

EL DERECHO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR ESTABLECIDO
POR ACUERDO ENTRE LOS CÓNYUGES COMO DERECHO
REAL DE USO Y HABITACIÓN EN LOS CASOS DE CRISIS
MATRIMONIAL

*THE RIGHT ON FAMILY RESIDENCE ESTABLISHED BY AGREEMENT
BETWEEN SPOUSES AS A REAL RIGHT OF USE AND ROOM IN CASES
OF MARRIAGE CRISIS*

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 560-577



Ana AÑÓN
LARREY

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es analizar si resulta jurídicamente posible que los cónyuges, ante una situación de crisis matrimonial, y dada la discutida naturaleza del derecho de uso sobre la atribución de la vivienda familiar y su carácter asistencial gratuito, a la vista de las tensiones que se generan para el cónyuge propietario que se ve privado del uso de su propia vivienda, puedan pactar en el convenio matrimonial otras fórmulas jurídicas, como el atribuir un verdadero derecho real de uso y habitación, que permita además su configuración en el título constitutivo bien con carácter gratuito bien con carácter oneroso en función de sus necesidades personales y familiares.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; vivienda familiar; derecho de uso; derecho de uso y habitación; derecho real.

ABSTRACT: *The purpose of this study is to analyze whether it is legally possible for spouses, in a situation of marital crisis, and given the disputed nature of the right of use on the allocation of family housing and its free care on the face of the tensions that are generated for the owner spouse who is deprived of the use of his own home, may agree in the marriage agreement other legal formulas, such as attributing a real right of use and habitation, which also allows its configuration in the constitutive title well free of charge or onerous depending on your personal and family needs.*

KEY WORDS: *Marriage; family house; right of use; right of use and room; real right.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONSIDERACIONES GENERALES.- 1. La atribución del uso de la vivienda familiar en la separación o divorcio.- 2. Naturaleza jurídica del derecho.- 3. Carácter asistencial y gratuidad del derecho de uso en la atribución de la vivienda familiar.- III. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.- 1. El derecho de uso y habitación como derecho real.- 2. La posibilidad de configurar su carácter gratuito u oneroso.- IV. EL PACTO ENTRE LOS CÓNYUGES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO VERDADERO DERECHO REAL CON CARÁCTER RETRIBUTIVO.

I. INTRODUCCIÓN.

Es evidente que la atribución del uso de la vivienda familiar es una de las cuestiones más conflictivas en los procesos de crisis matrimonial.

El art. 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, 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.

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar ha dado lugar a diversas teorías en torno a su naturaleza como derecho real, como derecho personal o incluso como derecho “familiar”. Sobre todo, en aquellos supuestos donde la propiedad del inmueble pertenece a un tercero y se discute la falta de concreción del título que legitima para poseer¹. Para concluir en muchos casos 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 existente.

Sin embargo, dicho precepto está regulando el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges y con carácter no remunerado, lo que provoca numerosos problemas en la práctica para el cónyuge propietario que se ve privado del uso de su propia vivienda. Sin embargo, sería posible que los cónyuges pacten un derecho de uso y habitación configurado como verdadero derecho real a favor del cónyuge no propietario con carácter gratuito, pero también oneroso,

¹ SSTs 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250) y 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330), entre otras.

• Ana Añón Larrey

Abogada, Profesora de Derecho Civil, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía, Universidad de Valencia. Correo electrónico: anaanon@icav.es.

al amparo del art. 524 y ss. CC, sujeto a la homologación judicial en caso de existir menores o incapacitados.

En el presente trabajo se pretende analizar la atribución voluntaria entre los cónyuges de un derecho de uso y habitación, configurado como un verdadero derecho real que limita las facultades del uso del propietario del inmueble, que tienen oponibilidad *erga omnes* y que puede ser pactado con carácter retribuido.

II. CONSIDERACIONES GENERALES.

I. La atribución del uso de la vivienda familiar en la separación o divorcio.

El Tribunal Supremo define el “concepto de vivienda familiar” al que se refieren los arts. 87, 90.b), 91, 96 y 103.2 CC como el bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario².

La vivienda familiar es objeto de regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico en los casos de crisis matrimonial con el objeto de proteger los intereses de los miembros de la familia y, en especial, de los hijos menores habidos en el matrimonio.

El art. 96 CC establece que “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”.

Así pues, en el momento de la disolución matrimonial los cónyuges pueden pactar a quien se atribuye el uso de la vivienda que venía constituyendo domicilio familiar por medio del convenio regulador, tal como establece el art. 90.I.c) CC. Si bien, existiendo menores de edad o incapaces, tal pacto necesitará de su homologación judicial.

A falta de acuerdo entre los cónyuges, el precepto establece que 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, consagrando el principio de *favor filii*³.

2 STS 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330).

3 DE 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 e italiana”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, pp. 3389 a 3468.

a) Cuando los hijos menores de edad quedan en compañía de un solo cónyuge, la Sentencia del Tribunal Supremo 221/2011, de 1 de abril 2011⁴, declara 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.

Sin duda, 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 sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento.

Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también 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. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Existen dos factores, no obstante, que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: a) uno cuando la vivienda no tenga el carácter familiar, 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; y, b) otro, cuando el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios⁵.

4 STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), y doctrina aplicada en sentencias posteriores, SSTS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3590), 26 abril 2012 (RJ 2012, 6102), 22 febrero 2017 (RJ 2017, 1079) y 8 marzo 2017 (RJ 2017, 696).

5 SSTS 5 noviembre 2012 (RJ 2012, 10135), 3 mayo 2016 (RJ 2016, 2215), 27 de noviembre 2018 (RJ 2017, 6187) y 4 abril 2018 (RJ 2018, 1185).

b) Cuando se establece la custodia compartida, la jurisprudencia viene aplicando por analogía el supuesto previsto cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro.

En estos casos, el precepto establece que el juez resolverá lo procedente y la jurisprudencia entiende que ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y el tener cubierta las necesidades de habitación, entre otras y, en segundo lugar, la situación de la vivienda que constituye domicilio familiar, si es privativa de uno, de ambos, si pertenece a un tercero, o si ha existido una situación consentida en el tiempo⁶.

Ahora bien, también en estos casos puede el Juez atribuir el uso de la vivienda al cónyuge no titular cuando su interés fuera el más necesitado de protección por una aplicación analógica del art. 96 CC después de una ponderación de los intereses en juego. Que un cónyuge carezca de recursos económicos suficientes para acceder a una vivienda en la que habitar con los menores durante los períodos correspondientes, puede ser una de esas circunstancias a tener en cuenta por el Juez para atribuir a ese cónyuge el uso de la vivienda familiar cuya titularidad pertenece a ambos o incluso aunque sea privativa del otro⁷.

c) Cuando existen hijos mayores de edad, el Tribunal Supremo pone en evidencia que la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de los mayores de edad, descansa en los arts. 142 y ss. CC que regulan los alimentos entre parientes, dentro del cual queda comprendido el derecho de habitación⁸. Sobre esta base, el Tribunal supremo establece que, 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 la vivienda familiar, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los arts. 142 y ss. CC, en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder⁹.

6 SSTS 13 noviembre 2018 (RJ 2018, 4930), 25 marzo 2015 (RJ 2015, 1165), 18 de mayo 2015 (RJ 2015, 1919).

7 COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, parte Doctrina.

8 RUBIO TORRANO, E.: "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011, parte Tribuna.

9 STS 5 septiembre de 2011 (RJ 2011, 5677) .

d) No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda, 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.

Todo ello provoca no pocos problemas cuando el cónyuge propietario del inmueble se ve privado del uso por atribuirse la custodia al otro progenitor, teniendo que buscar una residencia alternativa y seguir abonando en muchos casos el importe del préstamo hipotecario, en su totalidad si fuere privativo o, en su caso, por mitades si la propiedad fuere común, más aquellos gastos inherentes a la propiedad.

2. Naturaleza jurídica del derecho.

La naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales regulada en el art. 96 CC ha dado lugar a diversas teorías en torno a su naturaleza como derecho real, como derecho personal o incluso como derecho "familiar".

Al respecto existen dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales: los que consideran que se trata de un derecho personal entre las partes interesadas dentro del proceso de familia; y, los que consideran que se configura como un derecho real.

Así, por ejemplo, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 negaba la naturaleza de derecho real al derecho de uso de la vivienda¹⁰, en otras se reconoce su eficacia como "derecho real oponible a terceros"¹¹, incluso en otras sentencias el propio Tribunal Supremo la confunde con el derecho de uso y habitación de los arts. 523 y ss. del Código Civil¹², para posteriormente calificarla

10 STS 29 abril 1994 (RJ 1994, 2945): "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; también es de señalar que nada tiene que ver con ello la anotación de la sentencia".

11 STS 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 10136) y 4 abril 1997 (RJ 1997, 2636).

12 STS 20 mayo 1993 (RJ 1993, 3807): "Pero a ello no obsta que, ya superadas las medidas provisionales a que se refieren los arts. 91 y 103 y concordantes del citado Código, la atribución del uso de la vivienda pueda hacerse de manera no provisional, ni tampoco de modo indefinido, sino, como también resulta de una lógica interpretación del art. 1407 ya mencionado, 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. Todo ello consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales en litigio y aparte de la atribución en propiedad, que puede ser compatible con aquel derecho de uso, de modo análogo a la coexistencia de la nuda propiedad y un usufructo sobre la misma cosa pertenecientes a personas distintas".

como un “derecho real familiar”¹³ o simplemente como un “derecho familiar”¹⁴ cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostente un interés más necesitado de protección.

La diferencia *a priori* resulta relevante por cuanto los derechos personales darían derecho a reclamar la prestación acordada con obligación de indemnizar por su incumplimiento, mientras que, en los derechos reales se concede un poder directo e inmediato sobre la cosa con derecho a reclamarla y oponibilidad *erga omnes*.

Sin embargo, en este caso la oponibilidad *erga omnes* queda protegida, con independencia de su naturaleza, por la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad, por lo que resulta oponible frente a terceros.

Como tiene también declarado la doctrina, 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 Propiedad¹⁵.

Lo que resulta evidente es, en aquellos supuestos donde la propiedad del inmueble pertenece a un tercero y se discute la falta de concreción del título que legitima para poseer, la protección de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes existente.

Como tiene asentado el Tribunal Supremo, la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y la atribución de la vivienda familiar al uso de uno de los cónyuges mediante sentencia o convenio de separación no puede generar, como es natural, un derecho antes inexistente y sí, sólo proteger el que la familia ya tenía.

13 STS 18 octubre 1994 (RJ 1994, 7722): “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”.

14 STS 14 enero 2010 (RJ 2010, 23239): “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, 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 (así se ha estimado en la RDGRN 14 mayo 2009)”.

15 RDGRN 10 octubre 2008; STS 22 abril 2004 (RJ 2004/2713), entre otras.

De ahí que la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no origina un derecho real de uso ejercitable erga omnes, ni puede oponerse frente al cedente que no intervino ni podía hacerlo en el proceso matrimonial, por lo que la incuestionable protección que merece la vivienda u hogar familiar en la Constitución y legislación civil, no puede trascender a terceras personas ajenas al matrimonio¹⁶.

En estos muchos casos se ha discutido si se produce una situación de precario o comodato con la atribución de la vivienda familiar al otro cónyuge cuando el titular es un tercero que cedió gratuitamente el domicilio, generalmente alguno de los progenitores¹⁷. Sin embargo, el Tribunal Supremo en este sentido parece haber ido evolucionando a la consideración de precario¹⁸, declarando que aunque hubiese comodato, el “uso determinado” al que se refiere el art. 1750 CC se encuentra vinculado a la permanencia del hijo del comodante y propietario, de ahí que la salida del mismo del hasta entonces hogar familiar suponga la extinción del comodato por finalización del uso. Esto resultaría aplicable en la medida en que la cesión gratuita de la vivienda fuese inicialmente comodato, pero si se cedió en precario, el poseedor posterior seguirá igualmente en precario y, por tanto, podrá llevarse a cabo el desahucio¹⁹.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010²⁰, al referirse a su naturaleza jurídica especial resume varios supuestos en que puede encontrarse la vivienda frente a terceros que acrediten algún derecho sobre la misma:

1ª El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división²¹. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha

16 STS 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330).

17 CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 124-135.

18 SSTS 26 diciembre 2005 (RJ 2005, 180), 2 octubre 2008 (RJ 2008, 5587), 29 octubre 2008 (RJ 2008, 6923), 30 octubre 2008 (RJ 2008, 6925), 13 noviembre 2009 (RJ 2009, 5), 14 de noviembre 2009 (RJ 2009, 393) y 18 enero 2010 (RJ 2010, 1274), entre otras.

19 RUBIO TORRANO, E.: “Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 octubre de 2009)”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2010, parte Jurisprudencia.

20 STS 8 enero 2010 (RJ 2010, 1274).

21 STS 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 9323), 28 marzo 2003 (RJ 2003, 3040) y 8 mayo 2006 (RJ 2006, 2342), entre otras

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

2ª Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 CC). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante²². El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el art. 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo.

3ª 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 desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio²³.

En definitiva, sin perjuicio de la naturaleza jurídica especial de este derecho de uso, para solucionar las reclamaciones de los propietarios, acerca de la reivindicación de los inmuebles que habían cedido, habrá que ver en primer lugar si existía un contrato entre ellos. En este caso, se aplicarían los efectos del propio contrato; pero si no hay contrato, la posición de los cesionarios del uso del inmueble sería la de un precarista²⁴. Si bien hay casos más claros como aquellos en los que los cónyuges o uno de ellos es propietario de la vivienda familiar, aquellos en los que es de un tercero o aquellos en los que existe un contrato, la casuística es amplia y pueden plantearse supuestos con muchos matices que tendrán que ser analizados detalladamente²⁵.

22 Como dice el TS "Se confirma de esta manera la doctrina sentada en nuestra sentencia de 3 de abril 2009 (RJ 2009, 2806). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (STS 2 diciembre 1992 (RJ 1992, 10250) y 17 julio 1994 SIC y 14 de abril 2009 SIC entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial".

23 SSTS 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180), 30 octubre (RJ 2009, 403) y 13 (RJ 2009, 5) y 14 noviembre 2008 (RJ 2009, 393) y 30 junio 2009 (RJ 2009, 4244).

24 STS 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180).

25 PANIZA FULLANA, A.: "Atribución del uso de la vivienda familiar "versus" derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi. Civil-Mercantil*, núm. 9/2014, parte Jurisprudencia.

3. Carácter asistencial y gratuidad del derecho de uso en la atribución de la vivienda familiar.

Con todo ello, la constitución del derecho de uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge que tenga atribuida la custodia de los hijos, en los casos en que la vivienda familiar es propiedad exclusiva o por mitad del otro cónyuge no custodio, puede provocar graves desequilibrios económicos, dado que dicha atribución es esencialmente gratuita teniendo por objeto el beneficio de los menores, *favor filii*.

Como tiene declarado la jurisprudencia, este uso de la vivienda para el cónyuge e hijos a su cargo no es retribuido porque tiene un marcado "carácter asistencial", lo que equivale a considerarlo una contribución a las cargas y acercarlo al concepto de cobertura de necesidad alimenticia del art. 93 CC²⁶.

La atribución del uso lo es en razón a la existencia de hijos menores que quedan bajo la guarda y custodia de uno de los cónyuges, con lo que se protege el interés más necesitado de protección, que no puede ser, bajo estas circunstancias, el de alguno de los progenitores, sino el de los hijos. Por lo tanto, la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, pues lo que pretende, por tanto, el art. 96 CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones²⁷.

Como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias²⁸, "si bien la doctrina científica no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso exclusivo de la vivienda y ajuar familiar, al que se refiere el art. 96 CC y no falta algún prestigioso autor, como O'Callaghan Muñoz, y alguna resolución judicial aislada, que lo califiquen como un derecho real de ocupación creado por la Ley, la opinión mayoritaria de la doctrina lo configura como una medida asistencial de protección a la familia de carácter temporal y circunstancial (Encarna Roca Trías y Díez Picazo). Se trata de un derecho personal de naturaleza alimenticia, acondicionado a la no alteración de las circunstancias contempladas en el momento de su establecimiento (art. 91 CC) y, desde luego, no susceptible de disposición (art. 96.4 CC), por lo que en modo alguno podría ser equiparado al derecho de usufructo que es esencialmente disponible (artículo 480 del Código Civil)".

26 SAP Asturias 31 enero 2006 (AC 2006, 14), SAP Cádiz 20 marzo 2017 (JUR 2017, 124359),

27 STS 1 abril 2011 (RJ 2011, 3139), con cita de las Sentencias 14 abril, 21 junio y 30 septiembre 2011 y 21 mayo y 13 julio 2012, y expresamente reiterada en las STS 3 abril y 16 junio 2014.

28 SAP Asturias 21 marzo 1996 (AC 1996, 465), 14 octubre 1992 (AC 1992, 1503).

Por tanto, debido a ese carácter asistencial, aun cuando se pueda tener en cuenta para ponderar la cuantía de la pensión de alimentos o compensatoria que deba satisfacer, la atribución del uso de la vivienda sigue teniendo “carácter gratuito” en el Código Civil por lo que, independientemente de su capacidad económica, el cónyuge custodio, podrá residir sin coste alguno por tal concepto en el inmueble²⁹.

Y, efectivamente como decíamos el cónyuge propietario que se ve privado del derecho de uso, tendrá que buscar otro lugar de residencia con los costes que conlleva y, además, en muchos casos, seguir abonando el importe del préstamo hipotecario, así como en ocasiones los gastos de comunidad y el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI), por tratarse de cargas derivadas de la propiedad³⁰.

En este sentido, existe una consolidada jurisprudencia que viene sosteniendo que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con el que se sufraga la adquisición de la vivienda, a través de la cual se satisfacen las necesidades de habitación del matrimonio, no se reputan cargas del mismo³¹. El Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente excluyendo del concepto de cargas matrimoniales los pagos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pues de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió, pero por razón de dicha obligación así contraída y no por la existencia de matrimonio entre los prestatarios³².

Esta situación en ocasiones genera graves desequilibrios económicos e incrementa de manera indudable las tensiones entre los cónyuges, lo que repercute de manera negativa en la regulación entre ambos de las relaciones paterno-filiales.

No obstante, como señala la doctrina, el valor patrimonial del derecho de uso no resultaría incompatible con el carácter asistencial del mismo, pues la protección a la familia no niega el valor económico que dicha protección conlleva³³. La evidente función familiar de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda no tiene por qué privarle de su valor económico³⁴.

29 CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014, pp. 9-39.

30 SSTS 28 marzo 2011 (RJ 2011, 939) y 26 noviembre 2012 (RJ 2013, 186).

31 SSTS 20 marzo 2013 (RJ 2013, 4936), 31 mayo 2006, 5 noviembre 2008, 28 marzo 2011, 29 abril 2011 y 26 noviembre 2012, según las cuales, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio.

32 SSTS 17 febrero 2014 (RJ 2014, 918), 21 julio 2016 (RJ 2016, 3214) y 24 abril 2018 (RJ 2018, 1599), entre otras.

33 CUENA CASAS, M.: “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, cit., pp. 9-39.

34 VELÁZQUEZ MARTÍN, M. A.: “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído”, *Actualidad Civil*, núm. 1, 2002, pp. 343-359.

III. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN.

I. El derecho de uso y habitación como derecho real.

Al contrario de lo que sucede con la atribución del uso de la vivienda familiar cuya naturaleza jurídica es discutida, el derecho de uso y habitación regulado en los arts. 523 y ss. CC tiene una indubitada naturaleza como derecho real de uso y disfrute de carácter personal, en el sentido de personalísimo e intransferible.

El art. 524 CC establece que “el uso 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. La habitación 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”.

En este caso, se considera por la doctrina como una especie de usufructo limitado a satisfacer las necesidades del usuario o habitador y su familia, restringido o modalizado por alguna especialidad, participando de la naturaleza del usufructo al ser un derecho real que otorga el goce o disfrute temporal de cosa ajena. En el caso de la habitación tiene la particularidad de tener por objeto una casa destinada a la habitación del titular del derecho.

Se caracterizan por su carácter personalísimo, lo que lo diferencia del derecho real de usufructo y, por tanto, tal como dispone el art. 525 CC no se pueden arrendar ni traspasar por ninguna clase de título³⁵. Como tampoco podrá ser hipotecados como establece el art. 108.3 de la Ley Hipotecaria³⁶.

Por su parte la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010³⁷, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁸, enumera los caracteres del derecho de uso como: 1.º) un derecho real; 2.º) de uso y disfrute; 3.º) recayente sobre un inmueble; 4.º) limitado a las necesidades del mismo; 5.º) de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: 6.º) la temporalidad del uso (y de la habitación) y 7.º) su especial régimen jurídico.

35 SAP Madrid 7 junio 2010 (JUR 2010, 297926) establece que “el derecho de habitación regulado en los artículos 524 y siguientes del Código Civil es un derecho de carácter personalísimo que atribuye a su titular el derecho a ocupar las habitaciones de un inmueble ajeno a fin de poder hacer frente a sus necesidades y a las de su familia, pudiendo solo constituirse en virtud de título, es decir, el negocio privado o acuerdo de voluntades por el que el titular del bien cede el uso de una o varias habitaciones para sus necesidades al habitacionista, y dado el carácter personalísimo del derecho de habitación, una de sus causas es que no puede ser susceptible de transmisión ni a título gratuito ni oneroso, siendo una causa de extinción la muerte del habitacionista”.

36 DGRN Resolución núm. 16382/2019, 3 octubre 2019 (RJ 2019, 4411), ciertamente el usuario no podrá por sí solo enajenar o hipotecar su derecho de uso, dado su carácter intransferible.

37 DGRN Resolución núm. 11614/2015, 5 mayo 2015 (RJ 2015, 6549).

38 STS 4 febrero 1983 (RJ 1983, 803): “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, y art. 515 para el caso de constituirlo a favor de varias personas sucesivamente o de forma conjunta”.

Sobre su régimen jurídico, el derecho real de uso y habitación referido se rige en primer lugar por lo determinado en el título constitutivo que puede ser lo mismo un negocio *inter vivos* (oneroso o gratuito) que *mortis causa*, tal como dispone el art. 523 CC y, en su defecto, por los referidos preceptos del Código Civil. Y se extinguen por las mismas causas que el usufructo y además por abuso de la cosa o habitación (art. 529 CC).

En la práctica estos derechos reales tienen una aplicación muy restringida, sobre todo el derecho de uso separado del derecho de habitación. Como reconoce DIEZ PICAZO³⁹ en la práctica, el derecho de uso constituye un anacronismo y el derecho de habitación surgen casos de aplicación cuando se desea asegurar a una persona el derecho a la vivienda con carácter vitalicio o duradero. No obstante, encontramos algunas referencias en nuestra legislación, tanto en algunos derechos forales como en el art. 1407 CC, dentro de la regulación de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cuando establece que “el cónyuge podrá pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación”.

La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar no entraría dentro de este precepto pues como hemos analizado tiene una especial regulación en el art. 96 CC y una discutida naturaleza jurídica. Pero, nada impide que las partes pacten en el convenio matrimonial una modalidad del derecho de uso y habitación sobre la vivienda familiar, configurado en el propio título constitutivo como un derecho real al amparo del art. 524 CC, incluso con carácter retribuido, siempre que ello no perjudique el interés de los menores en su caso pues quedaría sujeto a la correspondiente homologación judicial.

2. La posibilidad de configurar su carácter gratuito u oneroso.

La diferencia, en caso de constituirse un derecho de uso y habitación del art. 524 CC, es que tendría la consideración de un verdadero derecho real que limita las facultades del uso del propietario del inmueble, con oponibilidad *erga omnes*, que tiene además de la ventaja de establecer su carácter gratuito u oneroso negociado entre las partes.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006⁴⁰, declara la existencia de un derecho de uso y habitación como un contrato de derecho de uso, donde no se transmite la propiedad del bien, y que se configura como un contrato oneroso al cual no se aplican las normas relativas a la donación.

39 DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistemas de Derecho Civil. Vol. III (Tomo 2), Derechos Reales en particular*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 70.

40 STS 31 mayo 2006 (RJ 2006, 3496).

En ese supuesto concreto se habla de contrato oneroso al haberse establecido como contraprestación la obligación de realizar las obras de restauración de las dependencias a cargo del hermano a cuyo favor se establece el derecho. Considerando que el derecho de uso de una casa comprende también el de habitación, para satisfacer las necesidades del usuario, y que, al tratarse de la constitución de un derecho real de uso, su régimen constitutivo se regirá por lo que disponen los arts. 523 y 468 CC, estableciendo éste para el usufructo, pero también de aplicación para los derechos de uso y habitación, que se podrán constituir en actos entre vivos, es decir, mediante un contrato, bien oneroso, bien gratuito.

Así pues, por ejemplo, podría configurarse un derecho de uso y habitación con carácter gratuito a favor del cónyuge no custodio, si fuera posible habitar de manera separada alguna de las estancias de la vivienda, como situación temporal por el plazo que se acuerde en tanto se resuelve su necesidad de vivienda.

Pero también cabría configurar un derecho de uso y habitación oneroso de manera negociada a favor del cónyuge que tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, en caso de que éste no fuera el titular del inmueble o que la titularidad fuera compartida entre ambos.

De esta forma, el acuerdo entre los cónyuges, bien sea para atribuir un derecho de uso y habitación temporal al cónyuge que deba abandonar el inmueble en tanto pueda encontrar un lugar de residencia; bien sea para atribuir un derecho de uso y habitación al cónyuge no titular del inmueble a cambio de una renta mínima acordada, en cualquiera de los casos, el acuerdo entre los cónyuges así como la posibilidad de establecer su carácter retribuido mejoraría notablemente el desarrollo de las relaciones familiares, evitando posibles situaciones de desequilibrio económico.

IV. EL PACTO ENTRE LOS CÓNYUGES PARA SU CONFIGURACIÓN COMO VERDADERO DERECHO REAL CON CARÁCTER RETRIBUTIVO.

Como hemos manifestado el art. 96 CC está regulando el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo de los cónyuges, pero nada impide que los cónyuges pacten un derecho de uso y habitación configurado como un verdadero derecho real a favor del cónyuge no propietario y con carácter retribuido, aunque esta sea una retribución simbólica o menor al alquiler de mercado.

Para ello, desde antiguo de conformidad con la doctrina y jurisprudencia se requiere un acto expreso más o menos solemne, es decir, la necesidad de un título constitutivo expreso, donde quede clara la voluntad del propietario de constituirlos, y este título, además de dar lugar a su nacimiento determina el

peculiar régimen jurídico de estos derechos (art. 523 CC), dada la problemática que pudiera surgir de su aplicación en el ámbito familiar.

En cuanto a la forma el Tribunal Supremo⁴¹ establece que la forma de constitución se regirá por los arts. 1278 a 1280 CC, por lo que, a pesar de que el art. 1280 CC exige escritura pública para los actos y contratos de constitución de derechos reales, la falta de tal forma no afecta a la validez del mismo, suponiendo, únicamente, de acuerdo con lo que dispone el art. 1279 CC, la obligación de elevar a público el contrato si alguna de las partes así lo solicitara de la parte contraria. Sin embargo, resulta conveniente dejar constancia expresa en el título constitutivo, donde quede clara la voluntad de constituirlo y los requisitos necesarios para su inscripción registral, pues la parte que lo alega debe acreditar la realidad de tal derecho.

La inscripción en el Registro de la Propiedad esta constreñida por los requisitos y exigencias del principio de especialidad, impidiendo la inscripción de aquellos derechos de habitación en los que no se haya determinado su titular, o su objeto. De modo que, el título constitutivo debería especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral, tanto el sujeto (titular registral) como el objeto inscribible (finca y derecho). Así:

a) En el caso de querer configurar un derecho de uso y habitación temporal a favor del cónyuge, no titular, que ante la crisis matrimonial debe abandonar la vivienda familiar en tanto se concreta la búsqueda de su nueva residencia. El sujeto del derecho de habitación (el habitacionista) sería el cónyuge que habita en la casa de titularidad ajena, debiendo inscribirse a su favor este derecho conforme a los requisitos establecidos en los arts. 9.4 Ley Hipotecaria y 51.9 a) Reglamento Hipotecario. Y el objeto del derecho de habitación será la finca sobre la que recae el derecho debiendo determinar si el mismo se extiende a la totalidad de la vivienda o inmueble, o si por el contrario recae sobre un anejo, pieza o estancia más concreta.

Al efecto, el art. 524 CC establece que el derecho de habitación "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".

Como establece la Audiencia Provincial de Madrid⁴², el derecho de habitación faculta a su titular a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia; es un derecho de uso sin percepción de frutos y aplicado a la vivienda, que se caracteriza por ser un derecho real de uso y disfrute recayente

41 STS 31 mayo 2006 (RJ 2006, 3496).

42 SAP Madrid 24 julio 2000 (JUR 2000\277500)

sobre el inmueble, limitado a las necesidades del habitacionista y tener un carácter personal, en el sentido de ser personalísimo e intransmisible. Partiendo de estas notas que configuran el derecho de habitación, ningún obstáculo se alza a que, aún no determinado en el título constitutivo sobre que concretas dependencias de la vivienda se hace recaer tal derecho de habitación legado a favor del demandado, la regulación del Código, aplicable con carácter supletorio, lo hace recaer sobre las concretas piezas de una vivienda no sobre la totalidad, amparando una eventual acción para que se identifiquen y determinen las piezas que en virtud del derecho de habitación tiene derecho a ocupar el demandado quedando las restantes para uso de la propiedad, naturalmente con utilización conjunta de las piezas que por su naturaleza requieran la utilización común.

b) Pero, en caso de que se quiera configurar un derecho de uso y habitación a favor del cónyuge que tiene atribuida la guarda y custodia de los hijos, en caso de que éste no fuera el titular del inmueble, se podría configurar el mismo sobre la totalidad de la finca. En tal caso, el sujeto del derecho de habitación (el habitacionista) sería el cónyuge, sin necesidad de que se realice conjuntamente a favor de los hijos -aunque resulta posible la cotitularidad en el derecho de uso y habitación-, pues si el derecho de habitación se otorga a una sola persona aunque habiten con ella "su familia", o personas con relación de dependencia o convivencia, a efectos registrales y de inscripción, el derecho solo se inscribe a favor de persona concreta, que es el favorecido con el gravamen⁴³.

Si además se configura ese derecho de uso y habitación con carácter temporal y oneroso, a cambio de una renta mínima que puede ser incluso inferior al precio de mercado, pero retribuida, al fin y al cabo, se permite al cónyuge titular no custodio facilitar la búsqueda de su propia residencia, tanto desde el punto de vista económico como también desde el punto de vista psicológico, al evitar posibles situaciones de abuso de derecho que entorpezcan las futuras relaciones paterno-filiales.

Todo ello, teniendo en cuenta que al ser atribuido voluntariamente por uno de los cónyuges al otro precisaría la debida homologación judicial en caso de menores o incapaces a su cargo.

43 RODRIGUEZ DE ALMEDIA, M. G.: "Determinación del derecho de habitación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, septiembre 2017, pp. 2646-2660.

BIBLIOGRAFÍA

CHAPARRO MATAMOROS, P.: *Derecho de uso y vivienda familiar: su atribución judicial en los supuestos de crisis familiares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COSTAS RODAL, L.: "Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, parte Doctrina.

CUENA CASAS, M.: "Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario", *Revista Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio 2014.

DE 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 e italiana", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN A.: *Sistemas de Derecho Civil. Vol. III (Tomo 2). Derechos Reales en particular*, Tecnos, Madrid, 2019.

PANIZA FULLANA, A.: "Atribución del uso de la vivienda familiar "versus" derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2014, parte Jurisprudencia.

RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. G.: "Determinación del derecho de habitación". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, septiembre 2017.

RUBIO TORRANO, E.:

- "Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS 22 octubre de 2009)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2010, parte Jurisprudencia.
- "El interés más necesitado de protección en la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2011, parte Tribuna.

VELÁZQUEZ MARTÍN, M. A.: "Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído", *Actualidad Civil*, núm. I, 2002.