

Naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar

En el derecho español

*Henar Álvarez Álvarez
Profesora contratada, doctora en Derecho Civil
Universidad de Valladolid, España*

SUMARIO

SINOPSIS

1 PLANTEAMIENTO

2 EL DERECHO DE USO SEGÚN LA DOCTRINA

- a) Introducción
- b) Derecho familiar
- c) Derecho real
- d) No es un derecho real
- e) Derecho personal
- f) Postura ecléctica
- g) Recapitulación

3 NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA JURISPRUDENCIA

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

SINOPSIS

En los supuestos de crisis matrimonial puede producirse la atribución del uso de la vivienda a favor del cónyuge no titular de la misma, pero lógicamente tal atribución no recae tan solo sobre la vivienda, sino también sobre los elementos complementarios de esta. Este derecho de uso sobre la vivienda familiar es personalísimo, temporal, oponible a terceros, indisponible y judicial. Y a pesar de la dificultad que he encontrado a la hora de determinar la naturaleza jurídica de este derecho de uso, he llegado a la conclusión de que es un derecho

Henar Álvarez Álvarez Profesora contratada, doctora en Derecho Civil

cónyuge separado o divorciado para que use de la vivienda y del ajuar junto con los hijos que están en su compañía. Es un derecho que no puede enajenarse ni transmitirse por ningún título, ya sea oneroso o lucrativo, y se extingue por la muerte del usuario¹. Ahora bien, no será necesario acudir a los tribunales en los supuestos de crisis matrimonial, pues los cónyuges podrán pactar por convenio regulador o por acuerdo especial que el uso se atribuya en exclusiva a uno de los cónyuges, y podrán configurarlo como estimen más conveniente, es decir, como usufructo, como un derecho de habitación, etc.²

1 Cfr. PONS GONZÁLEZ, M. y ARCO TORRES, M. A. del: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico. (Teoría. Praxis judicial y Formularios)*, Comares, Granada, 1992, pág. 277. También considera que es un derecho intransmisible LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 271.

2 Cfr. MONTERO AROCA (coord.): *Los procesos matrimoniales. Comentarios a la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre los procedimientos en las causas de nulidad, separación y divorcio. (Comentarios, jurisprudencia y formularios)*, VV. AA., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 547.

real cuando la titularidad que tiene uno o ambos cónyuges sobre la vivienda también lo sea; mientras que, si la titularidad es personal, el uso tan solo implica un cambio de titularidad y no se creará un derecho real, y en los casos de precario, no surgirá ningún derecho nuevo.

Universidad de Valladolid, España

1- PLANTEAMIENTO

El derecho de uso sobre la vivienda familiar tras la crisis matrimonial es personalísimo, pues se otorga por la ley *intuitu personae* al

Con la atribución del derecho de uso a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, se termina la situación de posesión compartida sobre la misma, y se produce una posesión exclusiva de aquel cónyuge al cual se le ha

atribuido el derecho a usar la vivienda. Lo que sucede es que se asigna el uso de la vivienda familiar, pero permanecen inmutables tanto su titularidad, como sus cargas, derechos y obligaciones. En la doctrina no existe acuerdo sobre la naturaleza del derecho de uso, al igual que tampoco en la jurisprudencia.

Así las cosas, puedo adelantar que la doctrina mayoritaria considera que es un derecho de naturaleza real, aunque hay quien niega ese carácter. Y es que el inclinarse por una postura u otra trae consigo diferentes consecuencias jurídicas; pues si entendemos que el derecho de uso tiene carácter real, no podría modificarse la situación creada en la sentencia matrimonial, enervándose de esta manera hipotéticos derechos de los terceros. Por ello,

Registro les pueda proporcionar, pues es una publicidad legal⁴. Además la inscripción en el Registro de la Propiedad no transforma automáticamente un derecho personal en real, tal y como sucede, por ejemplo, con el derecho de arrendamiento.

En lo que sí hay acuerdo en la doctrina española es en que es un derecho de carácter temporal, pues de lo contrario el titular sufriría

3 Cfr. MURCIA QUINTANA, E.: "La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado". (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1988), ADC, 1989, págs. 1054 y ss.

4 Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, C. J.: "EL sometimiento de un derecho a una norma de destinación: el artículo 1320 del Código Civil. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 31 de diciembre de 1994 y a las RR DGRN de 30 y 31 de marzo de 1995", La Ley, 1995-4, pág. 794.

5 Así lo ha señalado CASTILLO DE SOTOMAYOR, al que hace alusión RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 101.

6 Este artículo preceptúa lo siguiente: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden 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 de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

la determinación de la naturaleza del derecho de uso no es baladí, puesto que si se considera que es un derecho real, se facilitará la defensa del derecho frente a terceros; debido a que tiene la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad, para así poder enervar la buena fe de un tercer posible adquirente. Por el contrario, si no es un derecho real, no cabe su acceso al Registro de la Propiedad, al impedirlo el artículo 5 de la Ley Hipotecaria, debiéndose establecer la defensa de este derecho a través de las vías posesorias o bien ejercitando la acción de anulabilidad³. No obstante, algún sector doctrinal ha destacado que la publicidad que se otorga en estas situaciones con el Registro de la Propiedad no es aplicable a estas atribuciones del uso de la vivienda familiar, puesto que al emanar de la ley, tienen una publicidad por sí mismas superior a la que el

un expolio. Asimismo, es un derecho familiar y judicial porque lo determina el juez, que goza de una fuerte protección frente a terceros, y puede tener acceso al Registro de la Propiedad. Por ello, desaparecidas las razones que motivaron el uso, deberá devolverse la posesión al verdadero titular de la vivienda familiar.

Estas características podrían aproximarlo a un derecho real pero ya he señalado que no hay acuerdo en este punto. Así las cosas, esta disparidad doctrinal quizá sea debida a que la voz "uso" es multívoca⁵, sobre todo en el artículo 96 del Código Civil español⁶; pues la

vivienda familiar de acuerdo con este precepto puede ser objeto de muy diversas titularidades, por lo que no existe un tratamiento uniforme y general del derecho de

uso o de ocupación de la vivienda familiar. Incluso hay quien considera que este goce de la vivienda familiar es un derecho real *sui generis*⁷, a pesar de que se ha discutido en numerosas ocasiones sobre si los derechos reales son o no *numerus clausus*.

El problema surge porque el derecho de uso es un derecho que tiene acceso al Registro de la Propiedad y por ello es oponible a los posibles adquirentes de la vivienda, siendo estas dos características clásicas de los derechos de naturaleza real. Pero de lo que no cabe duda, tal y como ha puesto de manifiesto RAMS ALBESA, es que la configuración como derecho real de uso sobre la vivienda familiar tiene más ventajas que inconvenientes que si se crea un derecho *ex novo* a partir del artículo 96.1 del CC, tal y como hace buena parte de la doctrina, porque así se evita el arbitrio judicial, porque se fijan las funciones y facultades de cada una de las partes de la relación jurídica, aumentando con ello la seguridad jurídica⁸.

Asimismo, en los casos en los que el derecho de utilización de la vivienda se configura como real, implica su posible inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 605 del Código Civil y en los artículos 1.1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria⁹. Por ello actualmente, y teniendo en cuenta que las disposiciones vigentes (artículos 96 y 1320

decisión judicial que lo autoriza en estos términos, y constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares; todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho Inmobiliario Registral, aunque tomando en consideración que el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal, es totalmente admisible la interpretación doctrinal que sostiene la naturaleza *sui generis* del derecho de uso.

Así las cosas, es evidente que cuando no existe ningún problema es en los casos en los que de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 c) del Código Civil, en el convenio regulador se crean derechos reales de uso y disfrute a favor del cónyuge no titular de la vivienda familiar. Así, el uso al que se refiere este precepto podrá atribuirse expresamente a través de un derecho real de uso, de habitación e incluso un usufructo. La dificultad podría venir propiciada en estos casos por la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues el convenio regulador no es necesario que se efectúe en escritura pública.

Pero esta cuestión queda solventada porque aunque el convenio regulador no precisa de escritura pública, sí requiere de homologación

7 Cfr. MONTERO AROCA, J.: *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales. (La aplicación práctica del artículo 96 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 236.

8 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 119 y 120.

9 Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, nueva edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 111.

del Código Civil) obstaculizan o condicionan la comisión de fraudes o errores perjudiciales por disposición unilateral, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros, que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, cuya extensión y contenido viene manifestado en la

judicial, y se incorpora a la sentencia formando parte de esta, por lo que tiene acceso al Registro. De igual manera, se ha señalado que el titular de la vivienda puede constituir a

favor del cónyuge no titular no solo derechos reales sino también personales, tales como el

comodato y el arrendamiento. En estos supuestos, es posible que se fije un canon o gratificación como contraprestación, pues de lo dispuesto en el artículo 90 c) del Código Civil no se deduce que el uso deba ser gratuito¹⁰.

El problema viene propiciado quizá por lo previsto en el artículo 96 del Código Civil, pues el legislador se preocupó más bien de establecer soluciones prácticas, sin tener muy en cuenta la titularidad de los bienes, y dejando además un amplio margen de actuación al arbitrio judicial. De esta cuestión se hace eco ROCA i TRÍAS, al señalar que el artículo 96 del Código Civil es uno de los de más difícil comentario de entre los artículos relativos a los efectos comunes a las situaciones de nulidad, separación y divorcio; pues ello se deriva sobre todo no por la oscuridad de la redacción del artículo, sino por las consecuencias que comporta la atribución de la vivienda a persona distinta del titular de la relación jurídica en virtud de la que se tiene derecho sobre el local que está destinado a estos efectos¹¹.

No surgirá ningún problema sobre la titularidad del derecho de uso en los supuestos en los que se conceda tal uso al titular de la vivienda familiar, por lo que en estos supuestos realmente es discutible que tenga sentido la atribución de ese uso. Esto sucede con total independencia de cómo sea esa titularidad,

que comunicar al arrendador, a diferencia de lo que sucede en el supuesto contrario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la ley de arrendamientos urbanos. Es decir, el problema vendrá propiciado cuando el uso se atribuya al cónyuge no titular, con independencia de que la vivienda sea ganancial, común de los cónyuges, privativa del no titular del derecho de uso, y también en los casos en los que el titular de la vivienda arrendada no sea el beneficiario del derecho de uso.

2.- EL DERECHO DE USO SEGÚN LA DOCTRINA

Introducción

Ya he señalado que en los supuestos en los que el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge que es titular exclusivo de esta, no surge ningún problema, no siendo necesario además establecer ningún tiempo o plazo de duración del uso. Así, los problemas surgen cuando el uso se atribuye al cónyuge no titular de la vivienda, pues no hay unanimidad a la hora de caracterizar la naturaleza de ese derecho de uso.

Para un sector doctrinal, nos encontramos ante un derecho real, para otros ante un derecho personal y, finalmente, para otro sector, debido a las analogías que presenta

10 Vid. en este sentido ROCA i TRÍAS, E.: "Comentario del artículo 96 del CC", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Ley 11/81, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/81, 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*, Volumen I, VV. AA., Tecnos, Madrid, 1984, págs. 554 y 555.

pues no se refiere tan solo al derecho de propiedad, sino que engloba cualquier derecho según el cual se tenga la titularidad de la vivienda, por ejemplo, en virtud de arrendamiento. En este sentido, si el uso se atribuye al cónyuge arrendatario, nada tendrá

tanto con los derechos reales como con los personales, consideran que se trata de un derecho *sui generis*.

De lo que no hay duda es que la atribución del uso de la vivienda tiene carácter asistencial.

De esta manera, si el titular de la vivienda lo es de un derecho real sobre ella, el uso que se atribuye al no titular, ¿tendrá el mismo carácter, es decir, naturaleza real, como un derecho real limitado atípico o reconduciéndole a alguna de las figuras tipificadas por el Código Civil o por el contrario no será un derecho real? Lo que está claro es que el artículo 96 del Código Civil tan solo se refiere al uso de la vivienda, pero no habla expresamente ni de derecho ni de derecho real de uso. Lo que quiero decir es que el artículo 96 del Código Civil no configura expresamente un derecho real de uso, sino que tan solo alude al uso de la vivienda, por lo que considero que mediante pacto los cónyuges podrán determinar un derecho dentro de los regulados en nuestro ordenamiento jurídico; pero para ello no será indispensable que se conceda el uso a través de un derecho real, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: el derecho que se otorga deberá tener una duración limitada en el tiempo, pudiendo estar determinada o no, pero esta última posibilidad es un tanto discutible, pues por lo menos deberá ser determinable en virtud de criterios objetivos, tales como “hasta que los hijos alcancen la independencia económica”; debe especificarse el carácter personalísimo, inalienable e inembargable del derecho de que se trate; y se hará constar registralmente para que tenga validez frente a terceros, no siendo

adjudicatario sea respetado por el adquirente de la vivienda, pues lo fundamental en estos casos es que el derecho de uso sobre la vivienda familiar continúe vigente a pesar de la enajenación.

Así, lo más lógico es entender que estaremos ante un derecho real en los casos en los que la titularidad que tienen uno o ambos cónyuges sobre la vivienda también lo sea, mientras que cuando sea una titularidad personal, el uso tan solo implica un cambio de titularidad, y en los casos de precario, lógicamente no surgiría ningún derecho nuevo. Además, para un sector doctrinal lo mejor es considerar que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho atípico, que tiene tanto características de derecho real como de derecho personal¹³.

Pero veamos estas cuestiones con mayor detenimiento.

Derecho familiar

Para ROCA i TRÍAS, cuando los cónyuges regulen cuál es el destino de la vivienda mediante convenio regulador, podrán establecer sobre la vivienda familiar los derechos reales o de crédito que estimen pertinentes, siendo lo más corriente crear un derecho de habitación a favor de los que continúan ocupando la vivienda, aunque

11 fr. ROCA i TRÍAS: “Comentario del artículo 96 del CC”, en *Comentarios a las reformas...*, óp. cit., pág. 607.

12 Cfr. CÁMARA, M. de la: *El sistema legal del matrimonio en el Código Civil*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 249 y 250.

13 Cfr. ELORRIAGA DE BONIS F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 510 y 516.

14 La idea del contrato de arrendamiento la encontramos recogida expresamente en el artículo 285.1 del Código Civil francés, donde se establece que tras la separación o el divorcio podrá fijarse un contrato forzoso de arrendamiento de la vivienda familiar, cuyo titular es el cónyuge o ex cónyuge que tenga la custodia de los hijos.

posible la enajenación de la vivienda familiar por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro¹². Sin embargo, considero que es posible que se enajene la vivienda familiar, siempre y cuando el derecho de uso del cónyuge

también será posible crear un arrendamiento, un comodato o incluso un precario¹⁴.

Asimismo, si el inmueble está arrendado, podrá hacerse una cesión definitiva, una subrogación o incluso una cesión del uso.

Además, cuando la vivienda sea propiedad de uno de los cónyuges y en la liquidación del régimen económico matrimonial se atribuya definitivamente al otro cónyuge, la atribución no será automática, puesto que el artículo 1406.4 del Código Civil determina la preferencia sobre la vivienda que sirviese de residencia habitual cuando el régimen económico matrimonial de gananciales se liquida por causa de muerte. Y a las mismas soluciones se llegarían cuando la vivienda familiar fuese copropiedad de ambos cónyuges.

Pero donde realmente surgen los problemas es en los casos en los que la atribución del uso la realice el juez, pues se duda sobre la naturaleza que tiene este derecho. Podría configurarse un comodato, sobre la base de la gratuidad de la relación, pero esto no será siempre así, pues podrá acordarse el pago de prestaciones, y porque si se considera al comodato como un contrato nuevo, no cumpliría los requisitos del consentimiento previstos en el artículo 1261 del CC.

Por lo que respecta a la configuración como un derecho real de habitación, ROCA i TRÍAS considera que si esto fuera así, podría modificarse el contenido del derecho de propiedad debido a la función social que debe cumplir de acuerdo con la Constitución Española, que señala en el artículo 39 que debe protegerse a la familia; pues supondría una expropiación de una parte del derecho, por lo que será precisa una voluntad expresa de las partes para la constitución de este derecho.

Pero analizados todos estos supuestos, ROCA i TRÍAS no comparte ninguna de las posibilidades anteriores sobre la naturaleza del derecho que ostenta el cónyuge o los hijos no titulares de la vivienda familiar, y considera que el uso es un derecho de naturaleza

estrictamente familiar, cuya naturaleza debe ligarse con lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil, y partiendo de la consideración de que durante la vida del matrimonio existe una coposesión de los cónyuges, aunque la vivienda sea de titularidad exclusiva de uno de ellos. Y así, considera que cuando por acuerdo de los cónyuges en convenio regulador o bien por disposición judicial se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar excluyendo al otro, no implica que se cree un nuevo derecho real o de crédito a favor de los hijos o del cónyuge adjudicatario, sino que se elimina la situación de posesión compartida para pasar a una posesión exclusiva de aquel al que se le ha atribuido el uso de la vivienda; es decir, su título no ha cambiado, tan solo en la forma de poseer, porque de una posesión compartida se ha pasado a una posesión exclusiva, por lo que el artículo 96 del Código Civil sería una consecuencia de lo previsto en el artículo 1320 del Código Civil¹⁵. Así, el uso exclusivo de la vivienda conyugal no constituiría ni un derecho de habitación ni un derecho de crédito. Pero sucederá en los casos en los que los cónyuges o el juez se limitan a atribuir al cónyuge no titular los derechos de uso del inmueble, pues será posible que los cónyuges como consecuencia de la autonomía de la voluntad, creen en un convenio regulador unos derechos reales o de crédito a favor del cónyuge no titular¹⁶.

Derecho real

En cuanto a la doctrina que considera que el derecho de uso sobre la vivienda familiar creado al amparo del artículo 96 del Código Civil es un derecho real, encontramos a LUNA SERRANO, quien considera que la mayor efectividad del artículo 96 se logra mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de uso constituido sobre la vivienda, así como mediante una anotación preventiva por analogía con el artículo 26 de la Ley Hipotecaria¹⁷.

15 El artículo 1320 del Código Civil establece que "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe".

16 Vid. más ampliamente ROCA i TRÍAS: "Comentario del artículo 96 del CC", en *Comentarios a las reformas...*, óp. cit., págs. 609 y ss.

Para LÓPEZ LIZ, se trata de un verdadero derecho real de uso especial. Ahora bien, si la titularidad sobre la cual la familia ocupa la vivienda es de carácter personal, no puede hablarse de un derecho real de uso¹⁸.

También entiende que es un derecho real ISAC AGUILAR, para quien el cónyuge no titular de la vivienda atributivo del uso sobre esta es un poseedor legítimo de ella y de los muebles del ajuar familiares, pero no solo eso, sino que además de tener una posesión legítima, es titular de un auténtico derecho real, que será por ello inscribible en el Registro de la Propiedad¹⁹. Y para MÉNDEZ PÉREZ se trata de un derecho real de habitación²⁰.

Dentro de esta corriente doctrinal hay quien

que es un derecho real, o bien por un derecho personal²¹.

Se ha dicho también que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho real limitado o peculiar, puesto que no otorga a su titular las mismas facultades que un derecho real ordinario; por lo que esa configuración solo sería posible cuando el título en virtud del cual se dispone de la vivienda tenga naturaleza real. Así, sería incongruente pensar que de un título de carácter personal, como lo es el arrendamiento, se pudiese obtener uno real. Es decir, no es lógico que si se posee la vivienda en arrendamiento el derecho de uso que sobre ella recaiga tenga naturaleza distinta a aquel, esto es, que sea real y no personal como el arrendamiento. De

17 A esta opinión de LUNA se refiere CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 5, *Derecho de Familia, Volumen I, relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 12ª ed., 1994, pág. 1148. De la misma opinión es GAVILÁN LÓPEZ, J.: *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, VV. AA., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pág. 622.

18 Cfr. LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal. Adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 268 y 274.

19 Cfr. ISAC AGUILAR, A.: "Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal", RCDI, nº 577, 1986, págs. 1730 y ss.

20 Cfr. MÉNDEZ PÉREZ, J.: "La atribución judicial de la vivienda a uno de los cónyuges en los procesos de nulidad, separación o divorcio", RGD, nº 519, 1987, pág. 6304.

21 Así lo ha considerado ROBLEDO VILLAR, A.: "La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial. Mención especial a la STS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1994", La Ley, 1995-4, pág. 984.

considera que son más sólidas las posiciones doctrinales que entienden que prima el contenido real sobre el personal en el derecho de uso sobre la vivienda familiar, debido al objeto de tal derecho y a las consecuencias prácticas inmediatas. Así, se trataría de un derecho real atípico, porque no se ajusta exactamente a los parámetros exigidos en esta calificación jurídica, que requiere una afectación de los derechos dominicales, y además en esta cuestión sería definitivo el contenido de la sentencia matrimonial, pues establecerá el alcance y contenido de tal derecho, decantándose bien por considerar

esta manera, se dice que es un derecho peculiar, sobre cosa ajena, sin que terceras personas, ni siquiera el titular de

la vivienda, puedan menoscabar ese goce. En estos casos, el titular del derecho de uso, que es el cónyuge no titular de la vivienda, es un poseedor legítimo, por lo que puede hacer valer su condición mediante cualquiera de los medios de defensa utilizados en los supuestos ordinarios de posesión. Es un derecho que recae sobre cosa ajena de forma inmediata, y es oponible frente a terceras personas. Además, es un derecho inscribible en el

Registro, pronunciándose en este sentido el Tribunal Supremo español en la sentencia del 11 de diciembre de 1992¹, en la que señala que “[...] *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*”²³.

En relación con esta cuestión, este acceso al Registro de la atribución del uso de la vivienda familiar no tendrá lugar en los casos en los que falte el tracto sucesivo o en los casos también de falta de legitimación. Tal cosa sucederá, por ejemplo, cuando se pretenda la inscripción del derecho de uso determinado en sentencia de separación judicial sobre una finca registral en la que no figuran como titulares los esposos, sino sus padres, disfrutando los hijos

23 Cfr. SERRANO GÓMEZ, E.: *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 23 y ss., 52 y ss. y 65 y ss.

24 Cfr. GARCÍA CUECO, E. y TORNO SANTONJA, M.: “Uso sobre la vivienda familiar. Inscripción”, BCRE, nº 16, junio 1996, pág. 1511.

25 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., pág. 107; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales”, AC, nº 19, semana 5 – 11 de mayo de 1986, págs. 1331 y 1332; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, VV. AA., Edición coordinada por PEDRO-JUAN VILADRICH, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1986, pág. 184, y también la obra de O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de familia*, EDERSA, Madrid, 5ª ed., 2001, pág. 93.

separados de la finca en precario. En estos casos, el derecho de uso no tendrá acceso al Registro porque con la atribución del uso de una situación como el precario no puede derivarse un título legítimo de posesión de la vivienda familiar²⁴.

En consonancia con el planteamiento anterior, sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, O’CALLAGHAN entiende que si la titularidad sobre la vivienda es real (propiedad o copropiedad, habitación o usufructo), la ocupación de la misma será un derecho de naturaleza real, que no está tipificado en ninguno de los tipos previstos en el ordenamiento jurídico, tratándose de un derecho real que tiene naturaleza autónoma a pesar de tener claras analogías con el derecho

de habitación; pero se diferencia de él en que el de habitación se constituye negocialmente y se limita a las piezas que son indispensables para la vivienda, mientras que el derecho de ocupación abarca toda la vivienda familiar, no solo las piezas necesarias para vivienda. Este derecho real será un derecho de ocupación, subjetivo, autónomo y accesorio respecto al del derecho real del titular y se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si la ocupación de la vivienda es en virtud de un derecho personal, habrá una cesión de la misma, esto es, se producirá una transmisión de dicha titularidad. Asimismo, si no hay titularidad, como sucede en los casos de precario, no habrá derecho de ocupación ni habrá cesión.

Pero RAMS ALBESA no comparte del todo esta opinión, pues considera que sí sería posible mantenerla en el caso del primer párrafo del artículo 96 del Código Civil, pero no así para el apartado tercero²⁵. En este punto

discrepo de RAMS ALBESA, pues al igual que O’CALLAGHAN considero que la vivienda ocupada en virtud de precario no dará lugar a la creación de un derecho de ocupación sobre la misma. Así las cosas, es evidente que en el caso en el que el uso de la vivienda se atribuye a quien no es titular, es decir, a quien no era propietario, ni titular de derecho real, ni arrendatario, se separa titularidad y posesión. En términos similares a O’CALLAGHAN se ha pronunciado algún sector doctrinal que ha entendido, sobre todo debido a la falta de

¹ RJ 10136.

unidad jurisprudencial en la materia, que el derecho de uso es de naturaleza jurídica cambiante y no tiene una naturaleza autónoma, pues está condicionado por el tipo de derecho preexistente que tenga el cónyuge al que se le priva judicialmente de seguir ocupando la vivienda. Así, si el uso sobre la vivienda familiar es consecuencia de un acuerdo entre los cónyuges plasmado en convenio regulador aprobado judicialmente, deberemos estar a lo querido por los interesados en cuanto a su configuración. En caso de no existir convenio, si la vivienda se disfrutaba antes de la crisis en virtud de un derecho real, el derecho de uso otorgado por la autoridad judicial tendrá también ese carácter, mientras que no lo tendrá en caso contrario²⁶.

A continuación, voy a analizar más pormenorizadamente los derechos que se

Pero veamos estas cuestiones más detenidamente, sobre todo siguiendo lo expresado por O'CALLAGHAN²⁷ al respecto: - *Vivienda familiar de titularidad ganancial*. En este caso tan solo hay derecho de uso sobre el conjunto en las medidas que se adoptan con carácter provisional antes de que recaiga sentencia. En cambio, en las medidas definitivas la ganancialidad ya no existe, pues se procede a la disolución de la sociedad de gananciales tras la resolución de nulidad, separación o divorcio. Lo más adecuado en estos casos sería un derecho de atribución preferente sobre la vivienda a favor del cónyuge en cuya compañía queden los hijos en plena propiedad o bien con un derecho de uso.

En términos similares, RAMS ALBESA ha señalado que debería existir una previsión en el Código Civil según la cual en la liquidación

26 Cfr. LUQUE TORRES, G.: *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 39 y ss.

27 Vid. más ampliamente O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "El derecho de ocupación de la vivienda en las crisis matrimoniales", AC, nº 19, semana 5 – 11 de mayo de 1986, págs. 1333 y ss.

28 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., pág. 110. De acuerdo con Rams Albesa está en este punto LUCINI CASALES, A.: "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", RCDI, nº 596, 1990, pág. 99.

crean al amparo del párrafo primero del artículo 96 del Código Civil. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 del Código Civil, en el caso de que no exista acuerdo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar, los derechos que se derivan de la atribución judicial del uso sobre esta dependen de la caracterización de la clase de titularidad que el cónyuge no atributivo ostente sobre esta, es decir, titularidad en propiedad ganancial, en propiedad privativa del no usuario, propiedad en comunidad ordinaria de ambos cónyuges, en usufructo, uso o habitación, en arrendamiento ordinario, en arrendamiento por destinación y en precario.

de la sociedad de gananciales se previese un derecho potestativo de atribución preferente sobre la vivienda familiar, a favor del cónyuge en cuya compañía queden los hijos²⁸.

-*Vivienda familiar en pleno y privativo dominio del cónyuge no usuario*. A través del convenio regulador realizado entre los cónyuges, o bien por decisión judicial, surge un derecho real limitado sobre cosa ajena. Se trataría, a juicio de O'CALLAGHAN, de un derecho real atípico. En cambio, para RAMS ALBESA nos encontramos ante un derecho real de uso, porque el derecho de uso no tiene por qué recaer en cosas fructíferas, no siendo a su juicio un derecho de habitación como dice LUNA SERRANO. En efecto, para LUNA la naturaleza del derecho de uso del cónyuge no

titular de la vivienda es de difícil calificación jurídica, aunque el uso sobre la vivienda podría considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido por decisión judicial. Pero dejando aparte las discrepancias doctrinales, el problema es que el legislador español no tuvo presente, como dice O'CALLAGHAN, que ha creado un nuevo derecho real sin saberlo, pues no se dio cuenta de la pluralidad de supuestos de titularidad a los que es aplicable el artículo 96.1 del Código Civil. En cambio, en este caso, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN consideran que si la vivienda es de propiedad privativa del cónyuge no favorecido con el uso, la decisión judicial es oponible *erga omnes*, pero no generadora de un derecho real, que debe ser respetada, pero sin que se impida la enajenación, siempre y cuando sea compatible con el derecho de uso. También LUCINI CASALES considera que es un derecho personal y no real a pesar de la publicidad registral y su eficacia "erga omnes", basándose sobre todo en el sustrato personalísimo de la relación matrimonial²⁹.

-*Titularidad de la vivienda familiar por medio de un derecho real limitado de goce*. En estos casos hay que hacer dos matizaciones, distinguiendo entre el régimen del usufructo del previsto para el uso y la habitación. En primer lugar, en el caso de que el cónyuge no usuario sea titular de un derecho de usufructo, es posible crear un derecho de uso sobre el de usufructo. Este derecho de uso se extinguirá por las causas inherentes a la razón de concesión y por las del artículo 513 del Código Civil, a excepción de la renuncia del usufructuario prevista en el apartado cuarto de este precepto; puesto que esa renuncia sería fraude de ley, privando ilegítimamente al concesionario del derecho y a los hijos de su derecho de uso. Se trata de una indisponibilidad del derecho. Y extinguido el usufructo por sus causas normales, es decir, las de los artículos 513 y siguientes del Código Civil, se extinguirá a su vez el derecho de ocupación, pues este seguirá siempre la suerte del usufructo.

29 Cfr. LUNA SERRANO, A.: *El nuevo régimen de la familia. I. Matrimonio y divorcio*, VV. AA., Civitas, Madrid, 1982, pág. 358; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, volumen IV*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1997, págs. 138 y 139; LUCINI CASALES: "La vivienda familiar...", *op. cit.*, págs. 100 y 101.

30 En sentencias del Tribunal Supremo del 14 de julio de 1994 (RJ 6439) y 22 de septiembre de 1988 (RJ 6852) se permite el ejercicio de la acción de división de la vivienda familiar.

-*Vivienda familiar que es condominio de los cónyuges, es decir, ambos cónyuges son copropietarios de la vivienda, en copropiedad romana*. Esta titularidad de la vivienda en condominio puede ser originaria o bien consecuencia de la liquidación y partición de los bienes gananciales. De esta manera, el usuario tiene una doble titularidad: en pleno dominio sobre su mitad indivisa y derecho de uso sobre la restante mitad. Mientras dure el uso, no se podrá disolver la comunidad romana u ordinaria. Así, conviven dos regímenes jurídicos en la gestión y administración ordinarias de la vivienda familiar³⁰.

En segundo lugar, en el caso de titularidad en uso o habitación, RAMS ALBESA, a diferencia de lo que señala O'CALLAGHAN, entiende que no se puede atribuir en uso a persona

distinta de su titular, por el personalismo de la atribución, que también se da en el usufructo, y también por el goce directo, que no se daría en este supuesto. En este sentido, LUCINI CASALES considera también que no es posible atribuir el derecho de ocupación sobre la vivienda al cónyuge no titular del derecho de uso o habitación, debido también al carácter personalísimo de la atribución y de los derechos de uso y habitación. Por el contrario, O'CALLAGHAN considera que sí es posible

crear un derecho real de ocupación sobre la base del derecho de habitación, puesto que en el párrafo segundo del artículo 524 del Código Civil incluye las necesidades de “las personas de su familia”, por lo que si ocupa la vivienda su cónyuge, realmente no se produce una transmisión del derecho de habitación, pues el cónyuge y los hijos ocuparán la vivienda por ser personas de su familia³¹.

-Vivienda familiar arrendada. El arrendador no puede hacer nada ante la alteración de los sujetos en la persona del arrendatario. En este sentido, existen dudas sobre si nos encontramos ante un caso de cesión o de subrogación, pues el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tan solo establece que en los casos de nulidad, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario puede continuar en el uso de la vivienda arrendada si le es atribuida según lo previsto en los artículos 90 y 96 del Código Civil.

O'CALLAGHAN entiende que es una cesión “de ida y vuelta”, ya que el titular no usuario no cesa en la titularidad, que puede recuperar en

tiempo de la atribución en uso de la vivienda ya no corresponderían al cónyuge primitivo arrendatario, evitándose algunos riesgos para el ocupante de la vivienda, sobre todo el de verse desahuciado por falta de pago del alquiler por parte del otro esposo³².

En los casos de vivienda familiar arrendada, GUILARTE GUTIÉRREZ ha considerado que la atribución judicial del derecho de uso no crea un título específico “*ex novo*”, sino que tan solo produce una concentración de facultades a favor de uno de los cónyuges, al cual se le otorga la facultad exclusiva de utilizar la vivienda que antes ambos compartían; por lo que si la detentación previa lo era en función de un contrato de arrendamiento, la atribución judicial del uso no puede sobrepasar las facultades que se integraban en el título arrendaticio. En efecto, en estos casos la resolución judicial no puede atribuir al adjudicatario del uso de la vivienda familiar facultades que antes no existían, por lo que el arrendador podrá hacer valer las causas de resolución del contrato, entre ellas la de expiración del término, aunque la

31 Cfr. LUCINI CASALES: “La vivienda familiar...”, óp. cit., pág. 103; O'CALLAGHAN MUÑOZ: “La vivienda familiar...”, óp. cit., págs. 185 y 186; RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 109 y ss.

32 Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, IV, óp. cit., pág. 111.

33 Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Comentario del artículo 15 de la LAU”, en *Arrendamientos Urbanos, Vol. I*, VV. AA., Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 178 y 179.

el momento de extinción del derecho del usuario. Lo que no suscita ninguna duda es que en estos casos no puede hablarse de la existencia de un derecho real de ocupación que se derive de un derecho de arrendamiento. En este punto, LACRUZ considera que el cónyuge no titular del arrendamiento al que se le otorga el uso no puede considerarse como precarista, pues su situación jurídica está amparada por una decisión judicial. Asimismo, entiende que podríamos estar ante un supuesto de subrogación temporal, por lo que las relaciones frente al arrendador durante el

atribución del uso en la resolución judicial fuese mayor³³.

-Tenencia de la vivienda en precario. RAMS ALBESA y O'CALLAGHAN están de acuerdo

en entender que el cónyuge que se queda en la vivienda ocupará sin más apoyo que el precario, y el otro cónyuge antes precarista quedará sin derecho alguno, puesto que tampoco antes lo tenía. El ocupante no tiene un derecho de ocupación subjetivo, autónomo y real, sino que tiene una posición subordinada al precario. Es por ello, claro, que no se crea

un derecho nuevo porque ningún derecho existía antes. Así, el precario podrá finalizar en cualquier momento, cuando el propietario del bien lo decida, porque el precario es una situación posesoria meramente tolerada por el propietario. Y podrá finalizar tanto si el derecho de ocupación lo tiene el primitivo precarista, como si el nuevo precarista es el cónyuge que antes no lo era³⁴.

-Vivienda familiar ocupada por razón del cargo. En este supuesto, O'CALLAGHAN destaca con razón el personalismo que concurre en la creación de la titularidad y en el desempeño de determinadas funciones, por lo que no puede llegar a nacer el derecho a favor del cónyuge teórico usuario. De esta manera, según O'CALLAGHAN, a pesar de que se trata de un derecho personalísimo y en principio solo podrá continuar ocupando la vivienda el cónyuge que fue atributario de la misma en razón de su empleo o cargo, podrán existir casos especiales³⁵.

No es un derecho real

34 Cfr. RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, óp. cit., págs. 109 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ: "La vivienda familiar...", óp. cit., págs. 188 y 189.

35 Vid. más ampliamente O'CALLAGHAN MUÑOZ: "El derecho de ocupación...", óp. cit., págs. 1333 y ss. A O'CALLAGHAN sigue en este punto LUCINI CASALES: "La vivienda familiar...", óp. cit., pág. 104.

36 Cfr. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El uso de la vivienda familiar en las crisis familiares*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 51; ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L.: "Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar", Cuadernos de Derecho Judicial, nº 20, 1997, págs. 644 y 645.

A continuación, en lo que respecta a la doctrina que considera que nos encontramos ante un derecho que no es real, ZARRALUQUI entiende que sin lugar a dudas el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues puede adjudicarse cuando el título de ocupación no es real, sino personal, ya sea en arrendamiento, subarriendo, precario o comodato, y cuando es intransferible, en el caso del derecho de habitación, siendo posible adjudicar el uso al propio titular del dominio sobre el inmueble. Por todo ello, entiende que es un derecho personal, derivado de la relación personal, pero que en realidad de lo

que se trata es de la exclusión de uno de los cónyuges, y no la concesión de un derecho nuevo, pues no se concede nada nuevo a uno de los esposos, ya que con anterioridad era poseedor del inmueble donde los esposos tenían su vivienda familiar. Lo que se produce es la exclusión de uno de los cónyuges del derecho de uso, y no se crea un derecho a favor del cónyuge que se queda en la vivienda porque ya está legítimamente en ella. Es decir, se confirma la posesión a uno y se excluye al otro cónyuge, por lo que la posesión compartida se transforma en posesión exclusiva³⁶.

También considera que no estamos ante un derecho real RODRÍGUEZ CHACÓN, para el cual, debido a que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar comporta dos consecuencias fundamentales: a uno de los esposos se le priva de la vivienda familiar y la atribución del derecho de uso se utiliza como un pago *in natura* de la aportación que debe satisfacer el cónyuge titular por el concepto de contribución a las cargas familiares o para

hacer efectiva la pensión compensatoria; la atribución del derecho de uso no supone la constitución de un derecho real ni tampoco la transferencia de titularidad

alguna, sino que implica el establecimiento de una situación general o *sui generis* basada en el "ius possidendi"³⁷.

Asimismo, se ha considerado que no es un derecho real y por tanto no puede inscribirse en perjuicio de tercero, sosteniendo que la protección jurídica de la familia en nuestro

ordenamiento jurídico no va más allá de las personas que la forman, sin trascender por ello a terceros, porque nace el derecho de una relación personal y no de la relación real con el inmueble; por lo que no tendría más alcance que frente a los titulares y nunca frente a los terceros³⁸.

Otro argumento por el cual se ha considerado que el derecho de uso no es un derecho real, es aquel que estima que la atribución a uno de los cónyuges y a los hijos de la vivienda familiar, realmente constituye un acto de destinación que establece la autoridad judicial, pero que no tiene por objeto crear un derecho real, sino más bien, es una destinación que primero hace la ley y después la autoridad judicial corrobora³⁹.

Pero el problema que surge en estos planteamientos que consideran que la atribución del uso sobre la vivienda familiar es un derecho personal, es que los efectos de tal atribución se reducirán al ámbito estrictamente familiar.

Postura ecléctica

Finalmente, como postura ecléctica, se ha señalado que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede ser configurada ni como un derecho real ni como un derecho personal, sino más bien como un derecho *sui generis*, porque tiene analogías tanto con los derechos reales como con los personales, por lo que para GARCÍA CANTERO es un derecho atípico de habitación de carácter personal o de crédito⁴¹. Igualmente, se ha argumentado que

37 Cfr. RODRÍGUEZ CHACÓN, R.: "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", RDF, nº 2, 1999, págs. 26 y 27.

38 Cfr. VICENTE DÍAZ, M.: "Cuestiones sustantivas y procesales de los bienes gananciales en la crisis matrimonial", AC, nº 5, semana 1 – 7 febrero 1988, pág. 270. También ha considerado que no es un derecho real ROJO ALONSO DE CASO, J. C.: "La vivienda ganancial en uso atribuido a un cónyuge en la liquidación de bienes gananciales: procedimiento de liquidación y criterios de división", AC, nº 34, 16 – 22 septiembre 1996, pág. 768.

39 Cfr. BLANDINO GARRIDO, M. A.: "Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial, I y II", La Ley, 1998-1, Diarios 4518 y 4519, del 13 y 14 de abril de 1998, pág. 1.967; RODRÍGUEZ GARCÍA: "El sometimiento...", óp. cit., pág. 799.

40 Cfr. GARCÍA-MAURIÑO, S. y CARPIO FIESTAS, V. del: "Atribución de uso de vivienda familiar y "actio communi dividundo", AC, nº 5, 31 de enero – 6 de febrero de 1994, pág. 81.

41 Cfr. GARCÍA CANTERO, G.: "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español", en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, VV. AA., Edición coordinada por PEDRO-JUAN VILADRICH, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1986, pág. 83.

Derecho personal

También se ha argumentado que la atribución del uso de la vivienda familiar debe considerarse como un derecho personal, puesto que no es admisible que la sentencia matrimonial afecte a los que no han sido parte procesal en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, y ello a pesar de la importancia del principio de protección de la vivienda familiar, pues el derecho que se concede al cónyuge beneficiario no puede tener más contenido y alcance que el que ostentaba frente a los terceros el cónyuge no beneficiario⁴⁰.

el derecho de uso del cónyuge no titular no es un derecho real; estaría incardinado dentro de la contribución a las cargas familiares, ya que es personal e intransferible. Pero tampoco sería un derecho personal, sino más bien

un derecho que sí tiene algún rasgo de los derechos reales⁴².

Dentro de esta línea argumental, se considera que la atribución del uso de la vivienda familiar constituye un derecho real *sui generis*, cuyo contenido vendrá determinado por la propia sentencia matrimonial que lo declare, siendo

un derecho inscribible que produce eficacia real, salvo en los casos en los que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, pues en estos casos tal eficacia será relativa, puesto que los derechos dominicales no pueden verse afectados por esa atribución⁴³.

En relación con esto, Díez-PICAZO ha considerado que el derecho de ocupación de la vivienda familiar no constituye ni un derecho real ni un derecho personal, y que tampoco puede incardinarse dentro de las categorías jurídicas tradicionales. Estaríamos ante una situación original y con características propias, que puede calificarse como una situación jurídica *sui generis*⁴⁴.

Recapitulación

Vistas las posturas doctrinales sobre la naturaleza de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, considero que la más acertada es la defendida por O'CALLAGHAN, esto es, si la titularidad de uno de los cónyuges

sea decretada por la autoridad judicial, pues si existe un convenio regulador entre las partes aprobado judicialmente y las partes establecen expresamente la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, deberá respetarse la voluntad de los cónyuges en torno a esa naturaleza del derecho de uso.

3.- NATURALEZA DEL DERECHO DE USO EN LA JURISPRUDENCIA

La cuestión de la naturaleza del derecho de uso no es pacífica en la doctrina, y en la jurisprudencia tampoco existe un tratamiento uniforme de la cuestión. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es contradictoria, pues hay sentencias que asignan al derecho de uso el carácter de derecho real, mientras que otras lo niegan.

Así, el Tribunal Supremo partió en un primer

42 Cfr. MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*. (Artículo 1320 del C.c.), Civitas, Madrid, 2002, pág. 251.

43 Cfr. JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J. R.: "Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial", RJC, 1992, pág. 153.

44 Cfr. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: "La situación jurídica del matrimonio separado", RDN, 1961, n° XXXI, enero-marzo, págs. 33 y ss. 45 RJ 10136.

sobre la vivienda familiar es de naturaleza real: la ocupación que se produzca sobre la vivienda familiar por el cónyuge atributario del derecho de uso será también de naturaleza real. Por el contrario, si la ocupación de la vivienda es en virtud de un derecho personal, con la atribución del uso en ningún momento se constituirá un derecho real *ex novo* sobre la vivienda familiar a favor del cónyuge beneficiado por la medida. Finalmente, en los supuestos en los que no exista ninguna titularidad sobre la vivienda familiar, como es en el caso de tenencia de la misma en precario, no habrá derecho de ocupación. Esto en los casos en los que la atribución del uso

momento (en la sentencia del 11 de diciembre de 1992⁴⁵) de la naturaleza *sui generis* del derecho de uso sobre la vivienda familiar,

entendiendo que el contenido de la situación jurídica especial del ocupante debe integrarse de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger. Por ello, a pesar de que el cónyuge propietario puede ejercitar sus facultades dispositivas, si enajena la vivienda, el tercer adquirente la recibe con la carga de la ocupación, y el ocupante, es decir, el cónyuge no titular, será considerado como un poseedor legítimo. De esta manera, no se

amparan posibles actos fraudulentos del cónyuge titular que podrían vulnerar el derecho de uso otorgado al cónyuge no titular. Es decir, en esta sentencia se establece que no parece dudoso que el uso deba configurarse como un derecho oponible frente a terceros, que como tal debe tener acceso al Registro de Propiedad.

Pero el Tribunal Supremo en sentencia del 22 de diciembre de 1992² dotó de carácter real al derecho de uso, pues hace oponible a los terceros adquirentes el derecho que confirió el juez a uno de los cónyuges sobre la vivienda. Asimismo, en la sentencia del 20 de mayo de 1993³ se estimó que el derecho de uso era un derecho de uso y habitación previsto en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, derecho real de disfrute limitado, que es compatible con la existencia del derecho de propiedad sobre la vivienda familiar.

Pero existe una jurisprudencia contradictoria.

En efecto, en la sentencia del 29 de abril de 1994⁴ el Tribunal Supremo negó al derecho de uso sobre la vivienda familiar el carácter de derecho real, al entender que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges; por lo que no reconoce naturaleza real al derecho o atribución de uso en sí mismo considerado. No obstante, posteriormente el Alto Tribunal en la sentencia del 18 de octubre de 1994⁵ consideró de nuevo que el derecho de uso sobre la vivienda familiar es un derecho real familiar, siendo un derecho oponible a terceros, por ser un derecho real de eficacia total, afectado de la temporalidad a que se refiere el último párrafo del artículo 96 del Código Civil y subordinado al derecho de propiedad. En este sentido, obviamente la oponibilidad *erga omnes* de este derecho es

una característica propia de los derechos reales.

En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo del 4 de abril de 1997⁶ consideró que la atribución a uno de los cónyuges de la vivienda familiar no es un derecho de usufructo, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, provisional y temporal, que es oponible a terceros, “sin que sea unánime” (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica), la opinión acerca de si es derecho real. En este sentido, el Tribunal Supremo señaló en la sentencia del 23 de enero de 1998⁵¹ que la adjudicación del uso de la vivienda familiar es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela, y en ningún caso cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna sentencia de esta Sala ha apreciado en la atribución alguna forma de derecho real.

Finalmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado también se ha pronunciado sobre esta cuestión tempranamente, pues en su Resolución del 25

de octubre de 1999⁵² ha considerado que la inscripción del derecho de uso es posible en el Registro tras la separación matrimonial, sea o

² RJ 10684.

³ RJ 3807.

⁴ RJ 2945.

⁵ RJ 7722.

⁶ RJ 2636.

no tal uso y disfrute un derecho real; puesto que es una

limitación que produce efectos *erga omnes* y debe tener acceso al Registro, incluso aunque la finca se adquiriese después de la separación. En cambio, con anterioridad a esta resolución, GUILARTE GUTIÉRREZ afirmaba que la sentencia de separación o divorcio que determine la adjudicación a uno de los esposos del uso de la vivienda familiar es “*res inter alios acta*”, pues la sentencia no crea por sí un título de ocupación ejercitable “*erga omnes*”, ni origina la aparición de un título de adquisición originario del que surja un derecho real u obligacional que faculte para el uso de la vivienda⁵³.

- 52 Boletín del Colegio de Registradores de España, nº 55, enero 2000, págs. 36 y ss. y RDF, nº 10, enero 2001, págs. 224 y ss.
- 53 Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial", Cuadernos de Derecho Judicial (Derecho de familia), 1993, Base de datos del CGPJ, pág. 8.