribuye no es la vivienda *per se* considerada sino solamente un derecho a continuar en el uso de la misma⁴². En cambio, si la atribución es permanente o por plazo que supera la duración, conlleva una transmisión *ex lege* de la titularidad arrendaticia.

El legislador acoge en la reforma la posición que sostuvo el Tribunal Supremo en la STS 18.1.2010, RJ 1274, que en base a la anterior redacción del artículo 15 LAU entendió que el precepto permitía una «subrogación», cuando se cumplieran los requisitos previstos en el párrafo segundo. No obstante, esta Sentencia también niega la existencia de subrogación contractual del cónyuge a quien se atribuye el uso de la vivienda familiar, si este uso derivaba de una relación contractual con un tercero (antes del matrimonio o durante el mismo). Entendió el Alto Tribunal que el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC), de manera que la relación contractual no continuaba con el cónyuge no contratante (STS 18.1.2010, RJ 1274). Esta posición ya la había seguido la STS 3.4.2009, RJ 2806, y se aleja de la contenida en la STS 2.12.1992, RJ 10250 (entre otras).

En los casos en los que el cónyuge arrendatario no titular del uso siga ostentando la titularidad del contrato (cuando se haya atribuido el uso por plazo inferior a la duración del contrato), no puede quedar supeditado el derecho de uso atribuido judicialmente a la actitud de dicho arrendatario cumplidora con sus obligaciones. Especialmente destacable es la posibilidad de resolución del contrato por impago de la renta (artículo 27.2.a LAU), que corresponderá al cónyuge arrendatario si la sentencia atributiva del uso no ha dispuesto lo contrario. Esta obligación de pagar la renta puede verse compensada con una minoración al tiempo de imponer el pago de pensión alimenticia o compensatoria⁴³. En estos casos, la función tuitiva del artículo 15 impone el litisconsorcio pasivo necesario del cónyuge titular del uso en el eventual proceso de desahucio.

En cuanto a la posición del arrendador, el apartado 2 del artículo 15 contempla que *«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»*.

41. FÍNEZ, *Comentario*, 1995, 213.

42. OSSORIO SERRANO, *Comentarios*, 1996, 434.

43. COLINA GAREA, *RDPriv*, 1998, 309; ROCA TRÍAS, *Comentarios*, 1984, 399; ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar*, 1992, 209; RAMS ALBESA, *Uso*, 1987, 116; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, 1982, 359.

Debe destacarse que la ausencia de comunicación no supone la pérdida del derecho a permanecer en el disfrute de la vivienda arrendada, pero el cónyuge usuario puede quedar desprotegido ante una eventual resolución contractual amparada en el artículo 27.2 f) de la citada Ley 29/1994, que permite al arrendador 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 (su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes). La disposición del artículo 15 puede entenderse como una excepción a la facultad de resolución, pero para ello habrá debido efectuarse la notificación regulada en esta norma⁴⁴.

Con esta previsión se resuelven anteriores interpretaciones sobre la prevalencia del derecho del usuario sobre el del arrendador, llegándose a sostener la posibilidad de que la notificación al arrendador fuera ordenada por el juez como medida cautelar en base al último inciso del artículo 96 CC⁴⁵.

2. Precario

Otra cuestión que cabe plantear es el supuesto en el que la vivienda familiar se posea por un mero precario o tolerancia de sus titulares, como sucede con frecuencia en los casos en los que los padres de uno de los cónyuges ceden una vivienda de su propiedad al matrimonio.

En tales casos cabe plantear qué naturaleza y alcance tiene el derecho de uso que pudiera reconocerse en el proceso matrimonial, dado que deriva de una situación posesoria en la que generalmente el titular de la vivienda puede desahuciar a los ocupantes cuando así lo desee.

Es necesario, por tanto, analizar la naturaleza de esta situación posesoria para poder determinar la del uso de la vivienda en la situación de crisis, por lo que hay que acudir a la definición del precario y del comodato, considerando las diferentes consecuencias jurídicas según nos encontremos en una u otra figura.

El comodato se regula en los artículos 1741 y ss. CC y es una modalidad del préstamo caracterizado porque su objeto lo constituyen cosas no fungibles y es esencialmente gratuito. El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó, salvo que antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella (art. 1749 CC). A diferencia de ello, en el precario el comodante puede reclamar a su voluntad la cosa prestada por no haberse pactado la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse (cfr. art. 1750 CC), quedando, por tanto, en manos del comodante la terminación del uso cedido⁴⁶. Aunque el CC no emplea el término «precario», la

44. COLINA GAREA, *RDPPriv.*, 1998, 315-31.

45. GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 1982, 464.

46. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentarios*, 1993, 1618.

doctrina y la jurisprudencia entiende que es el tipo de comodato al que se refiere el art. 1750 CC.

A los efectos de la atribución y subsistencia del uso de la vivienda familiar, tiene relevancia determinar si estamos ante un comodato o un precario, ya que en el primer caso debe mantenerse el uso durante todo el término contractual, sin poder reclamar la terminación antes, salvo urgente necesidad. En el caso del precario, es posible reclamar la restitución del uso del inmueble al cedente en cualquier momento, dado que la atribución del uso a uno de los cónyuges no muta la naturaleza del derecho de uso originario⁴⁷.

La doctrina se inclina por considerar estas situaciones como precario. El destino del bien a su uso común, general y permanente, tal y como sucede cuando se cede una vivienda a unos sujetos que conviven o van a convivir, para que sirva de habitación para éstos y sus hijos, no convierte la relación jurídica en comodato por el hecho de que se prime tal interpretación por proteger a los ocupantes, cuando el uso de la vivienda se atribuye a uno de los miembros de la pareja, argumentando que la cesión tuvo lugar para un uso concreto: servir de vivienda a la familia. Dicho uso no es más que el uso típico y propio del bien, uso que, además, no agrega la nota de temporalidad que demanda cualquier relación de préstamo de cosa no fungible para que pueda ser calificada como comodato. Por tanto, no es un dato a tener en cuenta para predicar una temporalidad en la relación que impida a los titulares recuperar la posesión del inmueble. El análisis de esta situación revela de forma inequívoca la presencia de un simple precario para un sector de la doctrina⁴⁸.

Si no hay título de ocupación, real o personal, caso del precario, el cónyuge al que se le ha dado el derecho de ocupación continuará en la vivienda, pero sin más apoyo que aquel precario. El otro cónyuge antes precarista quedará sin derecho alguno, pero tampoco antes lo tenía. Se da, por tanto, un desplazamiento de la persona del precarista, que será el cónyuge que tiene el derecho de ocupación, si bien está, por tanto, sometido a que en cualquier momento cese el precario⁴⁹. Por tanto, no es en este caso un derecho subjetivo, real y autónomo, sino que tiene una posición subordinada al precario, sobre el cual se ha constituido. No se ha creado un derecho nuevo, porque ningún derecho existía antes⁵⁰.

El art. 233-21.2 del Código Civil catalán también se inclina por entender que estamos ante un precario y 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. 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»*.

47. MORENO VELASCO, *Diario La Ley*, 2006.

48. CERVILLA GARZÓN, *La atribución*, 2005, 126 y SALAZAR BORT, *La atribución*, 2001, 184 y ss.

49. O'CALLAGHAN, *AC*, 1986, 1335; SERRANO GÓMEZ, *La vivienda familiar*, 1999, 29.

50. O'CALLAGHAN, *AC*, 1986, 1335.

En la jurisprudencia encontramos criterios diversos que atienden a las circunstancias de cada caso particular. En la STS 2.12.1992, RJ 10250, se considera comodato propiamente dicho la cesión de vivienda familiar ya que 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 y como tal «*uso preciso y determinado*» lo impregna de la característica especial que diferencia al comodato del precario (arts. 1749 y 1750 del Código Civil), pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y reflejado por esa necesidad familiar. También se alude a la buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de los derechos, conforme al artículo 7.1 del Código⁵¹.

La postura contraria la encontramos en la STS 31.12.1994, RJ 10330, en la que el Alto Tribunal califica la situación ocupacional como precario pues los cónyuges obtuvieron la vivienda del padre del esposo, sin que se acreditase que se obtuviera en virtud de relación jurídica alguna creadora de un derecho a poseer, por lo que el padre en cualquier momento habría podido recobrar la posesión de la vivienda que tenían los esposos por su tolerancia. Y en esta situación posesoria de los cónyuges sobrevino el divorcio y la decisión del juez de familia (sin necesidad de entrar a conocer el vínculo jurídico en virtud del cual ocupaba el grupo familiar la vivienda) que aprobó el convenio en el que se atribuyó el uso a la esposa y descendencia. Sostiene aquí el TS que quienes ocupan la vivienda no pueden obtener por la atribución del uso 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. Además, traería como consecuencia que desaparecieran muchas ayudas benéficas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso. Por todo ello la calificación de la cesión de la vivienda como precario implica la afirmación (contraria a la STS 2.12.1992, RJ 10250) de que la necesidad de uso específico que establece el artículo 1750 no puede equipararse con el uso general de habitabilidad que conlleva cualquier inmueble⁵².

En este sentido ya en su día en la STS de 30 de noviembre de 1964 (RJ 5552) se señaló que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de una vivienda no constituye un derecho real de habitación, capaz de enervar el título dominical ostentado por el accionante, configurándose por contra como un verdadero precario, cuyo cese se produce tan pronto quiera poner fin el cedente o concesionario, a no ser que otra cosa se infiera de la prueba. Y en la STS 21.5.1990, RJ 3827, se afirmó que también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares.

51. Acerca de la buena fe, MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario, 1993, 37-56 y Enciclopedia Jurídica Básica, 1995, 831 y ss.

52. MORENO VELASCO, «*Diario La Ley*, 2006, 2.

La cuestión también se ha tratado en la denominada jurisprudencia menor. En la SAP Asturias 2.9.1999, AC 7362, se afirma que *«difícilmente puede propiciarse la misma suerte jurídica a toda cesión entre familiares de una vivienda; dado además la ausencia de formalismos y la escasa intensidad y estabilidad de la relación jurídica creada. Habrá de estarse a las especialidades jurídicas que conforman en nuestro derecho el comodato y el precario para determinar cuándo existe una u otra forma jurídica, evitando que el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato»*; teniendo en cuenta, además que *«una vivienda, a diferencia de otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación»*. También en la SAP Madrid 12.9.2000, AC\2001\462 se destaca que *«si no se pactó la duración de la cesión de forma directa, procede analizar si tal duración puede colegirse del hecho de haberse convenido el uso de la cosa prestada de manera concreta y determinada. Pero tal uso no resulta de suyo determinado de la propia cesión del disfrute de la vivienda para que convivan en la misma el descendiente y su familia, en cuanto que no es, por definición, distinto de aquél que es propio de la cosa prestada»*.

La consideración de precario se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS 26.12.2005, RJ 2006\180, (SSTS 2.10.2008, RJ 5587; 29.10.2008, RJ 6923; 30.10.2008, RJ 2009\ 403; 13.11.2008, RJ 2009\5; 14.11.2008, RJ 2009\393; 14.1.2010, RJ 2323;18.1.2010, RJ 1274; 18.3.2011, RJ 935;14.03.2013, RJ 2420; 28.4.2016, RJ 2216; 3.11.2021, RJ 341405). Se ha reiterado que la atribución del derecho de uso no genera por sí misma un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria más vigorosa que la que a éste corresponde; y se acude al argumento de que la oponibilidad de la medida se limita al seno de las relaciones entre cónyuges, mas no frente a terceros ajenos al matrimonio separado o disuelto. Incluso se ha llegado a afirmar que se produce transformación del comodato en precario con la ruptura de la convivencia por la separación conyugal.

Es de interés la STS 18.1.2010, RJ 1274, en la que se afirma que *«cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios. Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desabucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desabucio. La regla será, por tanto, que los derechos del propietario a recuperar el local cedido como vivienda dependen de la existencia o no de un contrato con el consorte que la ocupa: si se prueba la existencia del contrato, se seguirán sus reglas, mientras que si la posesión constituye una mera*

tenencia tolerada por el propietario, se trata de un precario y el propietario puede recuperarla en cualquier momento» (ponente ROCA TRÍAS). Ahora bien, en el caso concreto destaca el voto particular formulado por O'CALLAGHAN MUÑOZ y SALAS CARCELLER, quienes consideran que no puede hablarse de precario puesto cuando la situación posesoria nace de un condominio de uno de los esposos con su hermana, quienes como copropietarios tenían el uso (artículo 394 CC) solidario de la cosa común y cada uno la podía utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso.

3. Vivienda asignada por ejercicio profesional

La vivienda familiar puede detentarse por razón de una atribución profesional, bien sea la vivienda *«para»* desempeñar el cargo (v.g. conserje) o la vivienda *«por»* desempeñar el cargo (v.g. militar). Estamos ante un caso intermedio entre el arrendamiento y comodato cuyo régimen jurídico se encontrará en las normas del ramo correspondiente⁵³. Aquí no hay posibilidad de desmembrar facultades, y no afectará al tercero (arrendador o propietario) la resolución judicial en materia de familia. El único que puede continuar ocupando la vivienda es el cónyuge arrendatario o precarista por razón de su cargo, y el derecho de uso no surgirá con carácter autónomo, habida cuenta de que esa ocupación por razón de profesión o cargo tiene carácter personalísimo⁵⁴.

Frente a ello, otro sector doctrinal admite la atribución del uso al cónyuge no empleado, aunque solamente en aquellos casos en los que se trate de una vivienda *«por»* desempeñar el empleo. Entienden estos autores que la vinculación de la vivienda al desempeño de ciertos cargos no impide necesariamente la atribución de su uso al cónyuge e hijos del titular, y podrá ser acordada cuando la ocupación de aquella no sea un medio imprescindible para su ejercicio, sino un premio incentivo por la asunción de las funciones y responsabilidades inherentes al mismo⁵⁵. No obstante, esta corriente presenta la dificultad de establecer la línea que diferencia uno u otro supuesto, lo que llevará a analizar cada caso concreto, ya que el cónyuge cuyo cargo ha originado la asignación de la vivienda puede ver dificultado el desempeño profesional, además de precisarse el consentimiento del empleador como tercero afectado por la medida⁵⁶. Por ello, parece más acertada la primera de las posiciones expuestas, atendiendo al carácter personalísimo que tiene el uso de la vivienda.

53. TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica*, 2003, 83.

54. LUCINI CASALES, *cit.* p. 104; TAMAYO CARMONA, *Protección jurídica*, 2003,83; RAMS ALBESA, *Uso*, 1987, 113 y O'CALLAGHAN MUÑOZ, *AC*, 1986, 1336.

55. VENTOSO ESCRIBANO, *Actos conmemorativos*, 1986, 142; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *Hogar*, 1986, 284; SALAZAR BORT, *La atribución*, 2001, 305-309.

56. SALAZAR BORT, *La atribución*, 2001, 308-309.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La atribución del uso de la vivienda perteneciente a un tercero: precario o comodato», *RCDI*, n° 790, 2022, pp. 1082-1153.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Protección legal de la vivienda familiar», *RCDI*, n° 588, septiembre-octubre 1988, pp. 1583-1626.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario», en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 333-338.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- COLINA GAREA, Rafael, «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario a raíz de la atribución judicial del uso de la vivienda arrendada en los supuestos de separación, nulidad y divorcio», *Revista de Derecho Privado*, abril 1998, pp. 286-317.
- CORTADA CORTIJO, Neus, «Sentencia 4 diciembre 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2001, n° 56, pp. 609-620.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Comentario al artículo 1750», en *Comentario del Código civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Derecho de uso de vivienda familiar. Liquidación de los bienes de la sociedad económico-matrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2004)», *RCDI*, n° 688, marzo-abril 2005, pp. 639-642.
- DIEGUEZ OLIVA, Rocío, «La atribución del uso de la vivienda en situaciones de crisis familiar», en: LIÑÁN GARCÍA, María Ángeles / FUENTES NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad (Coord.), *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida*, Universidad de Málaga, 2008, pp. 105-122.
- DÍEZ PICAZO, Luis, «La situación jurídica del matrimonio separado», *Revista de Derecho Notarial*, año IX, n° XXXI, enero-marzo 1961, p. 32-33.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Quinta Edición, Civitas, Pamplona, 2008.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier, «Variaciones posteriores de medidas adoptadas en relación a la vivienda y al ajuar familiares por alteración sustancial de las circunstancias», en: VILADRICH BATALLER, Pedro Juan (Coord.), *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 257-298.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel, «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en: PANTALEÓN PRIETO, Fernando (Dir.), *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, 1995.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 96», en: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, pp. 406-415.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario a los artículo 102 a 106», en: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1982, pp. 451-470.

GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, Francisco Javier, «Uso familiar: ¿un nuevo derecho?», *Boletín de Información Registral de Granada*, nº 47, abril 1996.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», *Boletín del Colegio de Registradores*, nº 17, julio 1.996, pp. 1694-1695.

GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Efectos de la atribución del derecho de uso al cónyuge titular de la vivienda familiar», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, nº 68, abril-mayo 1.996, pp. 146 a 148.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», *RCDI*, nº 710, 2008, pp. 2518-2525.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «El derecho de uso a la vivienda familiar como derecho real inscribible oportunidad perdida en la Ley 8/2021», *RCDI*, nº 796, 2023, pp. 1153-1171.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la nueva LAU», *Aranzadi Civil*, 1998, vol. III., pp. 65-96.

ISAC AGUILAR, Antonio, «Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: el uso de la vivienda conyugal», *RCDI*, 1986, pp. 1721-1734

JUANES PECES, Ángel / GALVÁN ARIAS, José Ramón, «Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», *Boletín del Colegio de Registradores*, nº 296, enero 1993, pp. 16-22

LETE DEL RÍO, José Manuel, «Comentario al artículo 96», en: LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.) *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro I del Código civil*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 1146-1158.

LÓPEZ LIZ, José, *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, Bosch, Barcelona, 1998.

LUCINI Casales, Ángel, «La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma», *RCDI*, nº 596; enero-febrero 1990, pp. 88 a 116.

LUNA SERRANO, Agustín, *El nuevo régimen de la familia, vol. I, Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar, *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Colegio de Registradores, Madrid, 1999.

MARTÍN MUÑOZ, Ana, «El derecho de uso de la vivienda familiar y el Registro de la Propiedad», *RDFamilia*, nº 44, julio-septiembre 2009, pp. 65-66.

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, «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», *Actualidad Civil*, nº 19, 2005, pp. 2309-2356.

MARTÍNEZ MELÉNDEZ, María Teresa, «El uso de la vivienda familiar atribuido al no titular en sentencia de nulidad, separación o divorcio como derecho personal», en: LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2006, p. 247-281.

MINERO ALEJANDRE, GEMMA, «Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 42, 2020-II, pp. 133-168.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Art. 7.1», *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 37-56.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, Voz «Buena Fe», *Enciclopedia Jurídica Básica*, pp. 831 y ss., Madrid, 1995.

MORENO VELASCO, Víctor, «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», *Diario La Ley*, 2006, nº 6503, p. 1-3.

MORENO VELASCO, Víctor, «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», *Diario La Ley*, 2009, nº 1705, pp. 1-3.

MURCIA QUINTANA, Emilio, *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (artículo 1320 del CC)*, Civitas, Madrid, 1998.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», *Actualidad Civil*, 1986-1, p. 1329-1339.

OSSORIO SERRANO, Juan Miguel, «Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994 de 24 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 1996.

PUENTE ALFARO, Fernando, «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *RCDI*, nº 698, noviembre-diciembre 2006, pp. 2359 a 2379.

RAMS ALBESA, Joaquín, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.

ROCA TRÍAS, Encarna, «Comentario al artículo 96», *Comentarios al Código civil, Tomo I*, AA. VV., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 398-402.

RODRÍGUEZ CHACÓN, Rafael, «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar», *Revista de Derecho de Familia*, nº 2, 1991.

RUÍZ-RICO DÍEZ, José Antonio, «Uso de la vivienda familiar (nulidad, separación y divorcio) en su relación con el registro de la propiedad», *Boletín Colegio de Registradores*, nº 296, enero 1993, pp. 5-16.

SALAZAR BORT, Santiago, *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999.

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Navarra, 2003.

TOFIÑO PADRINO, Alejandro, «La vivienda familiar. Precisiones terminológicas». *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2262, abril 2023, Recuperado a partir de <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/article/view/9916>.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, «Algunos problemas registrales y notariales en las situaciones de conflicto del matrimonio», en AA.VV.: *Actos conmemorativos del cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, 1986.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis, *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares. Cuadernos de derecho de familia n° 2*, Ley Actualidad, Madrid, 1998.