



Universidad de Oviedo

*Universidá d'Uviéu*

*University of Oviedo*

**Facultad de Derecho**

Máster Universitario de acceso a la abogacía y procura

Curso académico 2023/2024

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

Conflictos dominicales y posesorios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar

Alumno: Pablo Tintero Álvarez

## **RESUMEN**

La atribución del uso de la vivienda familiar suscita numerosos problemas desde un punto de vista jurídico, ya sea entre los cónyuges o entre estos y los terceros. Esto sucede en base a las distintas realidades jurídicas que los cónyuges venían manteniendo con la vivienda familiar antes de la crisis matrimonial que ponga fin a ese estatus de vivienda familiar.

El régimen jurídico varía en función de si la vivienda considerada familiar es de uno de los cónyuges, de ambos o de un tercero.

También se discute la naturaleza del derecho de uso que surge de la vivienda familiar vigente el matrimonio y una vez este finaliza por una crisis matrimonial.

Todos estos interrogantes han intentado ser aclarados por parte de nuestro Alto Tribunal en la Sentencia plenaria del 18 de enero de 2010, pero, aun tras ella, se siguen planteando serias dudas, que igualmente se dan en los pronunciamientos de la Dirección General de Registros y Notariado.

A lo que hay que sumar la modificación del artículo 96 del Código Civil, operada por el art. 2.11 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Es por ello, que cabe analizar cada uno de los escenarios que se dan en función de las distintas realidades jurídicas de la vivienda familiar tanto para los cónyuges como para el tercero propietario, para lo que se analizarán las propuestas de solución de reforma formuladas por algunos derechos forales.

## **ABSTRACT**

The assignment of the use for the family house raises numerous problems under a legal point of view, either between the spouses or between them and third parties. This is due to many different legal realities that the spouses have had with the family house before the marital crisis that puts an end to that family house status.

The variation of its legal regime depends on whether property of the house belongs to one of the spouses, both, or a third party.

The legal nature of the right of use that arises from the family house during the marriage and once it ends due to a marital crisis is also discussed.

All these questions have attempted to be clarified by our High Court in the court ruling of January 18, 2010, but, even after it, serious doubts continue to be raised, which are also raised by the pronouncements of the General Directorate of Registries and Notaries.

It must be added the modification of article 96 of the Civil Code, operated by art. 2.11 of Law 8/2021, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity.

For this reason, it is necessary to analyse each of the scenarios that occur based on the different legal realities of the family house, both for the spouses and for the third owner, some approaches made by our foral rights may be analysed in order to show other alternatives.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art. – artículo

Arts. – artículos

BOE – Boletín Oficial del Estado

CC – Código Civil

Cfr. – confróntese

Fasc. – fascículo

LH – Ley Hipotecaria

LAU – Ley de Arrendamientos Urbanos

LEC – Ley de Enjuiciamiento civil

NN.UU. – Naciones Unidas

Nº. – número

Núm. – número

Op. cit. - *opere citato*

Pág. – página

Págs. – páginas

RH – Reglamento hipotecario

RDGRN – Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RP – Registro de la Propiedad

RDGSJFP – Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Resol.- resolución

SAP – Sentencia Audiencia Provincial

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TC – Tribunal Constitucional

Vol. – volumen

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. Concepto y naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar.....	3
1.1. Concepto y definición del derecho de uso de la vivienda familiar.....	3
1.2. Naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales.....	8
2. Vivienda familiar propiedad de los cónyuges .....	13
2.1. Propiedad en exclusiva de uno de los cónyuges.....	13
2.1.1. Limitación de disposición del cónyuge titular de la vivienda .....	14
2.1.1.1. Límites a la disposición constante el matrimonio .....	15
2.1.1.2. Límites a la disposición tras el matrimonio .....	17
2.1.2. La hipoteca de la vivienda objeto de derecho de uso .....	20
2.2. Vivienda familiar perteneciente a ambos cónyuges .....	23
3. Vivienda familiar propiedad exclusiva de un tercero.....	24
3.1. Sin título jurídico.....	26
3.2. Contrato de arrendamiento .....	29
3.3. Mecanismos de defensa del tercero propietario .....	29
4. Vivienda familiar en copropiedad con un tercero .....	31
5. Posibles soluciones o aplicaciones .....	34
CONCLUSIONES .....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	38
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES .....	41

## INTRODUCCIÓN

Contemplada la regulación que ofrece el Código Civil sobre los criterios que marcan la atribución del uso de la vivienda familiar en el seno de una vicisitud matrimonial resulta, a todos los efectos, insuficiente. No son pocas las situaciones casuísticas que dejan de verse amparadas bajo la precaria redacción del artículo 96 del Código Civil o, en el caso de que se vea contemplada la situación fáctica en la norma, que estén carentes de solución ajustada a derecho. Ya que, tanto en el caso de que la vivienda familiar pertenezca a uno de los cónyuges o a ambos, como si el derecho de propiedad de la misma es de una tercera persona, son distintas, variadas, complejas y cuantiosas las problemáticas que deben hallar solución en función de las circunstancias particulares de cada caso.

Siendo varias las sentencias de nuestro Alto Tribunal las que intentan dar una solución doctrinal a esta escasa regulación, destacando, entre otras que serán analizadas a lo largo de esta memoria, la Sentencia de 14 de enero de 2010, que trata de arrojar luz sobre si procede o no la consideración como precarista de quien ocupa por resolución judicial la vivienda familiar sin contraprestación; y la Sentencia de 18 de enero de 2010, que intenta resolver sobre la procedencia o no del desahucio por precario del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda familiar, en virtud de sentencia, perteneciente en copropiedad al cónyuge no beneficiario y a un tercero; entre otras.

En esencia y a efectos aclaratorios, hay una escasa y parca regulación de las distintas realidades jurídicas que se dan en función de quienes sean los sujetos titulares de la relación jurídico real sobre el inmueble que se tilda de domicilio familiar, queriendo en este trabajo recopilar cual ha sido la línea jurisprudencial y doctrinal que ha sido seguida para dar una solución a aquellas cuestiones no recogidas en ninguna norma de aplicación al conflicto; lo que, en contraposición a las regulaciones comunitarias y forales del asunto, destaca. No entendiendo cómo el legislador no regula, de igual modo que lo hacen las normas mencionadas, dicha situación, dejando de dar pie a conflictos que suponen un auténtico quebradero de cabeza para los juzgados de instancia y determinadas audiencias que, ante la disparidad en el sentido de sus resoluciones, hace que la cuestión haya llegado en no pocas ocasiones al Tribunal Supremo. El cual tampoco se llega a aclarar sobre ciertos extremos de la cuestión, como lo es la naturaleza del derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges, llegándolo a tildar incluso como “familiar”, haciendo que las dudas acerca de la cuestión se vean aumentadas y estén lejos de llegar a encontrar una respuesta satisfactoria, ya no solo para las partes, si no para el resto de juristas, entre los que me incluyo,

y que vemos con ojos escépticos que una realidad tan cotidiana como el destino del uso de la vivienda en una crisis matrimonial no sea una cuestión definida, segura, clara y, primordialmente, segura jurídicamente para las partes que, no poco afectadas por el proceso de la ruptura en sí, tienen que verse sumidas en una contradicción jurídica constante.

# 1. CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

## 1.1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La falta de una definición precisa de "vivienda familiar" en el ordenamiento jurídico ha llevado a que la jurisprudencia y la doctrina sean las encargadas de perfilar su significado.

A esta carencia conceptual hay que sumar que nuestro ordenamiento da definiciones dispares de la vivienda familiar a lo largo y ancho de todo el Código Civil y otra legislación de aplicación, como puede ser la Ley Hipotecaria. Por parte del artículo 96 del Código Civil se menciona la vivienda familiar, por parte del artículo 1320 del Código Civil habla de vivienda habitual de la familia, mientras que el tenor literal del artículo 1406, también del Código Civil, menciona la vivienda donde tuviere la residencia habitual y; por último, el artículo 91 de la Ley Hipotecaria se refiere a la vivienda habitual de la familia.

Aplicando la definición de domicilio que ofrece el artículo 40 del Código Civil, que reza que el domicilio es el lugar de la residencia habitual de las personas naturales; entendiendo que el domicilio conyugal será la sede jurídica de ambos cónyuges, es decir, será aquel lugar en el que se localiza el ejercicio de los derechos que se derivan del matrimonio. Esto frente al concepto de domicilio familiar, que en suma de lo anterior, se trata del espacio en el que conviven los miembros de una familia y, en el caso de que se haya disuelto ese matrimonio, se siga dando esa situación de convivencia por los miembros de la familia, independientemente de que no exista un vínculo conyugal<sup>1</sup>.

En términos generales, la jurisprudencia define la vivienda familiar como un *"bien familiar, no patrimonial" lo que debemos entender en el sentido de subordinar su valor o utilidad económica a la satisfacción de las necesidades familiares), al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quienquiera que sea el propietario*<sup>2</sup>". Siguiendo esta misma línea en el tratamiento de la vivienda familiar en casos de separación, nulidad o divorcio, el Tribunal Supremo ha destacado su especial protección señalando que *"las viviendas que así se ocupan rebasan el mero uso, goce o disfrute de espacios que sirven de morada humana, pues*

---

<sup>1</sup> ESPIAU ESPIAU, S.: La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español. Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994. Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros, CCJC, núm. 38,667, pág. 37.

<sup>2</sup> STS de 1 de diciembre de 1994 (RJ 19240, 1994).

*sin perder estos destinos, han de configurarse como medio patrimonial que cumple la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, pero con predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales, como muy directamente afectados".*

Al mismo respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en cuanto a la protección de la vivienda familiar contenida en los artículos 96 y 1320 del Código Civil, en donde se contempla que ambas normas "*responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario*<sup>3</sup>". Del mismo modo nuestro Alto Tribunal considera a la vivienda familiar como "*el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos*<sup>4</sup>".

A pesar de los esfuerzos vistos por direccionar y precisar una definición, que no se encuentra en la legislación, sobre la vivienda familiar, son descripciones conceptuales ciertamente difusas y genéricas, aunque persigan el objetivo de dar luz a la esencia del concepto: que la vivienda familiar es aquel lugar donde la familia convive habitualmente y desarrolla su vida diaria.

Intentando perfilar el concepto y relacionarlo con el artículo 96 del Código Civil, se han hecho varios intentos por parte de los juzgados y tribunales, tales como los que señalan que la vivienda familiar es "*aquella en la que los cónyuges cumplen su deber de convivencia y de atención a los descendientes, y comparten las responsabilidades domésticas*<sup>5</sup>" (artículo 68 del Código Civil); o "*aquella a la que el matrimonio y sus hijos, durante su convivencia y hasta la ruptura de la unidad familiar, convierten por voluntad propia en su residencia personal y familiar y sede física de sus actividades sociales y económicas*<sup>6</sup>".

Finalmente, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012, da una definición conceptual que aúna las principales características relacionadas con la vivienda familiar, siendo tales las que "*constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda*

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 octubre de 1986 (RTC 1986,135).

<sup>4</sup> STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1600, 1998).

<sup>5</sup> SAP de Valladolid de 16 de abril de 2004 (RJ 509, 2004).

<sup>6</sup> SAP de A Coruña de 16 de abril de 2009 (RJ 1254, 2009).

*familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 del Código Civil, en relación al domicilio de los cónyuges”.*

Se trata, por lo tanto, de una cuestión de hecho cuya procedencia no tiene origen en un acto jurídico ni en un acuerdo de voluntades de los cónyuges mediante los cuales deciden constituir un inmueble como “*familiar*”, por lo menos en la gran mayoría de los casos, ya que dicha ocupación de la vivienda tienen un origen natural dentro de la vida conyugal, decisiones que no revisten carácter jurídico y que únicamente se basan en la conveniencia de ambos a la hora de desarrollar la vida conyugal y familiar<sup>7</sup>.

En vista de lo anterior y, a efectos prácticos, se puede concluir que para que una vivienda tenga ese carácter de “*familiaridad*” es necesario que cumpla una serie de requisitos:

1. Ha de constituir el lugar en el que con habitualidad se desarrolle la convivencia familiar, o la residencia normal de la familia, con una continuidad presumible; o como aquel espacio que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento. Es por ello que no entran dentro del concepto de vivienda familiar, al no cumplir con estos preceptos, las segundas residencias, fincas, los locales destinados a uso profesional, aquel inmueble adquirido con la finalidad de establecer en él la vivienda familiar pero que aún no ha sido ocupado al efecto, entre otros<sup>8</sup>. El inmueble tildado de familiar ha de tener una ocupación efectiva por parte de los miembros de la familia, sin que sea preciso que transcurra ningún periodo de tiempo concreto para que este hecho se considere habilitado, pues tan habitual es la que está ocupada durante muchos años como la que se habita recientemente<sup>9</sup>. El habitar la vivienda normal y permanentemente transmite una intencionalidad derivada del propio acto de hacerlo, es decir, que el *animus* -entendido como intención de que tal asentamiento lo sea con tal carácter de permanencia- se deduce del *corpus* -equivalente a un asentamiento con carácter permanente-. En este sentido, MUÑOZ DE DIOS<sup>10</sup> establece que es requerida la concurrencia de ambos elementos para que pueda darse la nota de habitualidad. Ya que, a efectos ejemplificativos, en el caso de que se dé un elemento sin el otro, estaríamos

---

<sup>7</sup> ELORRIAGA DE BONIS, F.: Régimen jurídico de la vivienda familiar, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 187.

<sup>8</sup> TOFIÑO PADRINO, A.: “La vivienda familiar: precisiones terminológicas”. Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2262, págs. 112 – 135.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)”, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606.

<sup>10</sup> MUÑOZ DE DIOS: La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil, págs. 225-226.

ante un presupuesto del que no se desprende habitualidad alguno y, en consecuencia, no se podría catalogar dicha vivienda como familiar.

- a. *Corpus sin animus*: supuesto de la familia que ocupa temporalmente el piso de uno de los cónyuges mientras termina de ser habitable el domicilio destinado a la vivienda familiar, bien porque está en construcción o bien por otra razón que afecte a la disponibilidad de éste. No se da la habitualidad puesto que la familia no ocupa el inmueble con el ánimo de permanecer en él.
- b. *Animus sin corpus*: supuesto en el que uno de los integrantes de la pareja tiene un piso en propiedad y ambos realizan la compra conjunta de todo el mobiliario y ajuar, con la intención de establecer en el mismo el domicilio familiar, en el que van a vivir. Contraen matrimonio y finalmente residen en otro domicilio. En este supuesto no ha existido una ocupación del inmueble por parte de los cónyuges, pero si que ha contado con el ánimo de hacerlo.

En cualquier situación, la mera residencia no es suficiente; si no que habrá de presumirse que esta continuará en el futuro. Lo que se requiere demostrar, en consecuencia, es la permanencia y estabilidad, sin necesidad de examinar la intencionalidad del individuo para considerar que una vivienda constituye la sede familiar.

2. Debe ser un lugar habitable, aunque solamente se exige que se trate de un lugar cuyo destino sea el de vivienda. Además de la necesidad de ser habitable, el artículo 1320 del Código Civil establece expresamente que para que un inmueble sea considerado como vivienda familiar, debe ser específicamente una vivienda. En consecuencia, al tener en cuenta estas consideraciones, hay un punto en común que excluye del concepto de vivienda a terrenos baldíos, chozas, cabañas, establos, almacenes, fábricas, locales comerciales, construcciones en estado de ruina y, en definitiva, cualquier espacio que, desde una perspectiva objetiva, no pueda considerarse destinado a servir como residencia o morada para las personas.
3. Además de ello, la vivienda que sea tildada de familiar ha de ser ocupada de manera efectiva por los miembros de la familia y tener un carácter de vivienda principal.
4. La vivienda ha de ser inmueble. No obstante, se admite la existencia como vivienda de muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como los remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que pueda ser considerado como un hogar habitual.

Por último, puede darse el caso de que, en el seno de una familia, haya varias viviendas en las que, en atención a diversos factores, tengan la consideración de familiar al cumplir todos los requisitos explicados *ut supra*. Es el caso en el que uno de los cónyuges se vea obligado a vivir en un lugar distinto respecto del otro cónyuge, ya sea por razones profesionales, de estudios de los hijos o de cualquier otra índole. En este caso, hay dos posturas mantenidas mayoritariamente por la doctrina: una en la que se entiende que no hay ninguna colisión con los preceptos legales en la opción de que puedan darse simultáneamente varias viviendas familiares y, otra, que mantiene que solamente puede haber un domicilio familiar y este, en el caso de que se den las circunstancias mencionadas en el presente párrafo, ha de coincidir necesariamente con el lugar fijado como domicilio conyugal. El Alto Tribunal ha dado término a la controversia mediante la STS de 9 de mayo de 2012, que establece que no es posible la atribución de viviendas distintas de la vivienda familiar (segundas residencias) en aquellos procedimientos matrimoniales en los que no haya mutuo acuerdo por parte de ambos cónyuges. El Tribunal Supremo se basa en lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil para fundamentar su postura, ya que este precepto únicamente permite al juez atribuir el uso de la vivienda familiar. Por tanto, dada la redacción del Código, no cabe la atribución del uso de segundas residencias en el seno de un procedimiento matrimonial.

Sin embargo, sí que hay un determinado supuesto en el que es posible la atribución del uso a una segunda residencia, el Tribunal Supremo sostiene que ha de quedar acreditado que la atribución del uso de una vivienda que no sea la familiar protege el interés más digno de protección. En consecuencia, el juez podrá atribuir su uso a uno de los cónyuges, aunque ese inmueble no fuera el domicilio familiar<sup>11</sup>.

En resumen, en aquellos casos en los que los cónyuges tengan más de una vivienda, la atribución del derecho de uso puede ser en base a una de ellas a pesar de que esta no haya constituido la vivienda familiar<sup>12</sup>, si de esta forma se atiende mejor las necesidades de los hijos, en atención al principio *bonum filii*.

---

<sup>11</sup> Véase a MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, nº 7843, 2012, LA LEY 4044/2012; que apunta: *el hijo menor tiene derecho a que sus padres, dentro de su deber de darles alimentos en sentido amplio, le procuren una vivienda, pero no que dicha vivienda coincida, necesariamente, con la que venían ocupando, cuando el núcleo familiar estaba unido*.

<sup>12</sup> Esta cuestión es también objeto de regulación en el artículo 233-20.6 del Código Civil de Cataluña, permite que el juez pueda sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de las segundas residencias, ahora bien, atendiendo al caso concreto y únicamente cuando la segunda vivienda sea más idónea o adecuada para satisfacer las necesidades del progenitor custodio y de los hijos.

## 1.2.NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

El, aquí analizado, artículo 96 del Código Civil reza que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el uso de la vivienda familiar corresponderá a los hijos y a aquel cónyuge al que le sea atribuida la guarda y custodia judicialmente.

La naturaleza jurídica de este derecho de uso de la vivienda familiar ha generado no pocas teorías que intentaban abordar la cuestión sobre si ésta era real, personal o familiar. Ninguna de ellas del todo desacertada puesto que las características de este particular derecho de uso de la vivienda familiar pueden ser encontradas en cada una de las tres categorías al intentar determinar cuál es su verdadera naturaleza.

Mientras que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994<sup>13</sup> rechazaba la idea de que la naturaleza de este derecho sea real, en otras ocasiones, en cambio, lo ha reconocido como derecho real<sup>14</sup>, debido a su oponibilidad a terceros al ser un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad. Hasta ha llegado a calificarla con una nueva acepción no contemplada hasta el momento para derechos de este tipo, que básicamente se trata de derecho inmobiliario a pesar de que se enmarque dentro del derecho de familia, tildándolo de derecho “familiar”<sup>15</sup>.

La relevancia que tiene esta cuestión, más allá del mero análisis que por turno corresponde hacer en el presente trabajo, tiene un interés técnico y de matiz, puesto que dependiendo de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, lo estaremos enmarcando dentro de uno u otro campo de derechos con los que compartirá buena parte de sus características.

Antes de pasar a analizar en cuál de los tres escenarios encaja el derecho de uso de la vivienda familiar es preciso dejar claro que, sea cual sea la naturaleza jurídica de éste, se trata de un derecho *per relationem*, es decir, que se articula o construye sobre el derecho que tiene el titular

---

<sup>13</sup> STS de 29 de abril de 1994 (RJ 22264, 1994): “*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*”.

<sup>14</sup> STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136).

<sup>15</sup> STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323): “*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)*”.

no beneficiario del derecho de uso<sup>16</sup>. No se crea, en consecuencia, un derecho autónomo nuevo, sino que éste siempre estará dentro de aquel título jurídico que permitía residir a los cónyuges en el domicilio familiar. Siendo una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges tenían en su poder sobre la vivienda familiar<sup>17</sup>.

Existen, por lo tanto, tres diferentes opiniones mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia, pero, a mi modo de ver, solamente una de ellas es la acertada.

- a. Uno de los planteamientos que ha intentado justificar cuál es la verdadera naturaleza de ese derecho de uso atribuido al cónyuge no titular de la vivienda y, además, la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad y su efecto de oponibilidad frente a terceros es el de configurarlo como un derecho real, más concretamente como un derecho de habitación o de uso<sup>18</sup>.

Como bien es sabido, el Código Civil dedica los artículos 523 a 529 a regular los derechos reales de uso y habitación. El primero de ellos es definido como el derecho de utilizar los frutos de una cosa ajena en la cuantía necesaria para atender las necesidades del usuario y de su familia; siendo la definición del segundo como el derecho a usar en una vivienda ajena las habitaciones para el titular del derecho y su familia. La constitución de ambos solamente es posible mediante acuerdo entre el titular de la cosa fructífera o dueño de la vivienda o la persona que se aprovecha de los mismos, aunque también es posible su constitución mediante la usucapión.

---

<sup>16</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D.: Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día. InDret Revista para el análisis del Derecho nº 4/2017 págs.5 a 6: en donde la autora mantiene que, en el caso de que el derecho de uso de la vivienda familiar fuera un derecho personal el que sustenta el uso de los cónyuges vigente el matrimonio carecería de sentido que la naturaleza del derecho por la que se le atribuye el uso sea de naturaleza fuera real y; en cambio, si el derecho que opera constante el matrimonio es de naturaleza real, es admisible, dentro del razonamiento jurídico, que el derecho atribuido al cónyuge beneficiario sea calificado de un tipo u otro. En cambio, si el derecho del titular fuera personal, el derecho de uso derivado de éste solamente podrá tener idéntica naturaleza.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ CHACÓN, I.; GAGO SIMARRO, C.: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, año 2021, núm. 788, págs. 3369.

<sup>18</sup> En este sentido, véase JUANES PECES. A.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, Cuadernos de Derecho Judicial nº XIV, Madrid, 1992, pág. 254 o la SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 1989, que apunta en su Fundamento Jurídico 5.º cuando expresa que “con respecto al derogado art. 68.2 del Código Civil, cuando el uso de la vivienda se atribuía al cónyuge no propietario, el cónyuge que lo era quedaba excluido temporalmente del uso y de la ocupación de su propia casa, mientras que el primero se encontraba en una situación que si hubiera de ser reconducida a alguna de las instituciones típicas habría que encontrar la analogía con el derecho real de habitación”.

La comparación entre el derecho de uso que aquí se discute con los derechos de uso y habitación pone de relieve que se le atribuye al cónyuge no propietario un derecho nuevo. Lo que choca con el objetivo de la atribución del uso de la vivienda familiar, que es conferir un derecho posesorio de tipo exclusivo y excluyente al cónyuge beneficiario, pasando de una situación de posesión compartida del domicilio familiar constante el matrimonio a una posesión exclusiva tras la vicisitud matrimonial<sup>19</sup>; no habiendo, por lo tanto, en el paso de una situación matrimonial a otra, la creación de ningún derecho real nuevo, sino que solamente se adquiere por parte del cónyuge beneficiario la posesión exclusiva y excluyente cuando antes no la tenía y estaba compartida con el otro cónyuge en plena igualdad.

Ante dicha problemática, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de enero de 2010 estima que el único título que legitima la transformación de la coposesión en una única posesión es la sentencia de divorcio o de separación o el convenio regulador, en su caso. De esto se sustrae que, ante la falta de pronunciamiento por parte de nuestro Código Civil acerca de la naturaleza de dicho derecho de uso de la vivienda familiar, puesto que lo único que se limita a resolver es a quién se le atribuye el derecho de uso mediante distintos criterios que el propio ordenamiento jurídico considera protegibles con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, dicho derecho de uso no tiene naturaleza real ni personal. Pero, por el contrario, sí que es oponible frente a terceros; arrojando nuestro Alto Tribunal escasa claridad a la problemática de carácter técnico que entraña la calificación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto y, sobretodo, tras analizar la sentencia mencionada en el anterior párrafo, cabe establecer de forma definitiva que el verdadero fin de la actual redacción del artículo 96 del Código Civil es atribuir un derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, cuya situación mute de una coposesión de ambos a la posesión del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda familiar. No siendo este derecho de uso comparable con otros

---

<sup>19</sup> ROCA TRÍAS, M.E. (1984). “Comentario al artículo 96 del Código civil”. Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. I, Madrid: Tecnos, pág. 610.

derechos de naturaleza real ni personal; teniendo otra naturaleza distinta, siendo esta la de derecho posesorio exclusivo y excluyente de la vivienda familiar.

Dicha configuración resulta incompatible con el acceso al Registro de la Propiedad, ya que, tal y como menciona el artículo 5 de la Ley Hipotecaria: “*los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles*”.

Es por ello, que lo único que ha de poder ser inscribible en el Registro de la Propiedad, una vez vista la anterior limitación, es la restricción en la facultad dispositiva al dueño del inmueble que se configura como domicilio familiar, consistente en la necesidad de prestar consentimiento ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, a la hora de ejercer por parte del cónyuge propietario algún acto encaminado a la disposición de dicho inmueble. Que esta restricción sea inscribible, aun cuando se trata de un derecho de naturaleza personal, hace que se le dote de una cierta entidad jurídico-real. Yendo de nuevo al Reglamento Hipotecario, cabe rescatar el artículo 7 de la misma, que concede acceso a “*cualquier acto o contrato de naturaleza real que, sin tener nombre propio en derecho modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*”.

- b. La naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, atendiendo al tenor literal de la norma, viene determinada por sí mismo. Partiendo de que el derecho a usar la vivienda, bien atribuido por un juez, bien en convenio regulador, entraña un verdadero derecho subjetivo cuyo titular es el cónyuge que corresponda, según los criterios cuya explicación antecede, viene dado en el manido artículo 96 del Código Civil. En su punto tercero contiene una regla acerca de la eficacia de los actos dispositivos del titular cuando el uso esté atribuido al no titular: que se exige el consentimiento del beneficiario para la validez del acto dispositivo.

Es esta necesidad de prestar el consentimiento la que puede ser incluida dentro del campo de los derechos personales, puesto que en el caso de que se tratase de un derecho real no cabría el requisito de contar con el consentimiento del beneficiario del derecho de uso, ya que, su oponibilidad *erga omnes* propia convertiría en inútil que existiera tal.

El Código Civil Catalán configura este derecho de uso como un derecho real, en su artículo 233-25<sup>20</sup> y, en contraposición al Código Civil, no establece ningún requisito que implique el consentimiento del beneficiario sobre la facultad dispositiva del titular. Esto hace que el titular pueda disponer del inmueble sin ninguna restricción adicional creada en el seno de una separación o un divorcio, pero que, a la vez, el cónyuge beneficiario pueda seguir manteniendo su derecho de uso al tener éste una naturaleza real.

- c. Nuestro Alto Tribunal y la Dirección General de Registros y Notariado<sup>21</sup> han optado por denominar a este derecho como “familiar”.

Dentro de esta amplia categoría, es posible diferenciar entre derechos familiares patrimoniales y derechos familiares no patrimoniales. Aunque existan derechos familiares, esto no excluye que este tipo de derechos puedan ser de una naturaleza u otra. Este es el ejemplo de la pensión compensatoria, que es familiar nadie lo pone en duda, pero, se trata de un derecho cuyo contenido es patrimonial.

En este sentido, nadie niega que el derecho de uso de la vivienda familiar tenga la consideración, pues eso, de familiar, pero es innegable a su vez que el contenido de dicho derecho es exclusivamente patrimonial.

Se puede concluir, por lo expuesto, que dicho derecho de uso de la vivienda familia ostenta una naturaleza de derecho personal con transcendencia en el campo de los derechos reales. No dándose la problemática de la creación de un nuevo derecho real al dejar de estar constante el matrimonio.

---

<sup>20</sup> Código Civil Catalán artículo 233-25. Actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso. *“El propietario o titular de derechos reales sobre la vivienda familiar puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso”*.

<sup>21</sup> RDGRN 9 de julio de 2013 (RJ 2013, 6668): *“Igualmente se ha afirmado con reiteración que el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar”*.

## 2. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES

Merece ser destacado que nada impide que estas normas, sobre la vivienda familiar, se apliquen a aquellas familias que han sido forjadas sin lazos matrimoniales, es decir, aquellas que son una mera unión de hecho<sup>22</sup>.

### 2.1. PROPIEDAD EN EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES

El precepto legal que regula la atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra contenido en el artículo 96 del Código civil y únicamente se encarga de normativizar este preciso supuesto, en el que se le atribuye el uso de la vivienda familiar al cónyuge no propietario de la misma, también llamado beneficiario.

Para no dejar fuera de este análisis ningún escenario que pueda subsumirse en el artículo mencionado *ut supra* se enumeran a continuación los dos únicos que pueden darse: aquel en el que coincidan el cónyuge titular del derecho real que habilita la permanencia en la vivienda con el beneficiario del derecho de uso y aquel otro en el que el beneficiario del derecho de uso es distinto del titular de la vivienda. Para terminar rápidamente con el primero de los supuestos, cabe esclarecer que en dicho caso el derecho de uso carece de sentido, ya que queda absorbido dentro de las facultades que integran el derecho real de propiedad o aquel derecho que le haya permitido establecerse en la vivienda con la habitualidad suficiente como para considerarla familiar, como el derecho de usufructo. Por otro lado, la inscripción de dicha atribución del uso de la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad será explicada en lo sucesivo con mayor profundidad, a pesar de que ya estaría inscrita en el presente caso en forma de derecho real de propiedad.

En cambio, que el derecho de uso de la vivienda familiar le sea atribuido al cónyuge no propietario crea para este una variación respecto de la posición jurídica en comparación a aquella que tenía previa a la crisis matrimonial. Este cambio se manifiesta en que a partir del momento en el que el derecho de uso le es atribuido al cónyuge no titular de la vivienda familiar priva al cónyuge titular de este mismo derecho, al ser un derecho exclusivo y excluyente; y, además, ve limitadas las facultades de disposición sobre la vivienda familiar<sup>23</sup>, ya que no podrá

---

<sup>22</sup> La STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1600, 1998) afirma que “*las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de una hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso*”.

<sup>23</sup> Véase STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445): “*el consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno -es decir, concluido por otro- por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte*”.

disponer de esta sin el consentimiento<sup>24</sup> del otro cónyuge beneficiario o de una autorización judicial.

### **2.1.1. Limitación de disposición del cónyuge titular de la vivienda**

Cabe determinar los límites que encierra la restricción de la facultad de disposición del cónyuge propietario sobre la vivienda que reúne la condición de familiar y que su uso, a saber, derecho de posesión de naturaleza personal pero con transcendencia real, ha sido atribuido al cónyuge no propietario. Además de esclarecer los requisitos que han de estar presentes para que éste derecho pueda llegar a ser oponible frente a terceros.

Existen preceptos en el Código Civil que dan una previsión sobre qué ocurriría si se dispone de la vivienda familiar por parte de uno de los cónyuges estando constante el matrimonio, tales como el artículo 1320 y 1322, cuyo tenor literal reza 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”*, a lo que el segundo de los mencionados artículos establece una previsión sobre si finalmente uno de los cónyuges realiza cualquier acto de disposición de los previstos en el artículo transcrito, siendo que *“cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos. No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge”*.

Esto se resume en que, en el caso de que alguno de los cónyuges realice algún acto de disposición sobre la vivienda familiar y sus muebles sin el consentimiento del otro podrán ser dichos actos de disposición anulados o nulos, en el caso de disponer de ellos a título gratuito.

Como se puede apreciar, las redacciones del artículo 96 y 1320 del Código Civil son prácticamente hermanas. Siendo la única circunstancia diferencial que en el caso que describe el último artículo está constante el matrimonio, al estar incluido dentro del capítulo del Código

---

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Comentario a los Arts. 1320 y 1322”. Comentarios de las reformas del Derecho de Familia, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1.506, respecto de la naturaleza del consentimiento exigido al no titular, que *“es un requisito adicional del negocio jurídico dispositivo, que no puede considerarse como un complemento de capacidad, que no está limitada, sino que es una declaración de voluntad del tipo de las licencias y de las aprobaciones, en que aflora el ius prohibendi o derecho de veto mediante el cual se protege el interés del no titular”*.

Civil dedicado al régimen económico matrimonial primario, mientras que en el caso contemplado en el primero de ellos, no lo está.

Cabe hacer un ejercicio de prudencia ya que, a pesar de que sus redacciones tengan un alto grado de similitud, no pueden ser aplicados de forma análoga. Por lo que, ante el silencio jurisprudencial, no cabe, por esta parte, hacer una interpretación errónea de las consecuencias que puedan darse en lo contemplado por ambos preceptos, esto es, la anulabilidad o nulidad del acto de disposición patrimonial.

En el caso de aplicar de forma general las consecuencias previstas en el artículo 1322 del Código Civil a todos aquellos supuestos en los que es necesario que uno de los cónyuges preste su consentimiento al otro, *implicaría dar idéntica solución a problemas de base distintos, pues no es lo mismo el consentimiento necesario para enajenar un bien que pertenece a ambos cónyuges que el preciso para enajenar un bien del que no es titular el otro cónyuge*<sup>25</sup>.

#### *2.1.1.1. Límites a la disposición constante el matrimonio*

La jurisprudencia ha delimitado aquellos actos dispositivos incluidos en el artículo 1320 del Código Civil, constante el matrimonio, que necesitan reunir el consentimiento de ambos cónyuges para que no opere lo dispuesto en el artículo 1322. Se contemplan todos aquellos actos de disposición que supongan la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos que lleven consigo la posibilidad de que esto suceda<sup>26</sup>, como ocurre en los derechos reales de garantía.

Se desprende de la parca redacción del artículo que la limitación al derecho de disposición del cónyuge titular no se circunscribe solamente a los actos de disposición de la vivienda familiar, sino que también entraña la limitación de los actos de disposición de los derechos de esa vivienda. De tal forma que si la vivienda familiar es de uno solo de los cónyuges<sup>27</sup>, éste no

---

<sup>25</sup> CUENA CASAS, M.: *Disposición de la vivienda familiar y consentimiento del cónyuge no titular en situación de crisis y normalidad matrimonial*. Libro Homenaje al Profesor Miquel González, Thomson Cívitas,” pág. 8.

<sup>26</sup> STS de 8 de octubre de 2021 (RJ 3703, 2021): «*la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real*». En este sentido también se pronuncia la STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330), al decir que «*el citado artículo [Art. 1320 CC] habla de disponer de los derechos sobre la vivienda, por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad, extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda*».

<sup>27</sup> Nótese que es el único caso en el que la regla opera, ya que si la vivienda tiene naturaleza ganancial o pertenece a ambos cónyuges en régimen de proindiviso se aplican las reglas contempladas en los artículos 1377 y 399 del Código Civil. En el caso del primero de ellos, si la vivienda familiar reviste naturaleza ganancial, es preceptivo

podrá disponer de ella; de igual modo ocurre con los derechos personales, ya que en el caso de que solo uno de los cónyuges sea el arrendatario, éste solo no podrá extinguir el contrato ni modificar dicha relación arrendaticia si no opera el consentimiento del otro<sup>28</sup>.

Como se ha expuesto, no solo los actos de disposición entran dentro del ámbito de aplicación de la norma, sino que la constitución de ciertos derechos también, tales como los derechos reales de garantía<sup>29</sup>, en los que el incumplimiento de la obligación principal faculta a ejecutar el bien garantizado y, en consecuencia, a una eliminación forzosa del bien que reúne la condición de vivienda familiar.

En el caso de que no se cuente con el consentimiento del otro cónyuge y se haya llevado a cabo la transmisión patrimonial a título oneroso del inmueble que reúne la condición de vivienda familiar operará lo dispuesto en el artículo 1322 del Código Civil, siendo dicho negocio jurídico anulable. Aunque, de todas formas, operaría el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, que establece que *“cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”*. Dándose la posibilidad que el disponente no manifieste que la vivienda sea familiar y se realice un acto de disposición de la misma al manifestar que aquella no tiene tal carácter; posibilidad que se ve acotada por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1320 del Código Civil, en el que se prevé que la manifestación errónea o falsa no perjudicará al adquirente de buena fe. Caso que se ve reforzado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, cuyo tenor literal reza que *“el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro*

---

que ambos cónyuges presenten su consentimiento mutuo para llevar a cabo actos dispositivos sobre ella, ya que el mencionado artículo 1377 precisamente requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer a título oneroso de cualesquiera bienes gananciales, incluyendo la vivienda familiar. En el segundo artículo mencionado, se infiere la posibilidad de que cada uno de los comuneros, es decir, cada uno de los cónyuges, enajene o realice actos dispositivos sobre su cuota, tal y como menciona CUENA CASAS, M.: *“Régimen jurídico de la vivienda familiar”*. Yzquierdo Tolsada y Cuena Casas (Dirs.), Tratado de Derecho de Familia, Vol. III, Pamplona: Thomson-Reuters p. 297., *cuando se trata de la vivienda familiar tal posibilidad por parte de uno de los cónyuges resulta vetada ex Art. 1320 CC, en la medida en que el uso de la vivienda podría verse comprometido a futuro mediante el ejercicio por el tercero adquirente de tal cuota de la acción de división de la cosa común*.

<sup>28</sup> Artículo 12.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.: *Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge*.

<sup>29</sup> Véase la RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018, 2999): *Dentro de dichos actos de disposición se encuentran los actos de enajenación del pleno dominio o del usufructo de la vivienda, y los contratos de arrendamiento de la misma pues en todos estos casos la familia tendría que abandonar de forma inmediata la vivienda; también se incluyen los actos de constitución de hipoteca sobre la misma, pues en tal caso, al afectar al llamado "ius distrahendi", puede conllevar que la familia tenga que abandonar la vivienda en el futuro, en caso de ejecución hipotecaria*.

*aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”.*

Pero, en referencia a lo expuesto sobre si la manifestación errónea o falsa no perjudica al tercer adquirente de buena fe, se plantea la problemática de que si el cónyuge titular y disponente de la vivienda familiar no manifiesta que el inmueble tiene tal carácter nos encontramos ante un auténtico fuera de juego del artículo 1322 del Código Civil. Fuera de juego que la STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445) resuelve al establecer como requisito de validez del acto de disposición el consentimiento del otro cónyuge no titular, ya que la ausencia de consentimiento determina la anulabilidad del negocio jurídico (FJ 5º). Es decir, que el defecto de consentimiento implica la anulabilidad del acto de disposición al entrar en juego el artículo 1322 del Código Civil y no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, haciendo que la inscripción registral ni convalide ni le de eficacia al acto dispositivo anulable<sup>30</sup>.

#### *2.1.1.2.Límites a la disposición tras el matrimonio*

En este caso es en el que se aplica lo dispuesto en el artículo 96.3 del Código Civil, que prevé una limitación a la facultad de disposición del cónyuge titular de la vivienda considerada como familiar y permite la inscripción al cónyuge beneficiario de dicha limitación en el Registro de la Propiedad<sup>31</sup>. El límite establecido en el mentado artículo hace que el titular de la vivienda

---

<sup>30</sup> En ese sentido véase a FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, «La disposición de la vivienda familiar», pág. 14: *si la mera manifestación errónea o falsa del disponente no perjudica al adquirente de buena fe la protección pretendida por el legislador frente a la disposición unilateral de la vivienda familiar por uno de los cónyuges se vería desprovista de su sentido en términos prácticos, visto que, lógicamente, tal manifestación siempre será errónea o falsa y el carácter familiar de la vivienda no cuenta con un status registral autónomo.*

<sup>31</sup> Concretamente, tras la reforma del mentado artículo por la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la cual dispone que *«esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad»*, tal y como reconoce nuestro Alto Tribunal en la reciente Sentencia de 18 de abril de 2023, al aclarar que *«[...] el Art. 96 CC, en su actual redacción, perfectamente extrapolable a su anterior contenido normativo, es la “restricción en la facultad de disposición sobre la vivienda familiar” la que “se hará constar en el Registro de la Propiedad” y no, por lo tanto, una suerte de usufructo asimilado [...]»*, queda claro que lo realmente inscribible en el Registro de la Propiedad no es el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido, sino que es inscribible la restricción a la facultad dispositiva del cónyuge titular, al no configurarse el derecho de uso como un derecho real, si no como un derecho de naturaleza personal con transcendencia en el campo de los derechos reales, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Hipotecaria: *«Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles»*. Este artículo es correlato con la previsión inscriptiva del artículo 96.3 del Código Civil, que a su vez hace que no entre en contradicción con el cierto efecto *erga omnes* que entraña la atribución del uso, ya que, al ser este derecho una mera proyección del que ya existía constante el matrimonio, fuera real o personal, es sobre este derecho primigenio sobre el que descansa la oponibilidad *erga omnes* del derecho de uso atribuido y no nace del mismo. Dando aun mayor fuerza a la teoría de que el derecho de uso es un derecho personal, al afectar al beneficiario y relacionarlo directamente mediante la proyección del derecho del que este es titular, con efecto en el campo de los derechos reales, al compartir efectos que les son propios pero, no siendo suyo el origen, si no valiéndose de aquel que fuera primigenio.

familiar vea limitadas sus facultades de disposición de la misma en el caso de que no cuente con el consentimiento del otro cónyuge<sup>32</sup>.

Las limitaciones a la disposición de la vivienda cuyo uso ha sido atribuido han sido concretadas por la STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323) en su fundamento jurídico tercero, en donde se argumenta que *comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el art. 96 IV CC en los siguientes términos: “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”*. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN 10 octubre 2008)<sup>33</sup>.

Se reproduce lo descrito en el anterior apartado para los límites de disposición de la vivienda familiar constante el matrimonio: todos aquellos actos de disposición que supongan la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos que lleven consigo la posibilidad de que esto suceda son los subsumibles dentro de la categoría de “actos de disposición” y, por lo tanto, necesitan el consentimiento del beneficiario del derecho de uso.

Otro sector doctrinal mantiene que la limitación a la disposición de la vivienda del titular de la misma únicamente opera respecto del derecho de uso atribuido, sin que pueda verse mermada la facultad de disposición del derecho de propiedad, ya que, tras la crisis matrimonial, es un derecho que goza de entidad propia<sup>34</sup>.

Esto es así debido a que la situación que contempla el artículo 96 es en la que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges, y no es entendible éste no pueda enajenar dicho inmueble o hipotecarlo, en su caso, ya que no hay un choque de compatibilidad entre

---

<sup>32</sup> En la misma línea lo argumenta la RDGRN de 27 de diciembre de 2018 (RJ 2017, 5862): «[...] el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado un derecho ocupacional, y por otro una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el consentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial (cfr. Art. 96, último párrafo, del Código Civil)».

<sup>33</sup> Planteamiento reproducido en las SSTS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 352) y de 18 de abril de 2023 (JUR 2023, 180930).

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, «La disposición de la vivienda familiar», pág. 27 y CUENA CASAS, M.: «El régimen jurídico de la vivienda familiar», cit., pp. 305 y ss.

dichos actos de disposición y el derecho de uso atribuido. De hecho, en el caso de que la limitación también operase en tales supuestos, no es entendible que en el caso de que haya copropiedad por parte de los cónyuges se pueda ejercer la acción de división de cosa común, tal y como se explicará más adelante, sin que para ejercerla se requiera el consentimiento del otro cónyuge. Dichos extremos son comparables puesto que el resultado que producen es idéntico, la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que le es oponible el derecho de uso, siempre que la limitación a la disposición figure en el Registro de la Propiedad o que a pesar de no estar inscrito es desconocido por el adquirente, porque, en caso de que no sea así, entrará en juego la figura del tercer hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Ello es debido a que lo único que se limita en la redacción del artículo 96 es la disposición de la vivienda familiar en tanto en cuanto se le ha atribuido judicialmente el derecho de uso de la misma al otro cónyuge. Esto supone que la enajenación de la vivienda considerada como familiar llevada a cabo por el ex cónyuge que ostenta la propiedad del inmueble tenga que contar con el consentimiento para la validez del acto dispositivo, por lo que, una vez dado el consentimiento para disponer de la vivienda, lleva aparejado no solo la enajenación de esta, sino que es en el propio acto de transmisión patrimonial en el que se extingue el derecho de uso judicialmente atribuido<sup>35</sup>. Lo que realmente se está permitiendo al prestar el consentimiento es que se extinga el derecho de uso atribuido y no la enajenación en sí<sup>36</sup>.

Cabe destacar el hecho de que el derecho de uso de la vivienda familiar habitual es una de las facultades que le son propias al dominio del titular de dicho inmueble; y lo que limita dicha atribución del derecho de uso no es más que aquellos actos encaminados a la extinción del mismo o aquellos que generen nuevos derechos que puedan colisionar con éste, como por ejemplo el arrendamiento de la vivienda o de la constitución de un nuevo derecho de usufructo a favor de un tercero.

Lo que entraña que el adquirente de un inmueble afecto por el derecho de uso atribuido a uno de los ex cónyuges deberá mantener el derecho de uso siempre y cuando se haya inscrito en el Registro de la Propiedad la limitación de la facultad dispositiva del transmitente. Ya que, si no estuviera inscrito – o el adquirente desconociera su existencia – éste será protegido por lo

---

<sup>35</sup> CUENA CASAS, M.: Disposición de la vivienda familiar y consentimiento del cónyuge no titular en situación de crisis y normalidad matrimonial. Libro Homenaje al Profesor Miquel González, Thomson Cívitas, pág. 14.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ CHACÓN, IGNACIO, «La disposición de la vivienda familiar», pág. 28.

dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y quedaría exonerado de mantener dicho derecho de uso<sup>37</sup>.

Pero, en el caso de que el consentimiento no sea prestado por el cónyuge beneficiario del uso, ¿qué sanción prevé el ordenamiento jurídico? Para este tipo de casos (no aquellos explicados *ut supra*, si no para los supuestos en los que a pesar de estar debidamente inscrito la limitación a la facultad dispositiva en el Registro de la Propiedad se transmite el inmueble) la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que no encajaría la nulidad del acto jurídico<sup>38</sup>, sino que lo apropiado sería que el incumplimiento de dicho consentimiento dual en el que falta uno de los dos, el acto jurídico presentaría un vicio que lo convierte en anulable por el usuario cuyo consentimiento se haya omitido.

### **2.1.2. La hipoteca de la vivienda objeto de derecho de uso**

Tal y como se ha expuesto en apartados anteriores tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado ha incluido la figura de la hipoteca dentro de los actos de disposición de la vivienda familiar que requieren el consentimiento del cónyuge, tanto constante el matrimonio como después de la crisis matrimonial., debido a que se crea la potencial posibilidad de ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, al suponer que la pérdida del dominio del bien inmueble lleva aparejado la imposibilidad de su uso por la familia.

Es por ello que no se puede hipotecar el bien inmueble vigente el matrimonio ni tras la ruptura matrimonial en el caso de que el uso de dicho inmueble haya sido atribuido al cónyuge no titular. Pero cabe preguntarse qué ocurre en los casos en los que se establece una hipoteca antes

---

<sup>37</sup> Tal y como informa la RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (JUR 2023, 381112) (BOE-A-2023-15169): «Como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 17 de mayo de 2005, con criterio mantenido en otras, “cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (al igual que ocurriría si fuera soltero, viudo o divorciado) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el artículo 1.320 del Código Civil (cfr. Resolución de 6 de marzo de 2004)”. Debe advertirse que tampoco se exige tal manifestación para todo acto de disposición realizado por una persona divorciada en previsión de que sobre la vivienda sobre la misma se haya constituido a favor del ex cónyuge el derecho de uso que contempla el artículo 96 del Código Civil. Así, no cabe olvidar: a) que este derecho de uso ex artículo 96 de dicho Código es inscribible en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; b) que dicho derecho deberá estar debidamente inscrito para que perjudique a terceros (cfr. artículo 13 de la Ley Hipotecaria), y c) que se presume legalmente que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en los términos del asiento respectivo (cfr. artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Por ello, debe concluirse que el registrador –que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria deberá atenerse en su calificación a lo que resulte del documento presentado y de los libros a su cargo–, sólo puede exigir aquel consentimiento o autorización judicial cuando ese derecho de uso de la vivienda de que se va a disponer constare en aquéllos, pues, en otro caso, habrá de estar al pronunciamiento registral de un dominio pleno y libre a favor del ex cónyuge disponente (cfr. Resolución de 31 de marzo de 2000)».

<sup>38</sup> CERVILLA GARZÓN, M. D.: Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día. InDret Revista para el análisis del Derecho nº 4/2017 págs. 7: *La sanción ante la falta de consentimiento no es otra que la anulabilidad del acto dispositivo; acción para la que está legitimado el cónyuge usuario que no consiente y prosperará siempre.*

del matrimonio o antes de que dicho inmueble, constante el matrimonio, tenga la consideración de vivienda familiar.

El artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla sobre las comunicaciones de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho y establece que en la medida que [...] *conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación.* Por lo que, en el caso del derecho de uso atribuido el cónyuge beneficiario tendría, en un principio y sin perjuicio de lo expuesto a continuación, capacidad de personarse en el proceso de ejecución, máxime en vista de que en el mismo artículo *in fine* se establece que *El ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el Tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble [...]. En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble.* Todo ello acompañado de la aplicación de los artículos 132 de la Ley Hipotecaria, 662, 675 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, de la doctrina jurisprudencial del tercer poseedor encontrada en la STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013, 79). Todo ello supone un choque con el derecho de uso atribuido al cónyuge beneficiario que habrá que determinar si entra o no dentro del ámbito de aplicación de los artículos enunciados.

El razonamiento de la RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1336)<sup>39</sup> establece que no resulta aplicable el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en este tipo de casos, puesto

---

<sup>39</sup> Cuyo Fundamento de Derecho nº4 reza que *Hay que tener en cuenta en primer lugar que el artículo 661 tiene como epígrafe «comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria», y el caso del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito no es asimilable a ninguno de estos supuestos, ni se trata de un arrendamiento, cuyas consecuencias para el arrendatario en caso de ejecución hipotecaria son objeto de legislación específica, ni de una mera ocupación de hecho o posesión puesto que el uso se reconoce y atribuye judicialmente y, como ha quedado expuesto, es oponible a terceros y objeto de la publicidad y protección inherentes a su acceso al Registro de la Propiedad, acceso del que no disfrutaría si se tratara de una mera ocupación asimilable al precario.*

*La figura del usuario, por el contrario, se encuadra mucho más adecuadamente en los supuestos del artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a titulares inscritos y que en su apartado 2 señala «se considerará, asimismo, tercer poseedor a quien, en el tiempo a que se refiere el apartado anterior, hubiere adquirido solamente el usufructo o dominio útil de la finca hipotecada o embargada, o bien la nuda propiedad o dominio directo».*

*La diferencia entre ambas figuras, tercero ocupante y tercer poseedor, está en que el «tercer ocupante» sólo tiene título de posesión del artículo 438 del Código Civil (LEG 1889, 27), mientras que el «tercer poseedor» tiene título inscrito, lo cual permite que en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, pueda liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien.*

*De ahí que los terceros poseedores, incluyendo al usufructuario y al titular del derecho de uso, no solo deben ser demandados, sino también requeridos de pago, como se deduce de los artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886).*

*Conforme a lo anterior, como ya apuntó este Centro Directivo en su Resolución de 23 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1595), si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar y la finalidad de protección que*

que el derecho de uso atribuido de la vivienda familiar no entra dentro del ámbito subjetivo de la norma y que solamente entraría dentro del ámbito del art. 662 LEC, en el caso de que su derecho de uso figure inscrito. Entonces, si su derecho figura inscrito, ha de ser demandado en el procedimiento ejecutivo y ser requerido al pago, independientemente de que de que la hipoteca hubiera sido constituida con anterioridad a la atribución judicial del uso.

En el caso de que no figure inscrito dicho derecho de uso, tal y como dice la RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1336) en su Fundamento de Derecho nº5: *[...] si el usuario, como en este caso, pudiendo hacerlo no ha inscrito su derecho en el Registro no podrá oponerlo frente a terceros que sí hayan inscrito los suyos. Esto supone que si el derecho de uso no está inscrito, no podrá oponerse al adquirente del inmueble que cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en cuanto al procedimiento de ejecución, no podrá tener intervención en el mismo, en la forma prevista en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes relacionado que exige que acredite la inscripción de su título de adquisición. Por tanto, a estos efectos, la inscripción es un requisito para la intervención en el procedimiento.* Lo que se resume en que si el derecho de uso no figura inscrito en el Registro de la Propiedad, no podrá ser opuesto a terceros que cuenten con una inscripción registral previa y cumplan con los requisitos del art. 34 LH. Esto significa que si después de la demanda ejecutiva se descubre que hay un tercer ocupante, entraría en juego el artículo 661 LEC, como con cualquier otro ocupante cuyo derecho no figure inscrito.

Todo lo descrito y explicado en el presente epígrafe se ha visto recientemente modificado por la STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023, 180930) donde rechaza que el cónyuge beneficiario sea sujeto de aplicabilidad del art. 662 LEC. En dicha Sentencia el cónyuge beneficiario del derecho de uso no adquirió el bien hipotecado ni era titular de ningún derecho real sobre el inmueble, por lo que el propio Tribunal realiza una comparación de tal derecho de uso con un arrendamiento de vivienda a los efectos registrales de los artículos mencionados en un procedimiento de ejecución hipotecaria al establecer (en su Fundamento Jurídico 3º) que *también los arrendamientos tienen acceso al registro (art. 2, apartado quinto de la LH) y no por ello los arrendatarios, en su condición de poseedores con título inscrito, son parte*

---

*justifica la concesión del derecho de uso resultante de un proceso matrimonial, debe entenderse que quien lo ostenta ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria y requerido de pago, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia número 79/2013, de 8 abril (RTC 2013, 79) ), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. Resolución de 23 de marzo de 2015).*

*necesaria contra los que deba dirigirse la demanda ejecutiva y llevarse a efecto el requerimiento de pago, sin perjuicio de los derechos que les correspondan (art. 25 LAU).*

Por lo que, siguiendo la línea jurisprudencial, se descarta la catalogación del derecho de uso del cónyuge beneficiario como tercer poseedor y lo excluye del ámbito de aplicación del art. 662 de la LEC, por lo que no es parte necesaria del procedimiento ni debe de ser requerido al pago, sino que solamente se equipara a cualquier otro ocupante de hecho, según lo establecido en el art. 661 LEC.

## **2.2.VIVIENDA FAMILIAR PERTENECIENTE A AMBOS CÓNYUGES**

Puede darse el caso, de hecho no es infrecuente, de que la vivienda familiar no esté bajo el dominio de uno solo de los cónyuges, sino que puede que ambos tengan un régimen de copropiedad sobre la misma o esté integrada dentro de la sociedad de gananciales en caso de que tengan dicho régimen económico matrimonial.

El resultado es que el cónyuge cotitular y beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar ostenta, no solo su parte proporcional de la propiedad y su derecho de uso correlativo, sino que se le añade el derecho de uso del otro cotitular, facultad que se desprende del dominio. Siendo claros, esto no quiere decir que se le atribuya el derecho de uso de la parte que le corresponde al cónyuge cotitular no beneficiario, sino que se le atribuye a aquel que es beneficiario la totalidad, y no de forma parcial por la parte que le corresponde al no beneficiario del derecho de uso de la vivienda familiar.

Ante esto, cabe plantearse dos preguntas, ¿la acción de división de la cosa común supone la extinción del derecho de uso? ¿Es motivo suficiente que exista un derecho de uso sobre el bien inmueble para impedir la extinción?

El particular régimen de titularidad en el que existe una copropiedad de los cónyuges permite que se le pueda aplicar los mecanismos previstos en el Código Civil para poner fin a dicho régimen de propiedad compartida, esto es, la acción de división de la cosa común contemplada en el artículo 400 de la norma<sup>40</sup>. No suponiendo esta división de la cosa común ninguna

---

<sup>40</sup> ZUMAQUERO GIL, L. “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar”, Revista de Derecho Patrimonial nº32, año 2013, pág. 382: “*Es doctrina jurisprudencial reiterada que la regla del artículo 400 rige también en aquellos casos en los que la vivienda familiar se encuentre gravada con un derecho de uso a favor de uno de los cónyuges. El que exista un derecho de uso sobre la vivienda familiar no es motivo suficiente para impedir la división.*” [...] “*El Tribunal Supremo se pronuncia a su vez sobre la subsistencia del derecho de uso en estos casos al afirmar que el ejercicio de la acción de división no se va a traducir en ningún caso en la automática extinción del derecho de uso, al no haber variado las circunstancias en las que se produjo su atribución.*”.

intromisión en el derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge beneficiario, puesto que, como se ha explicado anteriormente, la enajenación del bien inmueble no supone un detrimento o limitación a dicho derecho de uso<sup>41</sup>, no como si lo supondría la constitución de un usufructo o el arrendamiento del mismo.

Si se adquiere la propiedad por un tercero, mediante acción de división de cosa común o cualquier otro medio habilitado para transmitir la propiedad a tal efecto, resultaría oponible a este tercer adquirente el derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge cotitular, siempre que conste inscrito en el Registro de la Propiedad, tal y como se prevé en el artículo 96 del Código Civil.

Merece ser destacado de lo expresado en este punto, que la acción de división de la cosa común no supone, en consecuencia, ni una alteración ni una extinción del derecho de uso de la vivienda familiar<sup>42</sup>.

### **3. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UN TERCERO**

No encierra imposibilidad alguna el hecho de que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero y los cónyuges se encuentren en la misma en virtud de algún título jurídico válido, tal como un contrato de arrendamiento suscrito por cualquiera de ellos o ambos o, también se puede dar el caso en el que no dispongan de ningún título jurídico alguno y esta haya sido cedida en

---

<sup>41</sup> En este sentido, ROBLEDO VILLAR, A.: “La actio communi dividundo ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial”. Diario La Ley, 1995, tomo 4, pág. 4; argumenta que es perfectamente posible ejercitar la *actio communi dividundo* siempre que, bien uno de los cónyuges o un tercero, siendo estos los futuros adquirentes, respeten el mentado derecho de uso atribuido. En los mismos términos las SSTs de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383), de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493), 4 diciembre 2000 (RJ 2000, 9323), 28 marzo 2003 (RJ 2003, 3040) y 8 mayo 2006 (RJ 2006, 2342), entre otras).

<sup>42</sup> Este es el sentido recogido por la práctica unanimitad tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Véase a PÉREZ CONESA, C.: “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm.3/2012, Editorial Aranzadi, págs. 75-80; la cual mantiene que, al igual que las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994 y de 28 de marzo de 2003, la acción de división sobre la cosa común es procedente al no afectar a la subsistencia de la medida judicial que atribuye el uso al cónyuge beneficiario, al no la acción de división de la cosa común eliminadora de los efectos desplegados bien en sentencia, bien en convenio regulador, por el artículo 96 del Código Civil. Más cercana en el tiempo, la Sentencia del Tribunal Supremo de diciembre de 2008, argumenta que los derechos que entran en juego son perfectamente compaginables siempre que se mantenga el derecho de uso. Es más, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, recalca el hecho de que ningún comunero está obligado a pertenecer o a mantenerse en la comunidad de propietarios y ninguno de los otros comuneros tiene la opción de impedir la acción de división de aquel, pudiendo imponer la división de la cosa al otro cónyuge y que de ello no puede derivar la extinción del uso atribuido.

su uso por alguna tercera persona en base a las relaciones personales de parentesco, amistad o, simplemente, buena voluntad.

Lo que contempla este epígrafe es que ninguno de los cónyuges sea titular de la vivienda o detente algún derecho real sobre la misma, sino que su estancia en la vivienda descansa sobre un derecho de carácter personal, sea o no oneroso, como puede ser el comodato, un contrato de arrendamiento con el titular de la vivienda o, separadamente, el mero precario.

Pero, ¿qué es lo que realmente se está cediendo en este tipo de casos? Una de las respuestas posibles es que se está cediendo el uso de la vivienda. Se trata de un tolerado del que no se constituye mediante un acto formal y que además es intransferible<sup>43</sup>.

Cabe traer a colación la interpretación hecha por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de diciembre de 2005, en la que se establece que si los cónyuges carecían de un título jurídico propio que les permitiese ejercer la posesión de la vivienda constante el matrimonio no puede ocurrir que, una vez se ponga fin al matrimonio se cree un derecho nuevo que respalde la atribución judicial del uso a uno de los cónyuges, puesto que este nunca ha existido, dejando al beneficiario de dicho derecho de uso en una situación de precario. En esa misma línea argumental continúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994, al señalar que *“la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía”*, como reproduce la STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274).

Se trata, por tanto, de determinar si esa cesión gratuita y tolerada, de uso de la vivienda que hace el tercero titular, cedente, a favor del matrimonio, cesionario, constituye o no un título jurídico y se puede transformar en negocio jurídico que sostenga el posterior derecho de uso que se le atribuye al cónyuge beneficiario una vez ocurre la crisis matrimonial, a saber, si se entiende que la cesión de la vivienda a favor del matrimonio se trata de un comodato o de mero precario. Situación que no se da en el caso de que haya un contrato jurídico como el arrendamiento, ya que, como se explicará en lo sucesivo, ahí entraría la regulación *ex professo* de nuestra Ley *locaticia*.

---

<sup>43</sup> CREMADES GARCÍA, P.: “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, enero 2008, pág. 16.

### 3.1. SIN TÍTULO JURÍDICO

En atención a lo explicado con anterioridad, cabe concluir que no es posible la creación de un derecho nuevo que no tuviera ninguno de los cónyuges constante el matrimonio con la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de ellos. Dándose el caso de que si no tenían ningún título jurídico válido para usar la vivienda familiar y que, esto haya sido llevado a cabo debido a las relaciones familiares, de amistad o puramente benévolas, de uno de ellos, imaginemos, gracias a la cesión de la vivienda por parte de un tercero familiar del cónyuge que tras el proceso de separación o divorcio no resulta beneficiario del uso de la vivienda familiar, resultaría que el cónyuge que sí termina siendo beneficiario del uso de la vivienda familiar no tiene ningún título jurídico válido para ello.

Es menester, por lo tanto, determinar cuál es el título jurídico válido según el cual se les permitía a los cónyuges poseer el inmueble vigente el matrimonio. Alguna de las opciones que se barajan es que haya existido un contrato de comodato o que se encuentren en situación de precario<sup>44</sup>. Que haya habido un contrato de comodato determina que, independientemente de si éste estaba suscrito por uno de los dos o por ambos, no se pueda desalojar la vivienda familiar hasta el vencimiento de aquel, ya sea por razón del plazo o por razón del fin, o hasta que el comodante lo reclame invocando el precepto del artículo 1749 del Código Civil. Otra de las posibles opciones mediante la cual los cónyuges podían poseer el inmueble vigente el matrimonio es hayan estado en precario. En este caso, los propietarios podrían reclamar la restitución de la posesión en todo tiempo<sup>45</sup>.

Ahora bien, en el comodato, cabe marcar la diferencia entre el uso de la cosa para la cual se presta y en fin de haberla prestado. El préstamo de una cosa para su uso entraña que se usará para las características que le son propias (el ejemplo de un coche para conducir) y esto no puede equipararse al fin por el que se cede la cosa (el coche para ir a una determinada localidad); ya que, de lo contrario y en referencia a la temporalidad del artículo 1749 del Código Civil, se

---

<sup>44</sup> La figura del comodato y del precario, tienen una razón de ser común, que es la cesión de la posesión de una cosa en favor del beneficiario, y su carácter gratuito, pero se diferencian en que el comodato cede la posesión sometida a un plazo o fin específicos, y una vez terminado dicho plazo o fin, el comodante puede reclamar la cosa; mientras que en el precario, el que cede la cosa la puede reclamar en cualquier momento. En ese sentido véase la STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 8848), que considera al comodato como “*un contrato que está caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto*”.

<sup>45</sup> STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330): “*quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídica superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. La atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí sólo proteger al que la familia ya tenía*”.

vería desvirtuado su sentido, ya que mientras la cosa siguiera resultando de utilidad para el prestatario, dicho contrato sería indefinido<sup>46</sup>.

En suma a lo descrito anteriormente, la línea jurisprudencial seguida por los tribunales en estos tiempos no llega a valorar siquiera si existe la figura del comodato en cada caso concreto, ya que desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008, el hecho de que la vivienda familiar sea de un tercero supone la instantánea consideración del cónyuge beneficiado por el derecho de uso atribuido judicialmente como en un estado de precario. Misma línea argumental es seguida por la Sentencia plenaria del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, en la que se argumenta que *“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 desahucio”*.

Esta línea argumentativa entraña que el derecho de uso de la vivienda familiar no genera un título autónomo y válido de posesión que habilite al ex cónyuge seguir en el uso del domicilio familiar; además de que en el caso de que se diera la existencia de un contrato de comodato constante el matrimonio, éste solamente sería eficaz y desplegaría sus efectos mientras se le dé el uso específico y determinado para el cual habría sido constituido, suponiendo que, tras el matrimonio, se transforme en precario por haber perdido aquel fin de suponer la vivienda objeto del contrato el destino de familiar, al habérsela concedido a uno de los cónyuges con tal propósito y estos haber puesto fin al matrimonio.

Lo mismo se da en la STS de 13 de abril del 2009 (RJ 2009, 2895), en la que tenía el pleno dominio de la vivienda familiar uno de los cónyuges y que, previamente a la crisis matrimonial, transmite el usufructo de la misma a sus padres mediante contrato de compraventa. Siendo que los padres del cónyuge que ostenta ahora la nuda propiedad ceden el uso, sin título concreto y

---

<sup>46</sup> En este sentido véase CUADRADO PÉREZ, C.: “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”. Revista crítica de Derecho Inmobiliario nº734, págs. 3170, que sostiene que *“la exégesis correcta de lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil es la preconizada por la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, pues, para poder hablar de comodato, el uso pactado ha de tener una duración finita aunque en el momento inicial no se conozca no exactitud cuándo se extinguirá, de tal forma que el comodante no puede reclamar la restitución de la cosa prestada antes del final de la utilización prevista (salvo que la necesite urgentemente). Cuando el inmueble se cede para su uso genérico como vivienda familiar, la duración de tal cesión resulta indefinida. Si aceptáramos que tal finalidad constituye un uso específico y determinado, y, por consiguiente, su configuración como comodato, la duración de esta cesión gratuita se dejaría al exclusivo arbitrio del comodatario; el propietario del inmueble, por su parte, se vería inerte y desposeído del mismo de manera ilimitada, ya que su duración se dilataría mientras la vivienda sirviera a tales fines”*.

de forma gratuita, a su hijo y al cónyuge de este para que puedan seguir ocupando la vivienda en cuestión. Tras la crisis matrimonial, le es atribuido el uso al cónyuge del titular de la nuda propiedad, resultando que ni el nudo propietario ni los usufructuarios tienen el uso de la misma. Tras ello, uno de los usufructuarios promovió demanda de desahucio por precario resultando resultados contradictorios en la instancia y, posteriormente, en la AP, considerando la primera la existencia de un precario y la segunda la existencia del comodato.

De esta sentencia se pueden extraer las características y razonamientos llevados a la práctica por nuestro Alto Tribunal a la hora de determinar si existe un precario o un comodato, tales como:

- a. *En la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica.*
- b. *Se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto determinado al que se ha destinado la cosa -lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal-, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista.*

Extraídas estas notas diferenciadoras, en el caso concreto, resulta relevante el hecho de que el actor (usufructuario) no es el pleno propietario, además de que el derecho de usufructo lo adquirió del que hasta entonces ostentaba el pleno dominio del inmueble que constituía por aquel entonces la vivienda familiar. Siendo que el usufructo nace del pleno dominio por un contrato de compraventa al momento que dicho inmueble reunía la condición de familiar porque así desde un primer momento lo consintió el cónyuge no titular, haciendo que se cumpliera la previsión consensual del art. 1320 CC. Es por ello que *la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia debe mantenerse ahora en esta sede, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque los datos anteriores permiten concluir que la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario (FJ 2º).* Encontrando el TS en el consentimiento tácito de continuación del hogar como familiar el fin requerido para que opere el contrato de comodato.

### **3.2.CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

No cabe duda de que, en la actualidad, la redacción del artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos contempla una subrogación para el cónyuge beneficiario del derecho de uso de la vivienda atribuido judicialmente en el caso de que el arrendatario no sea este, si no su expareja. Únicamente bastando para ello un requisito que enuncia el propio artículo: la notificación de la voluntad de continuar con el arrendamiento del nuevo arrendador, que se ha subrogado como consecuencia de dicha decisión judicial en la posición del anterior arrendatario y expareja, en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, tal y como contempla, por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2015.

Sin embargo, hasta el presente día, no quedan claros cuales son los efectos en el caso de que haya ausencia de dicha comunicación al arrendador de la voluntad de continuar en la vivienda del nuevo arrendatario beneficiario del uso de la vivienda familiar por decisión judicial. El problema se plantea en cómo solucionar el choque del derecho de uso del nuevo arrendatario con la falta de subrogación legal ante la ausencia de notificación. Solución que no es intrascendente, ya que entran en juego los derechos del cónyuge titular del derecho de uso de una vivienda que no es suya y que no se ha subrogado legalmente en tiempo y forma, con el derecho del arrendador de la vivienda de su propiedad.

Debido a lo enunciado en el párrafo anterior, no han sido pocas las veces que ha tenido que unificar doctrina nuestro Alto Tribunal, sobretodo antes de la reforma operada tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Se consolida la opinión de que la solución del choque de derechos de aquel cónyuge beneficiario del derecho de uso que no ha realizado comunicación de su voluntad de continuar al arrendador, pierda la oportunidad de ser parte titular del contrato y, en consecuencia, no tendría oportunidad de continuar en el inmueble a pesar de que exista una atribución judicial del uso<sup>47</sup>.

### **3.3. MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERCERO PROPIETARIO**

La figura del tercero propietario en exclusiva se ve indefensa ante este tipo de procedimientos en los que no puede interferir ni personarse y ve como le atribuyen el derecho de uso en

---

<sup>47</sup> En ese sentido, véase STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5608), en la que establece que “*para que el usuario pase a ser titular del contrato, la atribución del uso de la vivienda arrendada se haga de forma permanente o en un plazo superior al plazo que reste por cumplir del contrato de arrendamiento. Por supuesto, y por ello se mantiene, es necesario que la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda*”.

exclusiva a uno de los cónyuges que hasta el momento de la crisis matrimonial venían desarrollando conjuntamente con o sin título jurídico que les habilitase a tal efecto. Es por ello por lo que el tercer propietario se ve forzado a acudir a un procedimiento declarativo para poder recuperar la posesión del inmueble cuyo uso le ha sido atribuido al cónyuge beneficiario.

Es curioso cómo a lo largo de la vida de un procedimiento de separación o divorcio los órganos jurisdiccionales civiles no realicen ningún tipo de averiguación de la titularidad del inmueble considerado como vivienda familiar y únicamente acrediten si éste tiene tal carácter para atribuir su uso al cónyuge con el que quedan los hijos en custodia o cuyo interés resulte más digno de protección. Esta circunstancia que hace que los Juzgados y Tribunales no examinen la titularidad de la vivienda familiar sumada a que el tercero le resulte imposible acreditar la misma (ni ninguna otra pretensión) en un procedimiento de separación o divorcio genera no infundadas dudas sobre la posible indefensión al no poder hacer valer sus intereses legítimos sobre, recordemos, una facultad que deriva y es propia del derecho de propiedad, como es la posesión del bien.

El Tribunal Constitucional ha rechazado la idea de que se produzca indefensión en la Sentencia del 29 de septiembre de 2003, en la que afirma que el derecho de uso de la vivienda familiar que se atribuye por decisión judicial a uno de los cónyuges es oponible solamente entre ellos, no *erga omnes*, y no puede afectar a terceras personas que no tienen que ver con el matrimonio al que se le ha puesto fin tras la vicisitud matrimonial concreta, y que, en consecuencia, tampoco pueden ser parte en el procedimiento matrimonial que atribuye el uso de la vivienda a uno de los cónyuges por mucho que un tercero sea el titular de la misma<sup>48</sup>. Siendo posible acudir posteriormente a un procedimiento declarativo para recuperar la misma, siendo éste proceso el contenido en el artículo 250.1.4º de nuestra Ley ritaria.

---

<sup>48</sup> En ese sentido, en la Sentencia de referencia, el Tribunal Constitucional no considera que haya una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de la negativa al tercer propietario a intervenir en un proceso de crisis matrimonial. Además, véase a PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre”. DPC, núm. 18, pág. 351: “considerando que el derecho de quien no es parte inicial de un procedimiento a intervenir en el mismo dependerá de que tenga interés directo y legítimo, como actualmente establece el art. 13 de la LEC 1/2000, que justifique que para él este procedimiento no sea, como en la generalidad de los casos, «res inter alios acta», es decir, que su resultado no le sea ajeno. Se entiende que un tercero tiene un interés legítimo para intervenir en un procedimiento, cuando la sentencia que se dicte en el mismo se erija en un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de una relación jurídica de la que es titular. En este sentido, el propietario de un bien no tiene un interés legítimo a obtener un pronunciamiento declarativo de su derecho de propiedad en un procedimiento, simplemente porque éste tenga por objeto una relación jurídica conexa con dicho bien, a menos que en dicho procedimiento pueda constituirse, modificarse o extinguirse una relación jurídica que afecte a su derecho de propiedad, ya sea por cuestionar su misma existencia o por limitar sus facultades dominicales”.

En resumidas cuentas, en el caso de que hubiera un título que haya sustentado la estancia del matrimonio en el inmueble del tercero, sea contrato de arrendamiento o sea comodato, el tercero propietario carece de interés legítimo para intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial al no repercutirle en sus facultades dominicales. Además, solo en el caso de que haya precario, podrá ejercitar la acción de desahucio.

#### **4. VIVIENDA FAMILIAR EN COPROPIEDAD CON UN TERCERO**

No son pocas las controversias jurisprudenciales recogidas en torno a la figura del tercero que se encuentra en régimen de copropiedad con uno o ambos de los cónyuges que afrontan una crisis matrimonial y que a uno de ellos se le atribuye el uso de la vivienda familiar por decisión judicial.

Concretamente ha sido la controversia resuelta por el Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de enero de 2010<sup>49</sup> – que ha sido uno de los principales motivos de elaboración del presente

---

<sup>49</sup> Para seguir el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo, del que se extraerán las conclusiones a plasmar en el presente epígrafe, es interesante comentar el proceso seguido en el Juzgado de primera instancia y, posteriormente, en la Audiencia Provincial. En la instancia se desestima una demanda de desahucio por precario de uno de los dos copropietarios del inmueble considerado como vivienda familiar, del que uno de los cónyuges era el otro copropietario. Situación dada debido a que, constante el matrimonio, uno de los copropietarios había cedido al otro el uso de la vivienda en régimen de comunidad de propietarios debido a que el cesionario iba a contraer matrimonio y desarrollar en ella la vida familiar y conyugal. Hasta la fecha en la que interpone demanda de separación contenciosa y le es atribuido, en atención a criterios irrelevantes para el caso que nos ocupa, el uso de la vivienda considerada familiar al cónyuge que no es copropietario y, en consecuencia, no tenía un título jurídico válido para poseer la vivienda, haciéndolo en base al derecho del cónyuge cotitular de la vivienda. La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº2 de Valladolid, de 10 noviembre 2004, desestimó la demanda de desahucio por precario al entender que no existía tal figura. Su razonamiento fue que la titularidad era compartida con el cónyuge de la parte demandada y "*ello significa que el título originario que justifica la posesión se encuentra no simplemente en la concesión graciosa de la actora, sino esencialmente en la copropiedad que ostenta el esposo de la demandada, del que dimana el uso actual por ella, es decir, el derecho a poseer inherente al condominio que corresponde a ese copropietario está judicialmente atribuido a la demandada [...]*". De este modo, "*no cabe considerar precarista al condómino (o a quien ocupa su posición) que posee la cosa común frente a los demás partícipes, ya que [...] no puede ser equiparado con quienes disfrutan de una cosa por mera tolerancia o sin título amparador*". Lo que, en esencia, manifiesta el Juzgado de instancia es que el hecho de que le tercero haya cedido el uso de la copropiedad del inmueble es del todo irrelevante, ya que el ex cónyuge al que le ha sido atribuido judicialmente el derecho de uso tras el matrimonio se vale de la copropiedad del otro ex cónyuge, haciendo que sea la resolución judicial de divorcio o separación la que extienda el ámbito de aplicación del condominio del ex cónyuge no beneficiario al que si lo es. Es por ello por lo que la Sentencia de instancia no reconoce que exista la figura del precario en dicha situación, ya que extiende la relación jurídica existente entre el copropietario y el bien inmueble a un tercero, cónyuge. Provocando que se cree o se "extienda" el derecho de copropiedad a su favor, lo cual es del todo incorrecto. Es un razonamiento que va a contradecir en el recurso la Audiencia Provincial de Valladolid y, más adelante, en casación la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ambas siguen el mismo razonamiento jurídico, que en donde argumentan que "*la sentencia no crea por sí sola un título de ocupación oponible erga omnes y no tiene el alcance modificador del carácter de precario en el disfrute del inmueble, sin que altere el régimen sustantivo de los derechos en cuya virtud se ocupaba anteriormente la vivienda. Solo sería posible esa oponibilidad del título judicial de ocupación creado en el proceso matrimonial en el caso de que la vivienda perteneciese en su totalidad al esposo no adjudicatario que estaba presente en el proceso matrimonial*";

trabajo – que da luz acerca de si es o no oponible el derecho de uso de la vivienda familiar al tercero que es además copropietario junto al otro cónyuge no beneficiario.

Ha sido, en la misma Sentencia del Tribunal Supremo, fundamento jurídico tercero, en la que aclara que "*la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiares la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial*". Doctrina que, tal y como se ha explicado anteriormente, se aplica no solo a la circunstancia de la que trata este epígrafe, en la que la vivienda es copropiedad de los cónyuges o uno de ellos y de un tercero; sino que también es de aplicación en los casos en los que la propiedad de la vivienda catalogada como familiar pertenezca en exclusiva a un tercero y no es de aplicación en el caso de que haya copropiedad por parte de los cónyuges o sea exclusiva de uno de ellos.

Además, cabe destacar que los cónyuges no tienen en ningún momento un derecho de uso exclusivo y excluyente, ni siquiera por el cónyuge cotitular, ya que en atención a las reglas aplicables a la comunidad de propietarios, concretamente el artículo 394 del Código Civil, no se puede impedir a los copartícipes utilizar la cosa. Esto es, que ese uso no es por entero del cónyuge titular al haber establecido la vivienda familiar en el inmueble, sino que, precisamente porque ha habido una cesión en precario<sup>50</sup> (tal y como se ha explicado en el epígrafe correspondiente) del tercer copropietario, es porque puede usar la vivienda indivisible por entero en beneficio de su familia. Estando, en consecuencia, el uso de la vivienda por entero, supeditado a la cesión de buena voluntad del tercero propietario. Esto es llevado hasta las últimas consecuencias, ya que, en el caso de que alguno de los propietarios reivindiquen su uso, se deberá estar a lo adoptado por acuerdo mayoritario<sup>51</sup> tal y como lo contempla el artículo 398

---

señala que la actora no pudo participar en el procedimiento matrimonial, por lo que la demandada no puede oponer más derecho que el que tenía, que no es otro que el precario.

<sup>50</sup> Véase en ese sentido a MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup>. T.: “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”. Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, vol. IV, Madrid: Dykinson, pág. 358, en donde sigue la misma línea argumental al mantener que *a pesar de existir copropiedad, puede no haber coposesión por haber cedido un copropietario (concretamente, el tercero ajeno al matrimonio) a otro (el cónyuge copropietario) su derecho a usar la vivienda para una finalidad concreta (vivienda familiar), de modo que cuando dicha finalidad desaparezca podrá el primero reclamar la posesión a favor de la comunidad, sin que haya lugar a oponérsele que por existir una situación de indivisión ya ha estado y está poseyendo*.

<sup>51</sup> En ese sentido lo aprecia la STS de 26 de abril de 2016, (en su FJ 2º) en la que la condición de precarista de uno de los cónyuges beneficiario del derecho de uso se confirma, ya que ni el otro cónyuge tenían título dominical suficiente para revertir dicha situación de precario al tener un tercer propietario más del cincuenta por ciento de la propiedad de la vivienda y ser contrario al uso y disfrute del primero. De lo que se deduce que se podrá poseer el

del Código Civil, siendo que, ni constante ni tras el matrimonio es el cónyuge cotitular el que tiene en exclusiva el derecho de uso, pudiendo poner fin a dicha situación en cualquier momento la mera decisión del resto de copropietarios.

A pesar de la solución que le da esta Sentencia a este tipo de circunstancias, este razonamiento no ha sido acogido por una minoritaria parte de la doctrina con opiniones que van en contra de considerar precaria la situación del cónyuge beneficiario no titular. Argumentaciones que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es bien merecido analizar.

Se ha de partir de la base que todo copropietario tiene título para poseer la cosa por entero y que, debido a ello, no se encuentra en situación de precario respecto al resto de copropietarios. Pero, si la naturaleza de la cosa no permite el uso simultáneo por parte de ellos – es decir, que es indivisible – el uso deberá ser fijado conforme a lo que decida la mayoría de copropietarios. De este modo, el comunero que posea la cosa de manera exclusiva se encontrará con el acuerdo de la mayoría en contra y, en consecuencia, no tendría un título jurídico válido o, más bien, este no sería suficiente al ser impedido su ejercicio de uso por parte de los demás comuneros, encontrándonos ante la figura del precario<sup>52</sup>. En el caso de que las cuotas del que posee en exclusiva y del que pretende el desalojo sean iguales, no se puede entender que exista precario, al no ser legitimado el demandante por su título para poseer la cosa excluyendo al demandado, por lo que corresponderá al Juez determinar lo que estime conveniente en cuanto al uso de la cosa.

Siguiendo ese mismo razonamiento, es posible considerar como precarista al cónyuge beneficiario del uso solo en el caso de que la cuota de participación en la comunidad de bienes del tercero copropietario sea superior, que no igual, al cincuenta por ciento<sup>53</sup>. Siendo que, en

---

bien en exclusiva siempre que se dé acuerdo con el resto de los cotitulares; ya que, en el caso de que alguno reivindique su uso, deberá atenderse al acuerdo de la mayoría.

<sup>52</sup> A mi modo de ver, aquel comunero que está usando en exclusiva el bien lo hace en base a su derecho de copropiedad, mientras que no haya acuerdo de la mayoría que lo contradiga, y aquí podríamos estar hablando de situación de precario (entendiéndose este una cesión en el uso sin un fin o límite temporal determinado). Sin embargo, en el momento que el copropietario que está poseyendo en exclusiva el bien ve truncada su posesión al haber decisión mayoritaria que así lo estipule, no estaríamos hablando de precario, ya que no se dan los elementos definitorios del mismo al haber una reclamación por parte del resto de comuneros se acaba esa situación de cesión de la cosa.

<sup>53</sup> En ese sentido véase FERNÁNDEZ CHACÓN, I.; GAGO SIMARRO, C.: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, año 2021, núm. 788, pág. 3402, en la que argumentan que “*la participación del tercero no alcanza dicho porcentaje este debería pechar con el derecho de uso judicialmente reconocido, ya que en este supuesto el recurso a las normas generales de la comunidad de bienes no permitiría considerar como precarista al cónyuge beneficiario del uso. Dicha conclusión se extrapola, asimismo, a los casos en los que la superación del umbral del cincuenta por ciento de participación deriva de la suma de las cuotas del cónyuge copropietario no beneficiario del uso y el tercero,*

caso de que sea igual al cincuenta por ciento o menor a esta cifra establecida en el artículo 398 se haría necesaria la intervención del Juez, tal y como dispone el apartado tercero del precepto mentado.

Bajo mi punto de vista, no es posible aplicar el razonamiento anterior en los casos en los que el cónyuge beneficiario del uso no es cotitular de la vivienda. Esto es porque, tal y como desarrolla la manida Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, el cónyuge beneficiario no es tan siquiera titular y ese derecho de uso no puede descansar sobre el derecho de propiedad del copropietario ajeno al matrimonio, el tercero. Simple y llanamente porque se estaría creando un derecho nuevo oponible frente al tercero al equiparar a un mero beneficiario con un copropietario más.

## 5. POSIBLES SOLUCIONES O APLICACIONES

Tras el estudio de la problemática surgida a raíz de la parca regulación de la materia por parte del Código Civil la primera de las soluciones pasaría por ampliar con certeza el estado normativo del asunto tal y como se ha hecho, sin ir más lejos, a nivel nacional en el Código Civil Catalán, ya expuesto, o en la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra<sup>54</sup>. Normas en las que no solo fijan y centran la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, problemática que ha suscitado diversas opiniones contradictorias a lo largo de los años tanto de la doctrina como por parte de los juzgados y tribunales de las más altas instancias jurisdiccionales, sino que también contienen normas específicas para cada tipo de situación, llegando a darse, en consecuencia, un menor grado de litigiosidad en la materia, lo que resulta en una mayor seguridad jurídica para las partes.

Por otro lado, a pesar de que la justicia en el orden civil sea rogada y contando con procedimientos especiales en la Ley de Enjuiciamiento civil, el juez debería tener la capacidad de poder siquiera examinar la titularidad de la vivienda que es catalogada como familiar antes de decidir la atribución del uso de la misma a cualquiera de los cónyuges y que, en caso de que

---

*ya que la resolución judicial que atribuye el uso vincula al cónyuge no beneficiario y limita su posibilidad de hacer valer su cuota de participación en aras a dejar sin efecto el derecho de uso de la vivienda familiar”.*

<sup>54</sup> Normas que aplican solución a cuestiones planteadas a lo largo del presente trabajo y que han sido planteadas y discutidas por numerosos autores. En la ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra se encuentran disposiciones tales como «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido», en su apartado sexto; o como «El derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad», en su apartado seis in fine. Por su parte, el Código Civil Catalán cuenta con preceptos tales como el artículo 233-25, de actos dispositivos sobre la vivienda sujeta a derecho de uso, ya expuesto con anterioridad.

pertenezca a un tercero, ya sea por entero o de manera parcial, debería adoptar otro tipo de medidas sobre el bien inmueble que no involucren a dicho tercero en el proceso matrimonial que se ve desprovisto de toda capacidad de defensa hasta la finalización del mismo, obligándolo a acudir a otro procedimiento a parte para ver satisfechas sus pretensiones.

## CONCLUSIONES

- I. La vivienda familiar es objeto de una especial protección en el Código Civil, aunque este no recoja una definición y por ello se ha de recurrir a las acepciones de vivienda familiar elaboradas por la jurisprudencia, entre las cuales la más seguida es que la vivienda familiar se trata de aquella que constituye la residencia apta, estable y permanente de la familia en el momento en que se produce la crisis matrimonial. Más concretamente, la definición dada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 destaca los requisitos de habitabilidad y habitualidad, y al analizarlos se deben abordar los problemas que surgen cuando una familia posea más de una vivienda, como ocurre cuando utilizan una o varias viviendas de recreo.
- II. La naturaleza jurídica de este derecho de uso de la vivienda familiar ha generado no pocas teorías que intentaban abordar la cuestión sobre si ésta era real, personal o familiar. Ninguna de ellas del todo desacertada, pero también con un punto en común: que no se crea un derecho autónomo nuevo, sino que éste siempre estará dentro de aquel título jurídico que permitía residir a los cónyuges en el domicilio familiar. Bajo mi punto de vista, es la necesidad de prestar el consentimiento la que solamente puede ser incluida dentro del campo de los derechos personales, puesto que en el caso de que se tratase de un derecho real no cabría el requisito de contar con el consentimiento del beneficiario del derecho de uso, ya que, su oponibilidad *erga omnes* propia convertiría en inútil que existiera tal. Tratándose, en consecuencia, de un derecho de naturaleza personal con transcendencia en el campo de los derechos reales.
- III. El artículo 96 solamente contempla el caso de que la vivienda familiar sea propiedad en exclusiva de uno de los cónyuges. A partir del momento en el que el derecho de uso le es atribuido al cónyuge no titular de la vivienda familiar priva al cónyuge titular de este mismo derecho, al ser un derecho exclusivo y excluyente; y, además, ve limitadas las facultades de disposición sobre la vivienda familiar, ya que no podrá disponer de esta sin el consentimiento del otro cónyuge beneficiario. Esto se resume en que, en el caso de que alguno de los cónyuges realice algún acto de disposición sobre la vivienda familiar y sus muebles sin el consentimiento del otro podrán ser dichos actos de disposición anulados o nulos, en el caso de disponer de ellos a título gratuito.
- IV. El particular régimen de titularidad en el que existe una copropiedad de los cónyuges permite que se le pueda aplicar los mecanismos previstos en el Código Civil para poner fin a dicho régimen de propiedad compartida, esto es, la acción de división de la cosa

común contemplada en el artículo 400 de la norma. No suponiendo esta división de la cosa común ninguna intromisión en el derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge beneficiario, puesto que, como se ha explicado anteriormente, la enajenación del bien inmueble no supone un detrimento o limitación a dicho derecho de uso, no como si lo supondría la constitución de un usufructo o el arrendamiento del mismo.

- V. En el caso de que sea un tercero el que tenga la propiedad en exclusiva de la vivienda familiar y los cónyuges se encuentren en la misma en virtud de algún título jurídico válido, tal como un contrato de arrendamiento suscrito por cualquiera de ellos o ambos o, también se puede dar el caso en el que no dispongan de ningún título jurídico alguno y esta haya sido cedida en su uso por alguna tercera persona. El derecho de uso de la vivienda familiar no genera un título autónomo y válido de posesión que habilite al ex cónyuge seguir en el uso de la domicilio familiar; además de que en el caso de que se diera la existencia de un contrato de comodato constante el matrimonio, éste solamente sería eficaz y desplegaría sus efectos mientras se le dé el uso específico y determinado para el cual habría sido constituido, suponiendo que, tras el matrimonio, se transforme el precario por haber perdido aquel fin de suponer la vivienda objeto del contrato el destino de familiar, al habérsela concedido a uno de los cónyuges con tal propósito y estos haber puesto fin al matrimonio. En cuanto a los mecanismos de defensa del tercero propietario, en el caso de que hubiera un título que haya sustentado la estancia del matrimonio en el inmueble del tercero, sea contrato de arrendamiento o sea comodato, el tercero propietario carece de interés legítimo para intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial al no repercutirle en sus facultades dominicales. Además, solo en el caso de que haya precario, podrá ejercitar la acción de desahucio.
- VI. En el caso en el que la vivienda familiar sea copropiedad de los cónyuges junto con un tercero, en atención a las reglas aplicables a la comunidad de propietarios, concretamente el artículo 394 del Código Civil, no se puede impedir a los copartícipes utilizar la cosa. Esto es, que ese uso no es por entero del cónyuge titular al haber establecido la vivienda familiar en el inmueble, sino que, precisamente porque ha habido una cesión en precario (tal y como se ha explicado en el epígrafe correspondiente) del tercer copropietario, es porque puede usar la vivienda indivisible por entero en beneficio de su familia. Estando, en consecuencia, el uso de la vivienda por entero, supeditado a la cesión de buena voluntad del tercero propietario. Por lo tanto el cónyuge cotitular no ostenta en exclusiva el derecho de uso, pudiendo poner fin a dicha situación en cualquier momento la mera decisión del resto de copropietarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L.: “Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble. Comentario a la STS 13 abril 2009”. *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 24/2010, Editorial Aranzadi, págs. 1 – 18.
- ANGUITA RÍOS, R. M.: *Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales*. ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. II, págs. 611-652.
- BERROCAL LANZAROT, A.: “La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* nº734, págs. 3458-3508.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: *Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día*. InDret Revista para el análisis del Derecho nº 4/2017 págs. 1-27.
- CHAPARRO MATAMOROS, P.: “Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España”. *Revista de Derecho Patrimonial* num.50/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., págs. 1–23.
- COSTAS RODAL. L.: “Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2010, págs. 23-32.
- CREMADES GARCÍA, P.: “Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, enero 2008, págs. 13-23.
- CUADRADO PÉREZ, C.: “Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* nº734, págs. 3149-3194.
- CUENA CASAS, M.: *Disposición de la vivienda familiar y consentimiento del cónyuge no titular en situación de crisis y normalidad matrimonial*. Libro Homenaje al Profesor Miquel González, Thomson Cívitas págs. 939-960.
- CUENA CASAS, M.: “Régimen jurídico de la vivienda familiar”. *Yzquierdo Tolsada y Cuena Casas (Dirs.), Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, Pamplona: Thomson-Reuters, págs. 275-441.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Comentario a los Arts. 1320 y 1322”. *Comentarios de las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1-505-1.507 y 1.508-1.510.

- ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 187.
- ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*. Comentario a la Sentencia de 31 de diciembre de 1994. Atribución judicial del uso de la vivienda familiar. Cesión en precario. Disposición de la vivienda. Oponibilidad a terceros, CCJC, núm. 38,667, págs. 667-675.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: *La disposición de la vivienda familiar*, págs. 1-47.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I.; GAGO SIMARRO, C.: “Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, año 2021, núm. 788, págs. 3369-3441.
- GARCÍA MAYO, M.: “Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico”. *RJN*, núm. 110, págs. 405-442.
- GARCÍA-MAURIÑO. S. y DEL CARPIO FIESTAS, V., “Atribución de uso de vivienda familiar y actio communi dividundo”, *Actualidad Civil*, Nº 5, 1994, págs. 75-96.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R.: “La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial”, publicado en *La Ley*, núm. 3, págs. 969-974.
- MARÍN VELARDE, A., “La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar ex art. 96 del CC. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 26, 2011, págs. 285-293.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup>. T.: “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010”. *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IV, Madrid: Dykinson, págs. 329-365.
- MARTÍN RETORTILLO, C.: “El comodato en nuestros días”. *ADC*, págs. 839-856.
- MORENO NAVARRETE, M.A.: “Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio”. *CCJC*, núm. 89, págs. 463-476.
- MORENO VELASCO, V.: “La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la

doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”, *Diario La Ley*, nº 7843, 2012, LA LEY 4044/2012.

- MUÑOZ DE DIOS: *La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código civil*, págs. 225-226.
- NASARRE AZNAR, S.: “Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445)”. *CCJC*, núm. 87, págs. 1533-1550.
- PÉREZ CONESA, C.: “División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.3/2012, Editorial Aranzadi, págs. 75-80.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: “El derecho de personación en el proceso matrimonial del tercero propietario de la vivienda familiar. Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre”. *DPC*, núm. 18, págs. 343-359.
- ROBLEDO VILLAR, A.: “La actio communi dividundo ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial”. *Diario La Ley*, 1995, tomo 4, págs. 981-987.
- ROCA TRÍAS, M.E. (1984). “Comentario al artículo 96 del Código civil”. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Madrid: Tecnos, págs. 607-614.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificaciones)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre de 1982, núm. 553, pág. 1606.
- RUBIO TORRANO, E.: “Cesión gratuita de vivienda, ¿comodato o precario?: una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009)”, en *RADP*, núm. 2, págs. 17-22.
- TOFIÑO PADRINO, A.: “La vivienda familiar: precisiones terminológicas”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2262, págs. 112 – 135.
- ZUMAQUERO GIL, L. “El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº32, año 2013, págs. 373-383.

# ÍNDICE JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES

## **Tribunal Constitucional**

- STC de 31 octubre de 1986 (RTC 1986, 135)
- STC de 29 de septiembre de 2003 (RTC 2003, 166)
- STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013, 79)

## **Tribunal Supremo, Sala de lo Civil**

- STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136)
- STS de 29 de abril de 1994 (RJ 22264, 1994)
- STS de 1 de diciembre de 1994 (RJ 19240, 1994)
- STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330)
- STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1600, 1998)
- STS de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493)
- STS de 4 diciembre de 2000 (RJ 2000, 9323)
- STS de 28 marzo de 2003 (RJ 2003, 3040)
- STS de 8 mayo de 2006 (RJ 2006, 2342)
- STS de 2 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5587)
- STS de 3 diciembre de 2008 (RJ 2009, 524)
- STS de 13 de abril del 2009 (RJ 2009, 2895)
- STS de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 2323)
- STS de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274)
- STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445)
- STS de 27 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3383)
- STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012, 8848)
- STS de 26 de octubre de 2015 (RJ 2015, 5608)
- STS de 28 de abril de 2016 (RJ 2016, 2216)
- STS de 6 de febrero de 2018 (RJ 2018, 352)
- STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 3743, 2018)
- STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 3882, 2018)
- STS de 8 de octubre de 2021 (RJ 3703, 2021)
- STS de 18 de abril de 2023 (JUR 2023, 180930)

## **Audiencias Provinciales**

- SAP de Valladolid de 16 de abril de 2004 (RJ 509, 2004)

- SAP de A Coruña de 16 de abril de 2009 (RJ 1254, 2009)

### **Resoluciones/Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado**

- RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006)
- RDGRN 9 de julio de 2013 (RJ 2013, 6668)
- RDGRN de 8 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1336)
- RDGRN de 13 de junio de 2018 (RJ 2018, 2999)
- RDGRN de 27 de diciembre de 2018 (RJ 2017, 5862)
- RDGSJFP de 5 de junio de 2023 (JUR 2023, 381112)