

Conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar¹

Dominical and possession disputes caused by the family home right of use assignment

por

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN
*Profesor ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Oviedo*

CLARA GAGO SIMARRO
*Profesora ayudante Doctora de Derecho civil,
Universidad de Oviedo*

RESUMEN: La atribución del uso de la vivienda familiar suscita numerosos problemas desde el punto de vista dominical y posesorio, tanto entre los cónyuges como con terceros, vistos los dispares títulos jurídicos en virtud de los cuales los cónyuges venían ocupando dicha vivienda antes de la crisis matrimonial. El régimen jurídico aplicable al derecho de uso difiere en función de si la vivienda es propiedad o copropiedad de los cónyuges o de un tercero. A la hora de dirimir los derechos dominicales y posesorios que asisten tanto a los cónyuges como a los terceros implicados en tales situaciones se discute la naturaleza jurídica de dicho derecho de uso, su trascendencia jurídico-real y su oponibilidad a terceros, así como la interrelación existente entre el régimen aplicable a la vivienda vigente el matrimonio y tras la crisis matrimonial.

Aunque el enfoque de esta problemática experimentó un antes y un después tras la STS plenaria de 18 de enero de 2010, los razonamientos en ella adoptados por el Alto Tribunal continúan planteando numerosos interrogantes e inducen a confusión en no pocos aspectos, déficit que se aprecia, igualmente, en los pronunciamientos de la DGRN sobre este particular y cuya solución vuelve a estar en la palestra tras la reciente reforma operada en el artículo 96 del Código civil el pasado mes de junio en virtud de la Ley 8/2021 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. Por ello, resulta necesaria la formulación de una teoría unitaria sobre la naturaleza del derecho de uso y las implicaciones jurídico-reales que dicho derecho entraña tanto para el cónyuge o cónyuges titulares de la vivienda como para los terceros propietarios, fruto de la cual dirimir de forma coherente la solución aplicable en cada una de la hipótesis que se suscitan en la práctica judicial, no solo en sede de *lege lata* sino también de *lege ferenda*, caso de estimar necesaria una nueva reforma legislativa en la línea de la formulada en la Propuesta de Código civil o en algunos Derechos forales.

ABSTRACT: The assignment of the use of the family home raises many problems from a dominical and possessory point of view both between the spouses and with third parties, considering the different legal titles by virtue of which the spouses had been occupying said home before the matrimonial crisis. The legal regime applicable differs depending on whether the house is owned or co-owned by the spouses or by a third party. The legal nature of the right of use, its legal significance from the perspective of property rights and its enforceability against third parties, as well as the interrelation between the regime applicable to the home during the marriage and after the matrimonial crisis, are discussed in order to clarify the ownership and possessory rights of both spouses and third parties involved in such situations. Although the approach to this problem has changed after the STS 18 January 2010, the reasoning adopted in said ruling raises multiple questions and leads to confusion in many aspects, a deficit that can also be seen in the decisions of the DGRN on this matter. Therefore, it is necessary to develop a unitary theory on the nature of the right of use and the legal implications that such right entails for the spouse or spouses as well as for the third party owners of the house, in order to clarify the solution applicable in each of the hypotheses that arise in Court practice, not only de lege lata but also de lege ferenda, if a legislative reform such as the one contained in the Civil Code Proposal is considered as necessary.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Atribución del derecho de uso. Oponibilidad a terceros.

KEY WORDS: *Family home. Right of use assignment. Enforceability against third parties.*

SUMARIO: I. INEXISTENCIA DE UN PRETENDIDO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—II. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES: 1. PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES: A) *La discutida naturaleza jurídica del derecho de uso: trascendencia práctica.* B) *Limitación dispositiva del cónyuge titular de la vivienda antes y después de la crisis matrimonial.* C) *En particular la hipoteca de la vivienda familiar.* 2. VIVIENDA FAMILIAR PERTENECIENTE A AMBOS CÓNYUGES.—III. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE UN TERCERO: 1. POSESIÓN DE LA VIVIENDA TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL. 2. POSESIÓN DE LA VIVIENDA VIGENTE EL MATRIMONIO. 3. MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERCERO PROPIETARIO.—IV. VIVIENDA FAMILIAR COPROPIEDAD CON UN TERCERO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INEXISTENCIA DE UN PRETENDIDO DERECHO AUTÓNOMO DERIVADO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La confrontación del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido *ex artículo 96 del Código civil* tras la crisis matrimonial con los derechos tanto del cónyuge o cónyuges titulares como de terceros ha generado tradicionalmente no pocas controversias en el ordenamiento jurídico español. Y es que los supuestos que respecto a dicha confrontación se plantean son muy heterogéneos entre sí, dependiendo del sujeto titular de la vivienda (uno de los cónyuges, ambos, uno o ambos con un tercero, o solo un tercero), así como de su concreción temporal (antes o después de la atribución del uso de la vivienda familiar).

La disparidad de supuestos con la que lidiar contrasta con la parca regulación acerca de las implicaciones que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña, limitada a lo dispuesto en el artículo 96.IV del Código civil (actual artículo 96.3 tras la reforma operada por la Ley 8/2021 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), en el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y a las referencias que a la vivienda habitual de la familia se contienen en el artículo 91 del Reglamento Hipotecario. Ese mutismo del legislador estatal, al que se une una abundante

y dispar jurisprudencia y doctrina en constante evolución, contrasta con la regulación más detallada prevista en algunos de los derechos forales (como el catalán o el navarro), en los que se precisan con mayor detalle las consecuencias jurídico-reales asociadas a la atribución del uso de la vivienda familiar.

Como punto de partida, la formulación de reglas precisas encaminadas a solucionar los posibles conflictos posesorios y dominicales derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar requiere trazar una clara diferenciación entre dos grandes grupos de casos: aquellos en los cuales la vivienda familiar es propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso —único supuesto para el que está pensando el artículo 96.IV del Código civil al referirse al cónyuge no titular— o pertenece en copropiedad a ambos cónyuges; y aquellos otros en los que la vivienda familiar pertenece a un tercero². Y ello porque la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar se encuentra condicionada, a su vez, por el tipo de derecho que los cónyuges tenían con anterioridad a la atribución judicial³, y no a la inversa⁴.

Adoptar un enfoque diferente equivaldría a reconocer que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar adoptado *ex* artículo 96 del Código civil implica la transformación del derecho previo de ocupación de la vivienda de los cónyuges en un derecho nuevo, cuyo titular exclusivo sería el cónyuge beneficiario y cuyo fundamento último no sería otro que la resolución judicial o acta notarial que determina o confirma la atribución del uso de la vivienda⁵.

Así pues, el derecho de uso debe enjuiciarse y ser analizado como una mera proyección del título jurídico por el que ambos cónyuges o el cónyuge titular y no beneficiario tenían en su poder sobre la vivienda familiar⁶, a saber: propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del uso⁷ o de un tercero, propiedad común, copropiedad de ambos cónyuges o copropiedad de ambos o de uno solo de los cónyuges con un tercero o sencillamente usufructo, uso, habitación, arrendamiento, comodato o mero precario. De hecho, dicho enfoque es el acogido por el Tribunal Supremo, en particular a partir de sus Sentencias de unificación de doctrina de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010. Como precisa la segunda de las sentencias referidas: «...en el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones que se pueden producir (...): 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial (...). 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio (...) debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho

de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios» (FJ 5.º).

Como puede apreciarse, la sentencia transcrita diferencia claramente entre los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge beneficiario o a ambos cónyuges de aquellos otros en los que dicha vivienda pertenece total o parcialmente a un tercero, para a continuación desglosar los efectos que, en función de tales supuestos, cabe reconocer a la resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso⁸.

De acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, únicamente cuando la vivienda es propiedad de uno o ambos cónyuges la resolución de separación o divorcio tiene algún tipo de virtualidad transformadora de la situación jurídica preexistente de estos con respecto a su uso⁹. Por el contrario, si la vivienda familiar es propiedad de un tercero la decisión judicial sobre el uso no puede *crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes* cuando constante el matrimonio el uso de la vivienda tenía su origen en un contrato, ni operar subrogación alguna en el contrato preexistente a favor del cónyuge beneficiario del derecho de uso¹⁰.

La única excepción a la referida imposibilidad de subrogación contractual «forzosa y automática» se da cuando la vivienda familiar había sido arrendada por el cónyuge no beneficiario del derecho de uso, pues la modificación de la relación contractual preexistente vigente el matrimonio cuenta con una regulación *ex professo* en el artículo 15 LAU, en el que se precisan los efectos de la decisión judicial en torno al uso respecto al tercero propietario, lo que aconseja su exclusión del objeto de estudio del presente trabajo. A los efectos que aquí interesan, basta mencionar que el artículo 15 LAU articula una subrogación *ex lege* del contrato de arrendamiento tras la crisis matrimonial, cuyo titular pasa a ser el cónyuge beneficiario del derecho de uso siempre que se den los requisitos previstos en el apartado segundo de dicho precepto¹¹.

No obstante, la diferenciación de la solución que debe darse a los conflictos dominicales y posesorios derivados de la atribución del uso de la vivienda familiar en atención a la titularidad de la vivienda es insuficiente a efectos prácticos. Tanto si la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges como si esta pertenece a un tercero, son múltiples las dudas e interrogantes que deben resolverse en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular, a los que la referida Sentencia de 18 de enero de 2010 trata de dar respuesta de la forma más detallada posible, si bien orillando algunas cuestiones importantes. Cuestiones sin cuyo tratamiento la *cuadratura del círculo* en torno a las repercusiones de la atribución del uso de la vivienda familiar tanto respecto a los propios cónyuges como respecto a terceros quedaría huérfana de justificación.

En particular, cuando la vivienda pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges y el uso se atribuye al cónyuge no titular, el artículo 96 del Código civil introduce una limitación al poder de disposición del cónyuge titular. El alcance de dicha limitación dispositiva prevista en el artículo 96 del Código civil requiere ulteriores consideraciones, como también las merece la oponibilidad o inoponibilidad del derecho de uso frente a terceros adquirentes a consecuencia de los actos dispositivos realizados sobre la vivienda familiar, así como frente a los titulares de derechos reales anteriores o posteriores a la atribución del uso.

También plantean sus propias peculiaridades e interrogantes los casos en los que la vivienda es común o pertenece en régimen de copropiedad a ambos cónyuges, cual acontece con la posibilidad de uno de ellos de solicitar la división de la cosa común sin consentimiento del otro o, nuevamente, con la oponibilidad del derecho de uso frente a terceros adquirentes. A ello se suma, además, la problemática particular de los supuestos en los que la vivienda familiar es copropiedad de uno o ambos cónyuges junto a un tercero, en particular por lo que respecta a la situación de dicho tercero una vez se produce la crisis matrimonial y se atribuye judicialmente el uso al cónyuge no copropietario.

Finalmente, cuando la vivienda familiar pertenece en exclusiva a un tercero el alcance que la atribución de su uso *ex* artículo 96 del Código civil puede tener frente a dicho tercero puede verse no pocas veces enturbiado, en atención a las dudas que planean sobre el título previo en virtud del cual se ocupaba la vivienda vigente el matrimonio. Concretamente, se trata de la diferenciación entre las figuras de comodato y precario antes y después de la crisis matrimonial, pero también —y más importante a nuestro modo de ver— de la procedencia en tal caso de un pronunciamiento judicial acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar, vista la imposibilidad de comparecencia del tercero en el proceso matrimonial y la inexistencia de comprobación alguna de la titularidad de la vivienda por los tribunales de justicia en el transcurso de dicho proceso.

De ahí la necesidad de proceder al análisis en detalle de cada uno de los particulares supuestos de titularidad de la vivienda familiar y los problemas que en cada uno de ellos se plantean, tarea a la cual se dedican las páginas que siguen de acuerdo con la sistemática acogida por el Tribunal Supremo, es decir, distinguiendo entre los supuestos de propiedad/copropiedad de los cónyuges de la vivienda y de pertenencia de dicha vivienda a un tercero exclusiva o conjuntamente con uno o ambos cónyuges.

II. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES

La Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 sistematiza dentro de un mismo bloque los casos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva a uno de los cónyuges o conjuntamente a ambos a efectos de determinar la naturaleza y efectos que la atribución del uso de la vivienda familiar entraña (tanto frente a terceros como entre los propios cónyuges), a pesar de que los problemas que suscitan ambos supuestos gozan de autonomía propia.

El derecho de uso de la vivienda familiar no puede tener las mismas connotaciones cuando el cónyuge beneficiario no es propietario de la vivienda que cuando la vivienda le pertenece en parte. Mientras en el primer caso el derecho de uso de la vivienda familiar deriva de la resolución judicial o del convenio que atribuye dicho uso *ex* artículo 96 del Código civil, en el segundo el derecho de uso se superpone al derecho dominical de cada cónyuge, lo que obliga a determinar la interacción del derecho de uso con las facultades que a ambos cónyuges les corresponden en su condición de comuneros y aconseja el análisis de ambos supuestos de forma diferenciada.

1. PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CÓNYUGES

La atribución del uso de la vivienda familiar regulada en el artículo 96 del Código civil se limita, *stricto sensu*, a los supuestos en los que la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso, como se infiere del juego terminológico de dicho precepto cuando establece que *para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial*¹².

Cuando el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es el propietario en exclusiva de la vivienda —bien porque ya lo era *ab initio* o porque se le adjudica como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial— el derecho de uso carece de sentido, pues dicho derecho queda comprendido dentro de las facultades dominicales¹³, motivo por el cual la Dirección General de los Registros y del Notariado rechaza su posibilidad de inscripción registral en tal caso¹⁴.

La resolución judicial o notarial que atribuye el derecho de uso sobre la vivienda familiar al cónyuge no propietario implica la mutación de la posición jurídica previa a la crisis matrimonial del cónyuge titular respecto a dicha vivienda en un doble sentido: a partir de ese instante queda desprovido de su derecho de uso, al haberse atribuido a su expareja; y, además, según el tenor literal del artículo 96, ve limitadas sus facultades de disposición sobre la vivienda en cuestión, de la que según la tesis dominante no puede disponer sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o de

la correspondiente autorización judicial¹⁵. No obstante, tanto la naturaleza jurídica del derecho de uso que el cónyuge no titular pasa a ostentar sobre dicho inmueble como el alcance de la limitación del poder de disposición del cónyuge titular resultan aspectos discutidos, no exentos de notables lagunas e incoherencias, al menos tal y como han venido sido abordados a lo largo de los últimos años tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

A) *La discutida naturaleza jurídica del derecho de uso: trascendencia práctica*

Son diversas las teorías que se han formulado a nivel doctrinal en aras a dotar de perfiles propios al derecho de uso y deslindarlo de la titularidad del cónyuge no beneficiario. La controversia viene motivada por el silencio y parquedad regulatoria a este respecto del legislador, a diferencia de cuanto acontece en el caso del Derecho catalán¹⁶ o de otros ordenamientos foráneos¹⁷, así como por la necesidad de justificar el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso y su consiguiente oponibilidad frente a terceros adquirentes. Circunstancias todas ellas que motivan la discusión en torno a la naturaleza real, personal o *sui generis* del derecho de uso de la vivienda familiar, tal y como destaca la Sentencia de 14 de enero de 2010.

Una de las opciones que tradicionalmente se han barajado en estos casos de cara a justificar la naturaleza del derecho de uso atribuido al cónyuge no titular es su configuración como un derecho de naturaleza real¹⁸, en concreto como un derecho real de uso¹⁹ o habitación²⁰, planteamiento expresamente acogido en alguna ocasión por la jurisprudencia, caso, por ejemplo, de la Sentencia de 18 de octubre de 1994²¹.

Sin embargo, para buena parte de la doctrina la atribución del uso de la vivienda familiar no implica la atribución de un derecho nuevo²², sino que se limita a conferir un derecho posesorio de tipo exclusivo y excluyente al cónyuge beneficiario, pasándose de una situación de coposesión vigente el matrimonio a una posesión en exclusiva tras la crisis matrimonial²³. De tal forma que dada la imposibilidad de concurrencia en distintas personas de la posesión fuera de los casos de indivisión (art. 445 CC) *el legislador obliga a tomar en cuenta solo una posesión, que provisionalmente prevalecerá sobre la otra o sobre las demás posesiones aparentemente concurrentes* (STS de 26 de junio de 2008). De hecho, actualmente la solución expuesta es por la que parece haberse decantado el Tribunal Supremo a partir de su Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010, según la cual: «...cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar (...) el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. Se debe mantener al cónyuge en la posesión única

acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia (...). De ello se va a deducir una importante conclusión: el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad. El artículo 96 del Código civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario» (FFJJ 5.º y 6.º)²⁴.

El objetivo último de dicho planteamiento actual del Tribunal Supremo no es otro que huir de la tortuosa calificación del derecho de uso de la vivienda familiar como derecho real o personal, optando por calificarlo sencillamente como *un derecho de naturaleza familiar*, tal y como afirma la Sentencia de 14 de enero de 2010²⁵. Catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar que viene a ser una especie de solución de compromiso o *tertium genus* que permite al Alto Tribunal evadirse de toda la problemática inherente a tener que lidiar con la conceptualización en abstracto de los derechos reales y personales y su correlativa oponibilidad frente a terceros y acceso al Registro de la Propiedad²⁶.

A nuestro modo de ver, cuando la atribución del uso de la vivienda familiar tiene lugar en un caso en el que el inmueble pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario la naturaleza personal o real de dicho derecho resulta en buena medida irrelevante a efectos prácticos. El empeño de parte de la doctrina y la jurisprudencia en vincular la naturaleza real o personal del derecho de uso obedece, según se ha apuntado, a la necesidad de justificar su acceso al Registro de la Propiedad y su oponibilidad a terceros²⁷. Así se aprecia en la propia Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 cuando afirma que el Código civil catalán se decanta por configurar el derecho de uso como un derecho de naturaleza real, *al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad*²⁸.

De conformidad con la argumentación del Alto Tribunal cabe preguntarse si la calificación del derecho de uso como un derecho de naturaleza personal/obligacional implicaría la imposibilidad de su acceso al Registro. Interrogante que el propio Tribunal Supremo clarifica en la referida sen-

tencia al reconocer que el derecho de uso es oponible a los terceros que adquieran el bien de su titular, lo que deriva —aunque la sentencia no lo precise expresamente— en la correspondiente posibilidad de acceso al Registro y constancia registral con anterioridad al momento en que el tercero adquiere el inmueble. Según el Tribunal Supremo las razones que justifican dicha oponibilidad a terceros del derecho de uso «...se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o excónyuges» (FJ 7.º).

En nuestra opinión, sin embargo, la justificación transcrita resulta incompleta además de desacertada, pues la razón de ser del acceso al Registro de la Propiedad de la atribución del uso de la vivienda familiar y su oponibilidad frente a terceros deriva del propio artículo 96 del Código civil, al margen por tanto de su configuración como un derecho real o personal²⁹, en la medida en que el objeto de la publicidad registral no se restringe a los derechos reales sino a otras muchas situaciones jurídicas que afectan a bienes inmuebles sean o no derechos reales³⁰.

Debe tenerse en cuenta que la actual configuración jurisprudencial del derecho de uso como un mero derecho posesorio exclusivo y excluyente de la vivienda familiar por parte del cónyuge beneficiario resultaría, en principio, incompatible con su acceso al Registro de la Propiedad, en la medida en la que la posesión en sí misma no resulta susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad *ex* artículo 5 de la Ley Hipotecaria³¹. Por eso el fundamento del acceso al Registro del derecho de uso de la vivienda familiar y de su oponibilidad a terceros se encuentra en la limitación que al poder dispositivo del cónyuge titular no beneficiario impone el artículo 96 del Código civil³². Es esta limitación la que le confiere trascendencia jurídico-real al derecho de uso y con ello posibilita y aconseja su inscripción registral aun cuando este se configure como un derecho de naturaleza personal³³, tal y como la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de destacar en reiteradas ocasiones³⁴. No en balde, el artículo 7 del Reglamento Hipotecario expresamente permite la inscripción de «...cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales», cual acontece con la limitación al poder de disposición del cónyuge titular que la atribución judicial del derecho de uso implica *ex* artículo 96 del Código civil³⁵.

De esta forma, no existe pues inconveniente alguno en catalogar el derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza personal *intuitu personae, per relationem* y con trascendencia jurídico-real, basado en la limitación dispositiva que al cónyuge titular impone el artículo 96 del Código civil. Además, esta construcción evita caer en el equívoco de convertir al cónyuge beneficiario del derecho de uso en titular de un derecho real del

que carecía vigente el matrimonio, solución criticada por buena parte de la doctrina ya que el reconocimiento de un derecho real en pro de dicho cónyuge no titular únicamente resultaría admisible si con anterioridad a la crisis matrimonial ya ostentaba dicho derecho³⁶.

A mayor abundamiento, la catalogación del derecho de uso como un derecho de naturaleza personal con trascendencia real no solo resultaría aplicable cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso, sino en todos los demás supuestos. Así, por ejemplo, si la vivienda pertenece a un tercero la naturaleza personal del derecho de uso permite ofrecer una solución satisfactoria, en tanto que impide transmutar o extender a terceros los efectos de una relación *intuitu personae* —entre los cónyuges— y evita tener que discutir la viabilidad de subrogaciones o mutaciones «artificiosas» en la relación contractual previa que venía dando soporte al uso de la vivienda vigente el matrimonio, salvo en el caso de la vivienda arrendada dada la previsión expresa de subrogación del cónyuge beneficiario prevista en el artículo 15 LAU.

B) Limitación dispositiva del cónyuge titular de la vivienda antes y después de la crisis matrimonial

La limitación al poder de disposición del cónyuge titular del artículo 96 del Código civil es la que permite compatibilizar la actual configuración jurisprudencial del derecho de uso como un mero derecho ocupacional de naturaleza familiar con su acceso al Registro de la Propiedad. De no estar prevista dicha limitación dispositiva en artículo 96 del Código civil la justificación de las repercusiones jurídico-reales y posesorias asociadas al derecho de uso frente a terceros tendría mayor interés del que actualmente tiene, al menos cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso³⁷. Así lo demuestra el hecho de que el contenido del derecho de uso de la vivienda familiar se cifre a efectos registrales en una limitación del poder de disposición del cónyuge titular³⁸.

De hecho, la configuración del derecho de uso de la vivienda familiar como una limitación dispositiva del cónyuge titular y su posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad ha sido recientemente ratificada por el legislador estatal con la nueva redacción dada al artículo 96 del Código civil 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, que supone la adición de un inciso final a dicho precepto —que ahora pasa a ser el artículo 96.3 del Código civil— de acuerdo con el cual: «esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación

errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»³⁹.

A nuestro parecer, la reciente reforma en ningún caso implica la necesidad de dejar sin efecto el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 anteriormente analizado⁴⁰. El expreso reconocimiento en la nueva redacción dada al artículo 96 del Código civil de la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso no implica una transmutación de la naturaleza jurídica de dicho derecho (como derecho real), pese a la equiparación que el Alto Tribunal efectuaba en tal sentido respecto al artículo 233-22 del Código civil de Cataluña, en el que igualmente se reconoce la publicidad registral del derecho de uso⁴¹, solución que se reproduce también en la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra⁴², cuya constitucionalidad pese a las competencias exclusivas del Estado en materia de ordenación del Registro de la Propiedad *ex* artículo 149.1.8 CE ha sido recientemente confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de septiembre de 2021⁴³. Y ello porque dicho razonamiento implicaría reconocer que las limitaciones dispositivas tienen en todo caso naturaleza jurídico-real, dejando sin explicación la trascendencia jurídico-real asociada a derechos personales que restringen las facultades dispositivas del propietario, caso, por ejemplo, de la opción de compra cuyo acceso al Registro explícitamente se reconoce en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario⁴⁴.

Dicho lo cual, se plantea un problema adicional consistente en determinar la extensión de las facultades dispositivas del cónyuge propietario sobre la vivienda familiar y los requisitos que deben darse para que el derecho de uso del cónyuge beneficiario resulte oponible a terceros. Interrogantes cuya respuesta se encuentra condicionada por la interpretación que se postule del referido artículo 96 del Código civil y su posible interrelación con los artículos 1320 y 1322 del Código civil, así como con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Son numerosos los autores que identifican la imposibilidad del cónyuge titular de realizar actos dispositivos sobre la vivienda familiar sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso o de autorización judicial supletoria prevista en el artículo 96 del Código civil con la prohibición del artículo 1320 del Código civil aplicable vigente el matrimonio⁴⁵; conclusión que, *a priori*, puede resultar avalada por el tenor literal casi idéntico de ambos preceptos⁴⁶. De hecho, la identidad de razón entre ambos preceptos se infiere, asimismo, de la catalogación que en ocasiones se predica de la limitación dispositiva del cónyuge titular como una auténtica prohibición legal de disponer *ex* artículo 26 de la Ley Hipotecaria⁴⁷, solución que se postula, asimismo, respecto a la limitación contenida en el artículo 1320 del Código civil⁴⁸.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 no se pronuncia a este respecto, a diferencia de la Sentencia de 14 de enero de 2010, a cuyo tenor el derecho de uso contemplado en el

artículo 96 del Código civil: «...comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV del Código civil 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 de 10 de octubre de 2008) (FJ 3.º).

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito —reproducido a su vez en la más reciente Sentencia de 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º) y también en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁹— no se precisa diferenciación alguna entre la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar prevista en los artículos 96 y 1320 del Código civil. Con dicho silencio el Alto Tribunal parece dar a entender que estamos ante reglas *gemelas*, tanto en lo que se refiere a los concretos actos dispositivos sobre la vivienda familiar para los que el cónyuge titular debe contar con el preceptivo consentimiento de su excónyuge o autorización judicial supletoria, como en lo que respecta a la sanción aplicable en defecto de dicho consentimiento/autorización: la prevista en el artículo 1322 del Código civil, es decir, la nulidad o anulabilidad del negocio dispositivo en función de su naturaleza onerosa o gratuita⁵⁰.

Constante el matrimonio la jurisprudencia incluye entre los actos dispositivos para los que el cónyuge titular de la vivienda familiar debe contar con el consentimiento de su consorte aquellos que implican «... 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» (STS de 8 de octubre de 2010)⁵¹.

A tenor de dicho planteamiento, especialmente clarificadora y prolija resulta la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 2018⁵², según la cual «...los artículos 1320 del Código civil y 91 del Reglamento Hipotecario utilizan una fórmula general descriptiva, basada en un verbo («disponer»), que no completa con la enumeración ejemplificativa de actos incluidos en la exigencia del doble consentimiento. Por el contrario, el Código civil catalán es mucho más explícito: el titular, sin el

consentimiento del otro cónyuge, no puede hacer *acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso* (art. 231.1-9). El Código de Derecho Foral aragonés, por su parte, se refiere a «actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma», expresión que completa con la referencia a aquellos otros actos que tengan como consecuencia *sustraerlos al uso común* (art. 190.1). La expresión legal del Código civil es deliberadamente amplia. Por eso es indiferente que el acto dispositivo tenga naturaleza real o personal. El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. De este modo, si la vivienda familiar es propiedad de uno de los cónyuges, él solo no podrá disponer de ella; y si es arrendatario, él solo no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad o renunciar expresa o tácitamente al derecho de prórroga de la relación arrendaticia. En el primer caso, por constituir un acto de disposición sobre la vivienda misma y, en el segundo, por constituir un acto de disposición de un derecho sobre esa vivienda. Así sucede con la estipulación de un contrato de arrendamiento por parte del cónyuge propietario del inmueble, aunque se tratase de un arrendamiento parcial. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble, incluso, respecto de las realizadas a título oneroso, aquellas cuya finalidad fuera obtener el dinerario suficiente para adquirir a continuación otro inmueble más amplio, mejor situado o más conveniente para el mismo fin; y, en general, todos aquellos actos que impliquen sustraer al uso común los derechos sobre la vivienda familiar (que es la expresión que utiliza el artículo 190.1 del Código de Derecho Foral de Aragón). Atendiendo a esa finalidad y a esa terminología, es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble. Mientras que, en los casos de constitución de un derecho real de uso y disfrute, la sustracción de la vivienda al uso de la familia es real y efectiva, en los casos de constitución de una hipoteca, esa sustracción es meramente potencial (STS de 8 de octubre de 2010), pero ese carácter potencial que tiene la sustracción no exime del requisito del doble consentimiento»⁵³ (FJ 6.º).

Como puede verse, en el razonamiento transcrito el Centro Directivo diferencia, al margen de su naturaleza personal o real y en función de si se trata de una vivienda en propiedad o en arrendamiento, entre actos de disposición de la vivienda propiamente dicha (compraventa, aportación a una sociedad o donación, entre otros) y actos de disposición de los derechos sobre la vivienda que comprometan su uso (extinción del contrato de arrendamiento, constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación o un derecho de hipoteca), subsumiendo ambas clases de actos dispositivos en la limitación dispositiva del cónyuge titular del artículo 1320 del Código civil. Razonamiento en atención al cual se postula la válida enajenación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, pues tal enajenación no compromete el uso de la vivienda por la unidad familiar⁵⁴.

Como pone de manifiesto la Sentencia de 8 de octubre de 2010, el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda familiar como limitación al poder de disposición del otro cónyuge «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*, siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión» (FJ 5.º).

En defecto de dicho consentimiento el acto dispositivo a título oneroso sobre la vivienda familiar realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio lleva aparejado, como la sentencia transcrita precisa, la anulabilidad del negocio, a tenor del artículo 1322 del Código civil (salvo autorización judicial)⁵⁵. En tal caso no procedería la entrada en juego de la figura del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en la medida en que la inscripción registral no convalida la invalidez del título que le da soporte (art. 33 LH)⁵⁶: el artículo 1322 del Código civil opera como una auténtica prohibición legal de disposición *ex* artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, cuya operatividad a efectos registrales se refuerza con la aplicación del artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, exigiéndose a efectos de la inscripción del acto dispositivo en cuestión que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que el inmueble no constituye la vivienda habitual de la familia⁵⁷. Manifestación del disponente que encuentra su correlato en el artículo 1320 del Código civil, en el que expresamente se determina que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe»⁵⁸.

Ahora bien, el esquema descrito únicamente resultará aplicable cuando el acto dispositivo haya sido realizado por el cónyuge titular vigente el matrimonio y sin el consentimiento de su consorte, consentimiento que podrá ser expreso o tácito (o *presunto*) así como anterior, simultáneo o posterior al acto dispositivo en cuestión, como reiteradamente ha tenido

ocasión de destacar la jurisprudencia⁵⁹. De ahí que en el caso enjuiciado por la referida Sentencia de 8 de octubre de 2010 se estimase la validez del préstamo hipotecario concertado por el marido sobre la vivienda familiar, dado que la esposa había consentido la constitución de la correspondiente hipoteca⁶⁰.

La virtualidad práctica del consentimiento del otro cónyuge vigente el matrimonio respecto a los actos dispositivos que puedan entrañar la posterior pérdida de la vivienda familiar es llevada por el Tribunal Supremo hasta sus últimas consecuencias, como se aprecia, en particular, en la Sentencia de 22 de noviembre de 2010. En el asunto de autos la vivienda pertenecía en copropiedad a los cónyuges en el momento de la sentencia de divorcio que atribuyó el uso de la vivienda a la esposa; con posterioridad, el inmueble salió a pública subasta, y fue adquirido por el padre del marido. La esposa planteaba la obligación de la viuda del adquirente —su exsuegra— de respetar su derecho de uso sobre la vivienda familiar⁶¹, planteamiento que el Tribunal Supremo no acoge puesto que —aunque no alude expresamente a ello en su fundamentación— la ejecución de la vivienda tenía su origen en el impago de una deuda ganancial contraída de común acuerdo por ambos cónyuges, con la consiguiente aceptación por la esposa al contraer la deuda de la posibilidad de pérdida a futuro de la vivienda por impago⁶².

En cambio, si el acto dispositivo realizado por el cónyuge titular es anterior a la celebración del matrimonio los artículos 1320 y 1322 del Código civil no serán aplicables, pues en ese momento el inmueble no constituía la vivienda familiar. De esta forma el adjudicatario de la vivienda familiar constante el matrimonio como consecuencia de una ejecución hipotecaria por un préstamo concertado por el cónyuge titular en estado de soltero estará protegido en su derecho, tal y como se concluyó en la Sentencia de 6 de marzo de 2015⁶³. Aunque la referida sentencia no lo precisa, con mayor motivo el artículo 96 del Código civil no resultará aplicable en tal caso, pues la atribución judicial del derecho de uso —presupuesto de la limitación al poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto— encuentra su fundamento en la protección de la vivienda familiar, por lo que si el acto del que dimana la adquisición del inmueble por un tercero (ejecución hipotecaria) es anterior al matrimonio no puede oponerse el derecho de uso sobre una vivienda que, en dicho momento, no constituía la vivienda familiar. Así pues, resulta obvio que la solución alcanzada por el Tribunal Supremo en este caso no es más que pura aplicación del principio de prioridad registral del derecho de hipoteca frente al derecho de uso de la vivienda familiar⁶⁴.

A nuestro modo de ver, la limitación dispositiva del cónyuge titular sobre la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil opera únicamente respecto al derecho de uso judicialmente atribuido, sin que se extienda a la

posibilidad de disposición del derecho de propiedad sobre dicho inmueble. Consecuentemente, la enajenación de la vivienda familiar realizada por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge no resulta inválida ni anulable *ex* artículos 1320 y 1322 del Código civil, pues ello supondría confundir el derecho de uso de la vivienda familiar con el derecho de propiedad⁶⁵.

Cuando el cónyuge beneficiario del derecho de uso presta su consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no está consintiendo la transmisión, sino la extinción con motivo de ella de su derecho de uso, por más que en su vigente redacción el artículo 96.3 del Código civil se refiera a la necesidad de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición *de todo o parte* de la vivienda familiar⁶⁶. Lo correcto habría sido que con motivo de la modificación operada en dicho precepto por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad el legislador hubiese aprovechado para referirse a la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges o autorización judicial para la disposición por el cónyuge titular *del derecho de uso sobre la vivienda familiar*, en la medida en que la expresión actual induce sobremano a error o confusión.

Es importante tener en cuenta que el derecho de uso sobre la vivienda habitual constituye una de las diversas facultades que integran el dominio del cónyuge titular, restringiendo los actos dispositivos que resulten incompatibles con dicho uso, caso, por ejemplo, del arrendamiento de la vivienda en cuestión. Otro tanto podría decirse de la constitución por parte del cónyuge titular de un derecho de usufructo, de uso o de habitación sobre la vivienda, derechos a los que expresamente alude la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas de sus resoluciones relativas al derecho de uso y sus implicaciones jurídico-reales⁶⁷.

Por lo tanto, el cónyuge titular puede enajenar la vivienda familiar sin contar con el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso (y sin autorización judicial), resultando en tal caso inaplicables los artículos 1320 y 1322 del Código civil⁶⁸, tal y como por lo demás se establece en el artículo 219-26.3 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁶⁹ siguiendo la estela del artículo 233-25 del Código civil catalán⁷⁰ y de la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra⁷¹.

El esquema descrito es el mismo que se produce en los casos de enajenación de una vivienda arrendada de conformidad con el artículo 14 LAU, o cuando uno adquiere un inmueble sobre el que pesa un derecho de usufructo o un derecho de uso o habitación. Es evidente que el arrendador puede enajenar la vivienda arrendada, del mismo modo que puede hacerlo el nudo propietario en caso de usufructo o el propietario de un inmueble sobre el que pesa un derecho de uso o habitación, planteamiento que resulta igualmente extrapolable a los casos de enajenación por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso.

Ahora bien, en tales casos el adquirente deberá asumir la continuidad del derecho de uso siempre y cuando este figure inscrito en el Registro de la Propiedad o, cuando sin estar inscrito, tuviera conocimiento de su existencia. Por el contrario, si el derecho de uso no figura inscrito y el comprador de la vivienda desconoce su existencia —en atención a las vertientes positiva y negativa de la fe pública registral⁷²—este deberá ser considerado a todos los efectos tercero hipotecario ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, resultándole inoponible el derecho de uso⁷³. Planteamiento de acuerdo con el cual debe entenderse la referencia contenida en la vigente redacción del artículo 96.3 del Código civil, tras la reforma operada por la Ley 8/2021, al hecho de que «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Mayores problemas pueden suscitar los casos en los que la atribución del uso de la vivienda familiar deriva de la adopción de una medida provisional en el transcurso de un procedimiento de separación o divorcio (art. 103 CC) o de la resolución o acta notarial que decreta la separación legal de los cónyuges, ya que las reglas del régimen matrimonial primario dentro de las cuales se ubican los artículos 1320 y 1322 del Código civil continúan siendo aplicables. Sin embargo, incluso en tales casos consideramos que la aplicación de tales preceptos a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular que se limitan a la nuda propiedad no tiene cabida, pues en ambas hipótesis el uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular goza de un *status* jurídico autónomo derivado de su reconocimiento judicial y, por ende, oponible frente a terceros adquirentes, como expresamente contempla el artículo 219-23.1 de la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil⁷⁴.

C) En particular la hipoteca de la vivienda familiar

Tanto la jurisprudencia como la Dirección General de los Registros y del Notariado incluyen la hipoteca dentro de los actos dispositivos sobre la vivienda familiar proscritos por el artículo 96 del Código civil. Sin embargo, en nuestra opinión y a diferencia de cuanto acontece con la constitución de un usufructo, un derecho de uso o habitación, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución del uso no genera incompatibilidad alguna con el derecho de uso ni se integra dentro del ámbito de limitación del poder de disposición del cónyuge titular ex artículo 96 del Código civil, al igual que acontece en el caso de la enajenación voluntaria de la vivienda.

La justificación aducida por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Tribunal Supremo para la incardinación de la hipoteca dentro de los actos dispositivos incompatibles con el derecho de uso sobre

la vivienda familiar —y por ende prohibidos de acuerdo con el artículo 96 del Código civil— estriba en la potencial sustracción de la vivienda a la familia que la ejecución hipotecaria entraña, conclusión que se extrapola igualmente vigente el matrimonio (art. 1320 CC)⁷⁵. No obstante, lo cierto es que dicho planteamiento no puede ser compartido y merece un análisis más en detalle, habida cuenta de las distintas hipótesis que pueden darse y de las matizaciones que deben tenerse en cuenta, particularmente en lo que respecta a la posibilidad del cónyuge beneficiario del derecho de uso de hacer valer su derecho en el transcurso del procedimiento de ejecución aun cuando la hipoteca sea anterior a la atribución del uso.

En primer lugar, conviene recordar que el derecho de uso se circunscribe a una de las facultades que integran el dominio sobre la vivienda familiar —la facultad de uso y disfrute—, de tal forma que dicho uso no se ve obstaculizado por el hecho de que el cónyuge titular hipoteque el inmueble, del mismo modo que el nudo propietario puede hipotecar el bien sin merma alguna del derecho del usufructuario (arts. 489 CC y 107.2.º LH⁷⁶). De ahí que la inclusión de la hipoteca por el cónyuge titular de la vivienda familiar sobre la que recae el derecho de uso dentro de los actos dispositivos vedados por el artículo 96 del Código civil no resulta en modo alguna acertada, apreciándose nuevamente en este punto una confusión entre el significado de la limitación dispositiva del cónyuge titular vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil y el alcance de dicha limitación tras la crisis matrimonial, al igual que acontece en el caso de la enajenación.

Vigente el matrimonio el derecho de uso de la vivienda familiar por el cónyuge no titular deriva en exclusiva de la propiedad del otro cónyuge, de forma tal que la pérdida del dominio por parte de este último tendrá como correlato la imposibilidad de que el uso familiar de la vivienda persista, de ahí que la hipoteca del inmueble suponga un riesgo potencial de desaparición del destino familiar del inmueble que, por ende, queda subsumido dentro de los actos dispositivos que requieren el consentimiento de ambos cónyuges *ex* artículo 1320 del Código civil⁷⁷. Por el contrario, en los supuestos de crisis matrimonial el derecho de uso sobre la vivienda familiar goza de un *status* jurídico autónomo *ex* artículo 96 del Código civil que permite una clara diferenciación entre la nuda propiedad del inmueble —afectada por el derecho de hipoteca— y su uso y disfrute, que no se ven en modo alguno comprometidos por la posibilidad de una ejecución hipotecaria *ad futurum*.

Consecuentemente, la hipoteca de la vivienda familiar con posterioridad a la atribución judicial del derecho de uso no es susceptible de enervar dicho derecho cuando este figura inscrito, fruto de la mera aplicación del principio de prioridad registral. Más aún, pese a que el derecho de uso sobre la vivienda no figure inscrito en el Registro de la Propiedad el tercero adquirente deberá respetarlo si tiene conocimiento de su existencia al margen

de la información registral, en atención a las vertientes positiva y negativa de la buena fe exigidas al tercero hipotecario para ser considerado como tal *ex* artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en los términos antes referidos a propósito de analizar la enajenación de la vivienda familiar.

Por otro lado, aun cuando la inscripción de la hipoteca resulte anterior al matrimonio o a la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, si el ejecutante conoce con anterioridad a la presentación de la demanda de ejecución la existencia del derecho de uso o este figura inscrito en el Registro de la Propiedad se plantea la necesidad de determinar el grado de intervención que el cónyuge beneficiario del uso ha de tener en el proceso de ejecución, en aplicación de los artículos 132 de la Ley Hipotecaria y 661, 662, 675 y 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la doctrina relativa al tercero poseedor de bienes hipotecados dimanante de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2013. Máxime teniendo en cuenta que el artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario exige, además, para proceder a la «...anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado» cuando el carácter de vivienda familiar conste registralmente⁷⁸.

De acuerdo con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 2018, en el caso del derecho de uso sobre la vivienda familiar no resulta aplicable el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la obligación de comunicación de la ejecución a que se refiere dicho precepto se restringe a los arrendatarios y a los ocupantes de hecho, figuras ambas dentro de las cuales no puede encuadrarse el derecho de uso inscrito en el Registro. El derecho de uso del cónyuge no titular se incardina, pues, en el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dedicado a los terceros poseedores cuyo derecho figura inscrito, a diferencia del tercero ocupante del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que únicamente ostenta un título posesorio no inscrito *ex* artículo 438 del Código civil. Consecuentemente el cónyuge beneficiario del uso que cuenta con inscripción registral de su derecho debe ser —al igual que ocurre en el caso del usufructuario⁷⁹— demandado en el transcurso del procedimiento ejecutivo y requerido de pago, de acuerdo con los artículos 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132 de la Ley Hipotecaria, aun cuando el derecho de hipoteca fuese anterior a la atribución judicial de dicho derecho de uso, ya que de no ser así la adquisición derivada de la ejecución del inmueble no podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad⁸⁰.

Por el contrario, cuando el derecho de uso no figura inscrito en el Registro de la Propiedad dicho derecho no podrá ser opuesto a terceros —como el acreedor hipotecante o el adquirente del remate— que cuenten con inscripción registral de su derecho y cumplan los requisitos del artículo 34 de

la Ley Hipotecaria. Es más, en tales casos queda excluida la posibilidad de denegar la inscripción del título del adquirente como consecuencia del proceso ejecutivo, pues tanto el artículo 132 de la Ley Hipotecaria como el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren exclusivamente a titulares de derechos inscritos⁸¹ (los únicos a los cuales debe ofrecérseles la posibilidad de liberar el bien). De esta forma, la intervención del cónyuge beneficiario se circunscribiría al ámbito procesal, por lo que si después de la interposición de la demanda ejecutiva se desvela la ocupación de la vivienda en virtud de su derecho de uso no inscrito deberá ser notificado, para que de acuerdo con el artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —y como cualquier otro ocupante de hecho— presente al tribunal en el plazo de 10 días los títulos que legitiman su situación posesoria. Si el Tribunal considera que el cónyuge beneficiario tiene derecho a permanecer en el inmueble el procedimiento ejecutivo continuará adelante, remitiéndose la discusión acerca de la oponibilidad o no de dicho derecho frente al tercero adquirente al correspondiente procedimiento declarativo, pudiendo entretanto el adquirente proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad⁸².

2. VIVIENDA FAMILIAR PERTENECIENTE A AMBOS CÓNYUGES

Aunque el artículo 96 del Código civil se refiere tan solo al cónyuge no titular de la vivienda familiar —pues inicialmente dicho precepto estaba únicamente pensado para los supuestos en los cuales la vivienda familiar pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del derecho de uso— también tienen cabida dentro de su ámbito de aplicación los casos en que la vivienda en cuestión pertenece a ambos conjuntamente (en copropiedad⁸³ o integrante de la sociedad postganancial⁸⁴), pues se trata igualmente de situaciones en las cuales no existe un tercero en liza ajeno a la relación matrimonial.

En tales casos de vivienda común o copropiedad de ambos cónyuges, independientemente del porcentaje que cada uno de ellos ostente y de cómo se haya llegado a dicha situación de cotitularidad⁸⁵, se aprecia con claridad la escisión entre la nuda propiedad de la vivienda familiar y el derecho de uso de esta por parte del cónyuge beneficiario. De esta forma, el cónyuge no beneficiario tiene vetada la posibilidad de realizar actos dispositivos susceptibles de constreñir el derecho de uso de la vivienda familiar, pero no por ello se ve abocado a permanecer *sine die* en régimen de copropiedad⁸⁶, pues tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial resulta pacífica la admisión de su derecho a ejercitar la acción de división de la cosa común ex artículo 400 del Código civil⁸⁷.

Así, la diferenciación entre el derecho de propiedad de cada uno de los cónyuges copropietarios y el derecho de uso de la vivienda familiar se traduce

en el reconocimiento de la plena compatibilidad del derecho de uso con el ejercicio de la acción de división de la cosa común y consiguiente traspaso del inmueble a manos de un tercero adquirente. A tal efecto, el derecho de uso resultará oponible frente al tercero adquirente mientras subsista la situación que motivó la atribución del uso (STS de 3 de diciembre de 2008)⁸⁸, al menos siempre y cuando este se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad o, pese a no constar registralmente, dicho tercero sea consciente de su existencia. Planteamiento que supone la superación de la teoría según la cual se entendía que la acción de división implicaba la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar y consiguiente expulsión del cónyuge usuario⁸⁹.

Esta compatibilidad entre el derecho de uso de la vivienda familiar y el ejercicio de la acción de división de la cosa común por parte del cónyuge titular, para el que no se requiere el consentimiento del cónyuge beneficiario del uso que no puede oponerse ni entorpecer dicha facultad de división⁹⁰, no hace sino corroborar el distinto alcance que las limitaciones dispositivas sobre la vivienda familiar derivadas de la aplicación del artículo 96 del Código civil implican respecto a sus homólogas vigentes el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil, en los términos anteriormente apuntados.

De esta forma, no parece razonable considerar que en los supuestos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso este no puede enajenar o hipotecar la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge (o autorización judicial) dada la incompatibilidad entre tales actos dispositivos y el derecho de uso y, a continuación, reconocer —sin cortapisa alguna— la posibilidad de enajenación de la vivienda en los supuestos de copropiedad a consecuencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos el resultado final es el mismo: la vivienda familiar es adquirida por un tercero al que el derecho de uso resultará oponible en la medida en que el tercero reúna los requisitos del artículo 34 LH, es decir, si el derecho de uso tiene constancia registral o pese a no tenerla es conocido por el adquirente.

III. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD EXCLUSIVA DE UN TERCERO

El artículo 96 del Código civil establece *algunas* de las pautas que ha de seguir el juzgador en aras a determinar la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial, pero —tal y como se ha apuntado a lo largo del trabajo— reduce su ámbito de aplicación a los supuestos en que la vivienda o bien pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del derecho de uso o a ambos cónyuges conjuntamente⁹¹.

Sin embargo, es relativamente común que la propiedad de la vivienda familiar no pertenezca a ninguno de los cónyuges, como acontece, por ejemplo, cuando el inmueble es ocupado por el matrimonio en virtud de un contrato de arrendamiento en el que uno o ambos cónyuges son arrendatarios⁹², o cuando les ha sido cedida gratuitamente por un familiar o allegado. De hecho, como consecuencia de la crisis económica de los últimos años, el incremento del precio de la vivienda y la dificultad de los jóvenes de acceder al mercado laboral e independizarse asumiendo el coste de la compra/alquiler de una vivienda se ha incrementado, desgraciadamente, el número de progenitores (o familiares) que ceden a sus hijos (parientes o allegados) un inmueble donde fijar el domicilio o residencia habitual.

En tales casos la decisión judicial sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar en un proceso de crisis matrimonial puede afectar negativa e injustificadamente a los intereses del tercero propietario. Y es que, al margen de las repercusiones económicas que vigente el matrimonio tiene para los terceros propietarios la cesión gratuita del uso del inmueble, cuando tras la crisis matrimonial se atribuye el derecho de uso a uno de los cónyuges *ex* artículo 96 del Código civil tales propietarios se ven frecuentemente abocados a la necesidad de incoar un procedimiento declarativo para recuperar la posesión del inmueble, habida cuenta de la imposibilidad de hacer valer sus derechos dominicales en el transcurso del correspondiente procedimiento de nulidad, separación o divorcio.

1. POSESIÓN DE LA VIVIENDA TRAS LA CRISIS MATRIMONIAL

Como se ha precisado con anterioridad, la atribución judicial a uno de los cónyuges del derecho de uso sobre la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* con una protección y entidad superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges⁹³. Por tanto, si vigente el matrimonio estos carecían de un título legítimo de posesión tras la crisis matrimonial el cónyuge beneficiario del derecho de uso únicamente podrá poseer la vivienda en concepto de mero precarista (STS de 26 de diciembre de 2005)⁹⁴.

En efecto, como destacaba ya en su día la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 «...la atribución [por el juez] del uso 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 (...) 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» (FJ 2.º)⁹⁵. Lo que se traduce, según precisaba la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2003, en que la resolución judicial en

virtud de la cual se atribuye el uso de la vivienda familiar no es susceptible de alterar el título jurídico que legitimaba la ocupación por los cónyuges con anterioridad a la crisis matrimonial, ocupación de la que dimana la consiguiente atribución del derecho de uso (FJ 7.º).

Dicha argumentación se sintetiza en la Sentencia de 14 de marzo de 2013, según la cual: «...la atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia no puede constituir un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda» (FJ 2.º).

Así pues, la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda familiar con motivo de la separación o divorcio no transmuta el título de posesión anterior ni permite enervar una demanda de desahucio por precario, de forma que la continuidad en el uso de la vivienda por parte del cónyuge beneficiario quedará restringida a los casos en los que con anterioridad a la crisis matrimonial el uso de la vivienda encontraba acomodo en un título posesorio legítimo. En efecto, como señala la Sentencia de 31 de diciembre de 1994 «...ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía» (FJ 2.º).

De esta forma, la cesión gratuita del uso de la vivienda familiar obliga a dilucidar el título en virtud del cual los cónyuges ostentaban la posesión con anterioridad a la crisis matrimonial, debiendo comprobar si poseían en virtud de un contrato previo (en particular, de comodato) o, si por el contrario, eran meros precaristas⁹⁶. No en balde, la existencia de un contrato previo de comodato vigente el matrimonio determinaría que el desalojo de la vivienda familiar del cónyuge beneficiario del derecho de uso solo podría prosperar tras el vencimiento del término correspondiente, tras la desaparición del uso específico y determinado para el que se cedió el inmueble o, excepcionalmente cuando concurren razones de urgencia del tercero propietario (art. 1749 CC)⁹⁷. En cambio, si los cónyuges tienen la condición de precaristas los propietarios podrán reclamar la posesión en cualquier momento, pues los poseedores carecen de título legítimo de posesión y — como hemos dicho — la sentencia judicial que atribuye el derecho de uso no crea un derecho *ex novo* cuya protección posesoria resulte superior a la que previamente y durante el matrimonio ostentaban los cónyuges.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la pertenencia de la vivienda familiar a un tercero implica la automática catalogación del cónyuge beneficiario del derecho de uso como un mero precarista, sin necesidad de tener que proceder a valorar la previa existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio. En efecto, la Sentencia de 2 de octubre de 2008 sienta como doctrina jurisprudencial que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial» (FJ 3.º)⁹⁸. Por su parte, la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010⁹⁹, tras realizar una clasificación de las posibles situaciones que pueden darse respecto a la titularidad de la vivienda familiar, reitera dicho planteamiento, destacando a los efectos que aquí interesan cómo «...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» (FJ 7.º)¹⁰⁰.

Lo decisivo a efectos de la consideración como precarista del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero estriba en la desaparición tras la separación o divorcio del uso específico y determinado al que eventualmente pudiera considerarse que estaba destinada la vivienda cedida, de forma tal que aun cuando se admita la existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio dicho contrato se extingue con la ruptura matrimonial, poseyéndose a partir de ese momento la vivienda en precario¹⁰¹. En definitiva, aun cuando pudiera acreditarse un previo contrato de comodato para un uso específico y determinado constante la convivencia matrimonial, este se extingue automáticamente tras la separación o el divorcio.

Dicho planteamiento implica, por un lado, que el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar no origina un título válido de posesión que permita al cónyuge titular continuar en la vivienda familiar, pues ello «entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda»¹⁰² y; por otro, que el hipotético contrato de comodato existente durante la vigencia del matrimonio a resultas del uso específico y determinado del inmueble como vivienda familiar se transforma en precario tras la sentencia —decreto o acta notarial— de separación o divorcio¹⁰³; tal y como se establece en el artículo 219-24 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil¹⁰⁴, siguiendo la estela del artículo 233-25 CCCat, a

cuyo tenor «si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución»¹⁰⁵.

La imposibilidad de atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero a los cónyuges podrá provocar, en no pocas ocasiones, un grave perjuicio a los hijos menores comunes del matrimonio, ya que en la mayoría de los casos el criterio de atribución del derecho de uso se asocia a la guarda y custodia de los hijos menores o discapacitados (art. 96.1 CC). No obstante, la protección de los hijos menores o en situación de discapacidad no puede operar como fundamento de la restricción de los derechos dominicales de terceros ajenos al proceso matrimonial, pues no es a ellos a quienes corresponde sufragar forzosamente las necesidades habitacionales de aquellos, por más que se trate de un interés digno de protección¹⁰⁶. Caso de haberse decretado el desalojo de la vivienda familiar la vía para proteger el interés de los hijos menores o en situación de discapacidad será a través de un procedimiento de modificación de las medidas adoptadas por la aparición de circunstancias sobrevenidas que no fueron tenidas en cuenta al momento de la separación o divorcio¹⁰⁷, a través —en su caso— de un aumento de la pensión alimenticia o, incluso, de la atribución del derecho de uso sobre otra vivienda (no familiar) al cónyuge custodio¹⁰⁸. Mecanismos a través de los cuales se logra un justo equilibrio entre los intereses de los hijos menores o discapacitados y los de los titulares dominicales de la que fue la vivienda familiar durante el matrimonio, posibilitándoles la recuperación de su posesión sin necesidad de incoar un procedimiento ulterior de desahucio por precario¹⁰⁹.

Por lo demás, la solución propuesta es además la acogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de octubre de 2011, en la que se admite «atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos» (FJ 5.º)¹¹⁰. No obstante, en el caso de autos el Tribunal, pese a declarar el uso de una vivienda distinta y confirmar la posesión en precario de la vivienda familiar propiedad de terceros (padres del esposo), permitió a la esposa y a su hija continuar residiendo en la vivienda hasta que pudiesen ocupar la vivienda copropiedad del matrimonio, que estaba por aquel entonces arrendada.

2. POSESIÓN DE LA VIVIENDA VIGENTE EL MATRIMONIO

Tal y como se ha explicado, de acuerdo con la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 con posterioridad a la crisis matrimonial la posesión del

titular del derecho de uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero deviene en precario. Sin embargo, dicha sentencia no entra a analizar si vigente el matrimonio puede considerarse la existencia de un contrato de comodato entre el propietario y los cónyuges, contrato que en todo caso se extinguiría —visto el razonamiento del Alto Tribunal— tras la sentencia, decreto o acta notarial de separación o divorcio.

La determinación de la existencia de un contrato de comodato durante el matrimonio que legitimase la ocupación del inmueble por los cónyuges tiene importantes implicaciones, pues en caso de estimarse que efectivamente mediaba dicho contrato la posibilidad de recuperación de la vivienda familiar por parte del tercero comodante y propietario únicamente resultaría factible tras la separación o divorcio, no por tanto durante la vigencia del matrimonio salvo concurrencia en su persona de razones de urgente necesidad (art. 1749 CC).

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial expuesta se limita a los supuestos de cesión temporal del inmueble para un uso específico y determinado —no por un periodo de tiempo concreto¹¹¹—, caso de su utilización como vivienda familiar por parte de los cónyuges. De ahí que la jurisprudencia considere que los cónyuges comodatarios pasan una vez se produce la crisis matrimonial a detentar la vivienda no ya como comodatarios sino en condición de meros precaristas, pudiendo «el comodante reclamarla [la cosa] a su voluntad» (art. 1750 CC).

No obstante, a nuestro modo de ver la cesión gratuita de la vivienda de la familia no se acomoda a los presupuestos legalmente exigibles para considerar la existencia de un contrato de comodato vigente el matrimonio: el uso específico y determinado¹¹², por un lado, y el carácter temporal del contrato, por otro¹¹³. Habitar en una casa no es más que el destino y fin genérico de la cosa prestada, por más que se habite en ella con el cónyuge y esa vivienda constituya la vivienda familiar, debiendo evitar caer en la tentación de concluir que por «el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato»¹¹⁴. «En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equiparse al supuesto en que exista un *uso* determinado (...), pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil (la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él)»¹¹⁵.

Lo cierto es que atribuir naturaleza de comodato a las cesiones para un uso tan genérico, propio e inherente a la cosa cedida, y con tanto potencial de indefinición y perpetuación temporal como acontece con el uso familiar, desvirtúa sobremanera la naturaleza del contrato de comodato¹¹⁶. Compartir

esta tesis derivaría en un grave menoscabo a los terceros propietarios de la vivienda, además de suponer un desincentivo al altruismo familiar y ser susceptible de provocar situaciones manifiestamente injustas en beneficio del cesionario (y su cónyuge) en contra de los intereses del cedente y presunto comodante¹¹⁷, que tan solo podría recuperar la vivienda durante la vigencia del matrimonio en caso de concurrir justa causa *ex* artículo 1749 del Código civil¹¹⁸.

Consecuentemente, la cesión gratuita del inmueble que constituye la vivienda familiar no puede llevar aparejada la existencia de un contrato de comodato, a salvo los supuestos en los que las partes lo hubieran celebrado expresamente sujeto a término o a un fin específico y determinado. En definitiva, compartimos la conclusión alcanzada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª) de 8 de marzo de 2007, cuando afirma que «...la realidad social impone que la interpretación normal de la cesión entre familiares del uso de una vivienda de su propiedad es que, salvo prueba en contrario, la cesión la hacen en consideración al pariente, sin una duración, ni un uso determinado, de modo que no se puede presumir el deseo de los parientes propietarios de una cesión vitalicia y de forma absolutamente gratuita, sin ninguna posibilidad de recuperación» (FJ 1.º).

La Sentencia de 14 de julio de 2010 comparte esta conclusión al confirmar la sentencia de apelación y, en consecuencia, rechazar la existencia de un contrato de comodato durante la convivencia conyugal, al declarar que «la actora cedió la vivienda a su hijo para que constituyese su hogar familiar, pero no consta su voluntad de renunciar a recuperarla mientras constituyese el domicilio de la familia. En este sentido, no se dan los elementos característicos del comodato, por lo que la posesión de la vivienda por la demandada lo es a título de precario»¹¹⁹.

Por todo ello, en nuestra opinión debe considerarse que la cesión gratuita de la vivienda fruto de la mera condescendencia o beneplácito de su propietario genera tan solo una posesión en concepto de precario que, por ende, habilita al propietario a reclamar su recuperación en cualquier momento, tanto constante el matrimonio como tras el cese de la convivencia matrimonial¹²⁰. Resulta paradójico asumir que la cesión gratuita de una vivienda a un familiar comporte la imposibilidad del cedente de recuperar su posesión por la existencia de un contrato tácitamente acordado por la mera existencia de un *uso específico y determinado* del inmueble. No en balde, en el caso de los contratos gratuitos la imposibilidad de conocer la verdadera voluntad de los contratantes con arreglo a los criterios hermenéuticos de los artículos 1281 a 1288 del Código civil obliga a resolver las dudas que puedan surgir *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses*¹²¹, lo que excluye la posibilidad de presumir voluntad alguna del cedente de obligarse a mantener en el uso de la vivienda a los cesionarios durante un

determinado tiempo, vista la ausencia de consentimiento contractual a tal efecto¹²².

3. MECANISMOS DE DEFENSA DEL TERCERO PROPIETARIO

El juez o tribunal —letrado de la Administración de Justicia o notario— puede decretar la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente a un tercero en un procedimiento de separación o divorcio, es decir, sin cuestionarse su titularidad y, en consecuencia, el tercero propietario en exclusiva de la vivienda familiar se ve abocado a la necesidad de incoar un procedimiento declarativo ulterior para recuperar la posesión del inmueble que gratuitamente había cedido constante la convivencia matrimonial.

En nuestra opinión, el planteamiento adoptado a tal efecto por la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010 resulta insatisfactorio al imponer la necesidad de incoar un procedimiento judicial ulterior para reivindicar la posesión del inmueble. Resulta llamativo que en el transcurso del procedimiento aparejado a la crisis matrimonial los Juzgados y Tribunales no efectúen indagación alguna acerca de la titularidad de la vivienda, limitándose, una vez se acredita su carácter familiar, a atribuir el derecho de uso al cónyuge custodio o cuyo interés resulte más digno de protección. Máxime si se tiene en cuenta que dicho planteamiento se lleva hasta sus últimas consecuencias, hasta el punto que la jurisprudencia no duda en afirmar que «la atribución dispuesta en las resoluciones judiciales dictadas en la causa matrimonial es absolutamente independiente de la naturaleza del derecho o razón en virtud de la cual la familia haya venido ocupando la vivienda, por lo que el órgano judicial, al hacerla, únicamente ha de reparar en esta situación de hecho (...) la titularidad y condiciones de ocupación de la vivienda no son circunstancias que eximan de aplicar el artículo 96 del Código civil» [SAP de Alicante (Sección 4.ª) 8 de abril de 1998]¹²³.

Dicha circunstancia, sumada a la imposibilidad acreditada del tercero titular de la vivienda de intervenir en el proceso de crisis matrimonial, hace que este deba inexorablemente incoar un procedimiento declarativo ulterior para hacer valer sus derechos dominicales sobre la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido *indebidamente*. Tal es la solución expresamente ratificada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre de 2003, en la que se desestima la vulneración del artículo 24.1 CE a resultas de la decisión judicial que había denegado a la recurrente (propietaria de la vivienda familiar) el derecho a personarse en el proceso de separación matrimonial de su hijo y su nuera por carecer de interés legítimo *ex* artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que no tiene la condición de cónyuge y, además, sus derechos patrimoniales no se verán afectados o perjudicados por

la decisión adoptada «ya que para la defensa y ejercicio de dichos derechos tiene abierta la vía del proceso debido constitucionalmente para este tipo de derechos, que es el juicio declarativo que corresponda» (FJ 5.º).

El Tribunal Constitucional descarta que la imposibilidad de la propietaria de la vivienda de intervenir en el proceso de crisis matrimonial implique vulneración alguna de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, pese a reconocer la condición de precaristas de los cónyuges y afirmar que la sentencia judicial que atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar no crea un derecho *ex novo* que suponga una limitación de las facultades dominicales de la propietaria: si poseían en precario tras la sentencia de separación o divorcio el cónyuge beneficiario del derecho de uso sigue poseyendo en precario (FJ 7.º)¹²⁴, pudiendo la propietaria reivindicar en un proceso posterior la posesión del inmueble.

El planteamiento del Tribunal Constitucional se reproduce igualmente —como no puede ser de otra forma *ex* artículo 5.2 LOPJ¹²⁵— en la Sentencia de 2 de octubre de 2008, según la cual «...el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial» (FJ 2.º)¹²⁶.

Así pues, en términos procesales la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero lleva aparejada la concurrencia de dos problemas diferenciados: por un lado, la relación familiar que afecta a los cónyuges que se proyecta en la determinación del uso de la vivienda familiar con independencia del título que originariamente legitima su posesión, limitándose el juez a verificar que de facto la vivienda constituye el hogar familiar; y, por otro lado, la problemática en torno a la titularidad del inmueble, que no afecta exclusivamente a los cónyuges, sino también al tercero propietario y fruto de la cual se podrá concluir si efectivamente estamos en presencia o no de una situación de precario¹²⁷.

Puesto que el juez no se cuestiona en el transcurso del proceso matrimonial la propiedad de la vivienda, sino que se limita a atribuir el uso conforme a los parámetros del artículo 96 del Código civil, no crea en virtud de la resolución que atribuye el derecho de uso un título de ocupación ejercitable *erga omnes*, por lo que el tercero propietario puede recuperar la posesión en cualquier momento a través de un procedimiento declarativo *ad hoc*¹²⁸. Esta dinámica procesal evidencia cómo la jurisprudencia parece decantarse por dotar de carácter preferente a la familia y subsidiariamente al derecho de propiedad, solución que resulta cuanto menos llamativa, habida cuenta que el propio Tribunal Supremo insiste en destacar que si la vivienda familiar

pertenece a un tercero el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el derecho de familia¹²⁹.

Que los terceros propietarios de la vivienda familiar se vean abocados tras la crisis matrimonial a incoar un procedimiento declarativo ulterior a resultas del cual poder recuperar la posesión del inmueble cedido gratuitamente no resulta en modo alguno una solución satisfactoria ni —contrariamente al parecer del Tribunal Constitucional— acorde con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

A nuestro parecer, partiendo de que el tercero titular de la vivienda no puede intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial, debería impedirse al juez o tribunal que resuelve el divorcio o la separación adoptar la medida de atribución de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges en tal caso. Dado que el artículo 96 del Código civil únicamente resulta aplicable si la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges el juez debería comprobar que efectivamente se dan los presupuestos jurídico-reales de aplicación de dicho precepto a través, por ejemplo, de una nota simple expedida por el Registro de la Propiedad. De esta forma, si el inmueble pertenece en exclusiva a un tercero, el tribunal deberá inhibirse de adoptar decisión alguna respecto a la atribución del uso, salvo que se acredite la existencia de un título jurídico que dé soporte a la posesión del inmueble con posterioridad a la crisis matrimonial (caso, por ejemplo, de un contrato de arrendamiento *ex art. 15 LAU*).

A través de dicho proceder aunque el tercero titular de la vivienda no puede ser parte en el proceso de divorcio o separación sus intereses dominicales pueden ser protegidos a resultas de la inhibición del juez o tribunal de adoptar medida alguna respecto del uso de la vivienda familiar¹³⁰. De hecho, ese esquema parece acogerse en el artículo 219-24.2 de la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, dedicado al ámbito objetivo de la medida de atribución de la vivienda familiar, cuando establece que «las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos que hayan servido de domicilio familiar. Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediando comodato a favor de cualquiera de los cónyuges»¹³¹.

Otro tanto parece acontecer en el ámbito registral, pues la Dirección General de los Registros y del Notariado veta el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar cuando la titularidad dominical corresponde en exclusiva a un tercero, dado que el derecho de uso es oponible en el seno de las relaciones entre cónyuges (*per relationem*), pero no frente al tercero protegido en su derecho, de conformidad con el principio de buena fe registral [RDGRN 19 septiembre 2007 (FJ 2.º)]. No

en balde, es doctrina jurisprudencial consolidada que la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a uno de los cónyuges «...es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes» (STS de 14 de julio de 2010)¹³². A lo que añade la imposibilidad de acceso en tales casos en aplicación del principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) «corolario de la tutela judicial efectiva»: como el tercero no puede ser parte en el proceso de crisis matrimonial se impide el acceso del derecho de uso al Registro¹³³. De tal forma que como precisa la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de septiembre de 2017 «...no constando la intervención del titular registral en el procedimiento de divorcio cuya sentencia aprobatoria del convenio regulador es objeto de presentación, no puede procederse a la inscripción» (FJ 3.º)¹³⁴.

El Centro Directivo con base en el principio de tracto sucesivo que conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se posiciona —certeramente a nuestro juicio— en contra del parecer del Tribunal Constitucional a este respecto, con unas consecuencias que no resultan baladíes, ya que el cónyuge titular del derecho de uso no estará protegido frente a las vicisitudes que puedan afectar al inmueble, caso, por ejemplo, de la enajenación de la vivienda a un tercero adquirente.

IV. VIVIENDA FAMILIAR COPROPIEDAD CON UN TERCERO

La doctrina jurisprudencial que califica como precaria la posesión del cónyuge titular del derecho de uso de la vivienda familiar cedida gratuitamente por un tercero se extrapola igualmente a los casos en los que la vivienda pertenece a un tercero en régimen de copropiedad con uno o ambos cónyuges como se aprecia, en particular, en la Sentencia plenaria de 18 de enero de 2010. En el caso enjuiciado la hermana del marido copropietaria del inmueble consintió el uso y disfrute de la vivienda por su hermano, dónde fijó su domicilio conyugal. No obstante, tras la sentencia de divorcio y consecuente atribución judicial del uso de la vivienda a su cuñada, la mujer ejercitó una acción de desahucio por precario con la finalidad de obtener el desalojo de la vivienda.

La sentencia de primera instancia rechazó la condición de precarista de la esposa, entendiendo 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»¹³⁵. No obstante, el Tribunal Supremo, valiéndose del mismo

razonamiento que aplica a los supuestos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a un tercero confirma la sentencia de apelación¹³⁶, revocatoria de la sentencia de primera instancia, y, en consecuencia, considera que la esposa carece de título alguno que legitime su posesión, pues «...del artículo 445 del Código civil no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa» (FJ 7.º)¹³⁷.

A priori, llama la atención que pese a que la propia sentencia confirma que los casos de copropiedad con un tercero resultan más complejos al «ofrecer una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio» (FJ 3.º) acto seguido emplee la misma argumentación y adopte idéntica solución que en los casos en los que la vivienda pertenece en exclusiva a tercero¹³⁸.

Pese a lo llamativo de la fundamentación del Tribunal Supremo, lo cierto es que ambos supuestos están excluidos del ámbito material de aplicación del artículo 96 del Código civil en la medida en que, según hemos destacado, la atribución del uso de la vivienda familiar de acuerdo con dicho precepto únicamente procede cuando la vivienda pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso o a ambos cónyuges conjuntamente. Y de hecho, a nuestro parecer, es precisamente la exclusión de los demás supuestos la que permite entender el razonamiento adoptado por el Tribunal Supremo en los casos en los que la vivienda familiar es copropiedad de un tercero haciendo uso de la misma argumentación que en los casos de titularidad exclusiva de un tercero.

Consecuentemente y atendiendo al planteamiento anterior, en estos casos de copropiedad procedería reiterar las mismas reflexiones anteriormente efectuadas en relación a los supuestos de titularidad exclusiva de un tercero: el juez con ocasión de determinar la atribución del uso de la vivienda familiar en el transcurso del proceso matrimonial debería comprobar que la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges. En caso contrario, es decir, cuando el inmueble pertenezca total o parcialmente a un tercero¹³⁹, deberá inhibirse y adoptar otras medidas alternativas como, por ejemplo, el incremento de la pensión de alimentos o la atribución de otra vivienda adecuada para satisfacer las necesidades de sustento y habitación de los hijos menores (STS de 10 de octubre de 2011).

Pese a lo expuesto, no han faltado autores que se muestran críticos con la estimación de la demanda de desahucio por precario si la vivienda pertenece en copropiedad al cónyuge no titular del derecho de uso y a un tercero, so pretexto de considerar que en tales casos «...no hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio (...) Producida la separación

conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente»¹⁴⁰. En definitiva, dicha argumentación se basa en que la vivienda no es ajena al matrimonio y, por tanto, el cónyuge titular del derecho de uso cuenta a su favor con un título que legitima su posesión, luego en tales supuestos no existe precario alguno, debiendo acudir a las normas comunes de la copropiedad para solucionar las posibles disputas generadas entre los comuneros por la atribución del uso¹⁴¹.

Esta utilización de las normas propias de la comunidad de bienes para solucionar los problemas dominicales y posesorios asociados a la atribución del uso de la vivienda familiar se aprecia con nitidez en la Sentencia de 28 de abril de 2016, en la que se confirma la condición de precarista de la esposa titular del derecho de uso y disfrute, ya que el esposo «no tenía *título dominical* bastante, ni solo ni junto con su hermana, para modificar la situación de precario» (FJ 2.º), pues en el caso enjuiciado la actora y madre del esposo era titular de más del cincuenta por ciento de la propiedad de la vivienda y contraria al uso y disfrute del inmueble por su exnuera¹⁴². Por lo tanto, el copropietario (o su cónyuge) podrán poseer el bien en exclusiva de acuerdo con el resto de los cotitulares, pero en el caso de que alguno o varios de ellos reivindicque su uso y disfrute deberá atenderse al acuerdo de la mayoría de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código civil.

Como puede apreciarse, el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo permite considerar como precarista al cónyuge beneficiario del derecho de uso únicamente cuando la participación en la comunidad del tercero excede del cincuenta por ciento, tal y como ocurría en el caso enjuiciado facilitando sobremanera la conclusión alcanzada. Siguiendo esta misma argumentación cuando 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, 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.

A mayores, el recurso por el Tribunal Supremo a la regla basada en la mayoría de cuotas *ex* artículo 398 del Código civil tampoco soluciona la problemática del uso de la vivienda familiar cuando al tercero le corresponde el cincuenta por ciento, pues la inexistencia de mayoría a favor del tercero o de los cónyuges implicaría la necesaria intervención discrecional del juez (art. 398.3 CC) de cara a dirimir el interés prevalente, es decir, si

el derecho de uso debe persistir o no en perjuicio de dicho tercero, como estiman algunos autores¹⁴³.

A nuestro parecer, el recurso a la facultad de intervención judicial prevista en el artículo 398 del Código civil en este caso para decidir si el derecho de uso de la vivienda familiar debe mantenerse no resulta posible, pues «...la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad, excluyendo el goce o uso de los demás es ilegítimo, infringe el artículo 394 e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398» [SSTS de 18 de febrero de 1987 (FJ 9.º) y 9 de diciembre de 2015 (FJ 3.º)]. Máxime si se tiene en cuenta que en estos supuestos de copropiedad con un tercero puede que el cónyuge beneficiario del derecho de uso no sea ni tan siquiera copropietario, lo que no haría sino reforzar la imposibilidad de uso exclusivo y excluyente por parte de un sujeto que ni siquiera forma parte de la comunidad.

Además, no puede olvidarse que aun cuando el cónyuge beneficiario del uso formase parte de la comunidad uno de los comuneros no puede excluir a los restantes del uso y disfrute de la cosa común si no es por acuerdo unánime (STS 6 febrero 1984)¹⁴⁴, por lo que debería estimarse la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 del Código civil ¹⁴⁵, pues el mantenimiento de la comunidad limitando el uso y disfrute a los comuneros en contra de su voluntad consecuencia de una decisión judicial que les es ajena frustraría sus intereses¹⁴⁶.

Por otro lado, el ejercicio de la *actio communi dividundo* no requeriría del consentimiento del cónyuge beneficiario *ex* artículo 96 del Código civil¹⁴⁷ ni supondría la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar (subsistencia que, en cambio, se reconoce cuando la vivienda es copropiedad de los cónyuges), dado que el tercero copropietario no puede quedar vinculado por una decisión judicial o notarial decretada en el transcurso de un proceso de separación o divorcio en el que no puede intervenir¹⁴⁸. De hecho, como se ha precisado con anterioridad, la copropiedad con un tercero de la vivienda familiar imposibilitaría la constancia registral del derecho de uso, por lo que resultará inoponible al tercero adquirente a resultas de la acción divisoria.

Sin embargo, sin perjuicio de tales consideraciones acerca de los problemas que la aplicación de las reglas propias de la comunidad de bienes a los supuestos de copropiedad de la vivienda familiar con un tercero pudieran implicar, en nuestra opinión lo decisivo es que el derecho de uso resulta inoponible a terceros distintos de los cónyuges ya que el supuesto de hecho del artículo 96 del Código civil se restringe a los casos en los que el inmueble es propiedad exclusiva de uno de ellos o copropiedad de ambos. Como consecuencia de ello desaparece toda posibilidad de conflicto derivada de la posesión de la vivienda familiar por el cónyuge titular del derecho de uso frente al tercero propietario o copropietario. De ahí que el empleo de

las normas de la comunidad de bienes resulte del todo improcedente para dirimir si el cónyuge beneficiario del derecho de uso detenta el bien en concepto de precarista o no en función de las respectivas cuotas y acuerdos de los comuneros en cuestión.

V. CONCLUSIONES

I. La Sentencia plenaria de 8 de enero de 2010 supuso un antes y un después respecto a la conceptualización de la naturaleza jurídica e implicaciones del derecho de uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, dejando de lado la discusión acerca de la naturaleza real u obligacional de dicho derecho y optando sencillamente por conceptualizarlo como un derecho de naturaleza familiar con acceso al Registro de la Propiedad y, por ende, oponible a terceros, conforme a los requisitos y principios de la normativa hipotecaria.

II. De acuerdo con dicha sentencia la atribución del derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil no implica la creación de un derecho nuevo y distinto del que los cónyuges tenían vigente el matrimonio, ni tampoco una subrogación *ex lege* del contrato que autorizaba el uso de la vivienda familiar, a excepción de la regla prevista en el artículo 15 LAU. Consecuentemente, la oponibilidad a terceros del derecho de uso se restringe a los supuestos en los que la vivienda pertenece a uno o ambos cónyuges, dejando de lado los casos en los que la vivienda es propiedad de un tercero o en los que dicho tercero es copropietario del inmueble junto a uno o ambos cónyuges.

III. No obstante, el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo no resulta plenamente satisfactorio ni en su análisis del derecho de uso de la vivienda familiar cuando esta pertenece al matrimonio ni cuando dicha vivienda pertenece a un tercero en exclusiva o en régimen de copropiedad con los cónyuges. En el primer supuesto, el Tribunal Supremo no efectúa diferenciación alguna ni entre el alcance de la limitación dispositiva que respecto a la vivienda familiar tiene el cónyuge titular o cotitular antes y después de la crisis matrimonial, ni tampoco acerca de la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados por dicho cónyuge sin el consentimiento de su consorte, cuestiones ambas que entroncan con la interrelación existente entre los artículos 96 y 1320 y 1322 del Código civil: vigente el matrimonio el uso y disfrute de la vivienda familiar por el cónyuge no titular carece de entidad propia y es mero correlato de las facultades que integran el respectivo derecho de su consorte (propiedad, arrendamiento, comodato...); en cambio, tras la crisis matrimonial la atribución del uso de la vivienda dota al derecho de uso de autonomía propia, en la medida

en que desgaja el goce y disfrute del inmueble de las restantes facultades dominicales del cónyuge titular. Diferenciación que justifica el distinto tratamiento de los artículos 96 y 1320 del Código civil y la inaplicación de la sanción del artículo 1322 del Código civil a los actos dispositivos realizados tras la crisis matrimonial.

IV. En la medida en que tras la crisis matrimonial el derecho de uso de la vivienda familiar pasa a tener entidad propia y resulta oponible a terceros la enajenación o la hipoteca no pueden incluirse dentro de la limitación dispositiva del artículo 96.IV del Código civil que se restringe a los actos dispositivos que comprometen las facultades de uso. Es esa limitación dispositiva del cónyuge titular la que posibilita el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso convirtiéndolo en oponible frente a terceros.

V. De hecho, en la jurisprudencia se aprecia una importante contradicción entre la pacífica admisión de la acción de división de la cosa común en los casos de vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges con el consecuente traspaso dominical a un tercero y la simultánea negación de la posibilidad de enajenar la vivienda cuando esta pertenece en exclusiva al cónyuge no beneficiario del uso. Contradicción que resulta inexplicable habida cuenta de que el resultado práctico resulta coincidente en ambos casos, pues la propiedad se transmite a un tercero que deberá respetar la continuidad del derecho de uso en la medida en que este figure registralmente inscrito o, sin estarlo, tenga conocimiento de su existencia.

VI. En los casos de vivienda propiedad exclusiva de un tercero o copropiedad con uno o ambos cónyuges, la doctrina jurisprudencial acierta al calificar como precaria la posesión del cónyuge beneficiario del derecho de uso tras la crisis matrimonial, si bien no explica el porqué. Indirectamente ello supone limitar el ámbito de aplicación del artículo 96 del Código civil a los supuestos de propiedad o copropiedad de los cónyuges y equiparar el derecho de uso a un derecho de naturaleza personal y *per relationem* entre los cónyuges. Aunque el Tribunal Supremo no lo menciona, lo decisivo para considerar como precarista al cónyuge beneficiario del uso en estos supuestos tiene que ver con la referida limitación del ámbito de aplicación del artículo 96 del Código civil y la inoponibilidad de dicho uso a cualesquiera terceros —copropietarios o propietarios en exclusiva de la vivienda familiar—, sin que resulten aplicables las reglas propias de la comunidad de bienes en materia de adopción de acuerdos del artículo 394 del Código civil.

VII. La imposibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges si pertenece en exclusiva o en copropiedad a un tercero no contraviene el principio del interés superior del menor, pues no es a los terceros propietarios de la vivienda familiar a quienes corresponde sufragar forzosamente las necesidades habitacionales de los hijos menores o en

situación de discapacidad, por más que se trate de un interés digno de protección. Teniendo, en consecuencia, que adoptar otras medidas alternativas que satisfagan las necesidades habitacionales de aquellos.

VIII. Finalmente, también resulta discutible la asunción tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional de la necesidad del tercero propietario o copropietario de la vivienda familiar de acudir a un procedimiento declarativo ulterior para recuperar la posesión de dicho inmueble, habida cuenta de su imposibilidad de intervenir en el proceso de crisis matrimonial. Dicho planteamiento no parece convincente desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, como certeramente estima la —actual— Dirección General Seguridad Jurídica y Fe Pública al negar la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso con base en el principio de tracto sucesivo.

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 29 de septiembre de 2003 (RTC 2003, 166)
- STC de 8 de abril de 2013 (RTC 2013, 79)
- STC de 16 de septiembre de 2021 (*JUR* 2021, 301536)

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 25 de mayo de 1983 (*RJ* 1983, 2878)
- Sentencia de 6 de diciembre de 1983 (*RJ* 1983, 6921)
- Sentencia de 6 de febrero de 1984 (*RJ* 1984, 576)
- Sentencia de 2 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3638)
- Sentencia de 18 de febrero de 1987 (*RJ* 1987, 715)
- Sentencia de 20 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 1073)
- Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (*RJ* 1988, 6852)
- Sentencia de 5 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4295)
- Sentencia de 7 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4741)
- Sentencia de 11 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7858)
- Sentencia de 11 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10136)
- Sentencia de 22 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992, 10684)
- Sentencia de 20 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 3807)
- Sentencia de 5 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6430)
- Sentencia de 14 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6439)
- Sentencia de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7722)

- Sentencia de 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10330)
- Sentencia de 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2636)
- Sentencia de 6 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 4612)
- Sentencia de 8 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1404)
- Sentencia de 3 de mayo de 1999 (*RJ* 1999, 3428)
- Sentencia de 27 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9493)
- Sentencia de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926)
- Sentencia de 28 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3040)
- Sentencia de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180)
- Sentencia de 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342)
- Sentencia de 29 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6514)
- Sentencia de 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3439)
- Sentencia de 27 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3865)
- Sentencia de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 338)
- Sentencia de 5 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3202)
- Sentencia de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3301)
- Sentencia de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5587)
- Sentencia de 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6923)
- Sentencia 1034/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6925)
- Sentencia 1036/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 403)
- Sentencia 1037/2008, de 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 924)
- Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5)
- Sentencia de 14 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 393)
- Sentencia de 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524)
- Sentencia de 13 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2895)
- Sentencia de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4244)
- Sentencia de 22 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 5704)
- Sentencia de 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 2323)
- Sentencia (Pleno) de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274)
- Sentencia de 10 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 5387)
- Sentencia de 14 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6041)
- Sentencia de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7136)
- Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7445)
- Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 936).
- Sentencia de 13 de diciembre de 2010 (*RJ* 2010, 140)
- Sentencia de 18 marzo de 2011 (*RJ* 2011, 935)
- Sentencia de 10 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6839)
- Sentencia de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383)
- Sentencia de 16 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5904)
- Sentencia de 11 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8848)
- Sentencia de 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1992)
- Sentencia de 14 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2420)

- Sentencia de 15 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 217415)
- Sentencia de 14 de octubre 2014 (*RJ* 2014, 4729)
- Sentencia de 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104)
- Sentencia de 26 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 5608)
- Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5895)
- Sentencia de 28 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2216)
- Sentencia de 6 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 352)
- Sentencia de 24 de marzo de 2021 (*RJ* 2021, 1307)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de Madrid de 24 de marzo de 1992 (*AC* 1992, 474)
- Sentencia de Córdoba de 16 de octubre de 1992 (*AC* 1992, 1379)
- Sentencia de Madrid de 2 de noviembre de 1993 (*AC* 1993, 2359)
- Sentencia de Cádiz (Sección 3.^a) de 11 de diciembre de 1993 (*AC* 1993, 2539)
- Sentencia de Alicante (Sección 4.^a) de 8 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4500)
- Sentencia de Asturias (Sección 1.^a) de 2 de septiembre de 1999 (*AC* 1999, 7362)
- Sentencia de Asturias (Sección 2.^a) de 3 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 190185)
- Sentencia de Las Palmas (Sección 3.^a) de 9 de junio de 2004 (*JUR* 2004, 204344)
- Sentencia de Valladolid (Sección 3.^a) de 31 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 124626)
- Sentencia de Badajoz (Sección 3.^a) de 8 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 47229)
- Sentencia de A Coruña (Sección 6.^a) de 24 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 285541)
- Sentencia de Pontevedra (Sección 1.^a) de 22 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254212)
- Sentencia de Barcelona (Sección 13.^a) de 8 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 120706)
- Sentencia de Valencia (Sección 8.^a) de 9 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 318384)
- Sentencia de Las Palmas (Sección 5.^a) de 28 de mayo de 2010 (*AC* 2010, 1603)
- Sentencia de Valencia (Sección 7.^a) de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 1798)
- Sentencia de Valencia (Sección 6.^a) de 22 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 253080)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 13 de julio de 1988 (*RJ* 1998, 5967)
- Resolución de 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 7680)
- Resolución de 31 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 2739)
- Resolución de 19 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 5847)
- Resolución de 28 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003, 151)
- Resolución de 17 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 2176)
- Resolución de 18 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 8546)
- Resolución de 20 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2376)
- Resolución de 21 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 5487)
- Resolución de 19 de enero de 2006 (*RJ* 2016, 2975)
- Resolución de 6 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 6161)
- Resolución de 19 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 6167)
- Resolución de 21 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 245)
- Resolución de 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634)
- Resolución de 14 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 3006)
- Resolución de 9 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6668)
- Resolución de 6 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1981)
- Resolución de 23 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1595)
- Resolución de 19 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 2975)
- Resolución de 5 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4617)
- Resolución de 20 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5682)
- Resolución de 4 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4348)
- Resolución de 8 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1336)
- Resolución de 30 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2512)
- Resolución de 13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2999)
- Resolución de 10 de octubre de 2018 (*RJ* 2009, 634)
- Resolución de 27 de diciembre de 2018 (*RJ* 2017, 5862)

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 18 de febrero de 2021 (*RJ* 2021, 988)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M. (2006). La problemática del embargo y enajenación forzosa de la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 28, 37-86.

- ADÁN GARCÍA, M.E. (2014). La comunidad de bienes y el régimen económico matrimonial, en Reyes López (Coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 341-362.
- AGUILAR RUIZ, L. (2010). Cesión gratuita de vivienda a un hijo: comodato o precario. Crisis matrimonial y facultad de recuperación del uso del inmueble: comentario a la STS de 13 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2895), *RADP*, núm. 24, 255-267.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2010). La comunidad de bienes, en García de Leonardo y Albiez Dohrmann (Coord.) *Situaciones de cotitularidad*, Madrid: Dykinson, 9-30.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1967). La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios, *RCDI*, núm. 463, 1523-1586.
- ANGUITA RÍOS, R.M. (2011). Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales, *ADC*, núm. 2, 611-652.
- AÑÓN LARREY, A. (2020). El derecho sobre la vivienda familiar establecido por acuerdo entre los cónyuges como derecho real de uso y habitación en los casos de crisis matrimonial, *RBD*, núm. 30, 560-577.
- BALLARÍN MARCIAL, A. (1949). El Registro de la Propiedad español, *ADC*, núm. 2, 1949, 676-686.
- BELLO JANEIRO, D. (1995). El precario, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1995, 161-180.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común, *RCDI*, núm. 734, 3458-3508.
- BLANDINO GARRIDO, M.A. (1998). Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial, *La Ley*, núm. 2, 1963-1981.
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2012). La atribución del uso de las segundas residencias en los procedimientos matrimoniales, *RAD*, núm. 6, 73-83.
- (2018). Comentario a los artículos 219-24 a 219-29 de la Propuesta de Código civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Propuesta de Código civil*, Madrid: Tecnos, 382-384.
- CAÑIZARES LASO, A. y RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2021). Las prohibiciones de disponer: el pacto de reserva de dominio, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 371-424.
- CARRASCO PERERA, A.F. (2020). Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Pamplona: Thomson-Reuters, 2020.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1986). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. 4 (Las particulares relaciones obligatorias), Madrid: Reus.
- CERVILLA GARZÓN, M.D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Barcelona: Marcial Pons.
- (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la Doctrina, en Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 13-38.
- (2017). Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar: revisión y puesta al día, *InDret*, núm. 4, 1-27.

- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España, *RDP*, BIB 2019/9329, 1-23.
- CORTADA CORTIJO, N. (2001). Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000, *CCJC*, núm. 56, 609-620.
- COSTAS RODAL, L. (2010). Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial, *RADP*, núm. 5, 23-32.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2012). Cesión gratuita de vivienda y crisis matrimoniales a la luz de la jurisprudencia, *RCDI*, núm. 743, 3149-3194.
- CUENA CASAS, M. (2012). Régimen jurídico de la vivienda familiar, en Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. III, Pamplona: Thomson-Reuters, 275-441.
- CREMADES GARCÍA, P. (2008). Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores, *Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 3.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2005). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, en Hernández-Moreno (Dir.), *Anales VI (2003-2004): Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil*, Barcelona: Grupo Difusión, 103-124.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2017). La atribución de la vivienda familiar: estudio jurisprudencial en caso de cesión por terceros ajenos al vínculo matrimonial, en *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Pamplona: Aranzadi, 243-258.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1982). Comentario al artículo 1320, en Albaladejo García y Díaz Alabart (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, Vol. 1, Madrid: Edersa, 125-133.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana, *RCDI*, núm. 752, 3387-3466.
- DELGADO SÁEZ, J. (2015). Cesión gratuita de vivienda familiar, tras la crisis matrimonial, ¿comodato o precario?, en *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, vol. V, Madrid: Ratio Legis, 121-137.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. III, Pamplona: Thomson-Civitas.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, Aranzadi.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona: PPU.
- (1993). Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1992, *CCJC*, núm. 31, 93-100.
- (1995). 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.
- FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (2018). *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- FUENTES LOJO, J.V. (1995). Comentario al artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona: Bosch, 72-74.

- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 96 y 1320 del Código civil, en *Comentarios al Código y compilaciones forales*, T. II, Madrid: Edersa, 406-415 y 125-133.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Madrid: Reus.
- (2019). El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España, *AC*, núm. 9, 1-27.
- (2020). Crisis familiar y vivienda propiedad de tercero, *RJN*, núm. 110, 405-442.
- GARCÍA-MAURIÑO, S. y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución de uso de vivienda familiar y *actio communi dividundo*, *AC*, núm. 5, 75-96.
- GARCÍA-RUIZ DE HUIDOBRO, A. (2021). El objeto de la inscripción, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 297- 332.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.L. (1986). La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma, en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 125-171.
- GIMÉNEZ DUART, T. (1988). La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el art. 1322), *AAMN*, t. 28, 233-364.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992). *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GÓMEZ LINACERO, A. (2021). Precario y comodato diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida, *AC*, núm. 2.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1982). La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia, *ADC*, núm. 4, 1111-1160.
- (2004). El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral, *ADC*, núm. 2, 381-547.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994). Los terceros ante la adjudicación judicial del uso de la vivienda familiar como consecuencia de la crisis matrimonial, *RDA*, Vol. I, BIB 1994/72.
- HERRERO GARCÍA, M.J. (1984). Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código civil, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 291-340.
- HORNERO MENÉNDEZ, C. (2000). Cesión de la vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica), *RADP*, núm. 5, 129-144.
- ISAC I AGUILAR, A. (1096). Las consecuencias registrales de la separación matrimonial y del divorcio: El uso de la vivienda conyugal, *RCDI*, núm. 577, 1721-1734.
- JUANES PECES, A. y GALVÁN ARIAS, J.R. (1992). La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *La Ley*, núm. 3, 969-974.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV (Familia), Madrid: Dykinson.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1968). *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona: Librería Bosch.

- LEGERÉN MOLINA, A. (2013). Comentario a la STS de 5 de noviembre de 2012, *CCJC*, núm. 92, 525-544.
- LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*, Madrid: La Ley.
- LLORENTE SANSEGUNDO, I. (2007). *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- LÓPEZ LIZ, J. (1998). *Bienes inmuebles y sociedad conyugal: adquisición, administración y disposición, hipoteca y embargo, con particular estudio del derecho real de uso especial de la vivienda familiar*, Barcelona: Bosch.
- LUCINI CASALES, A. (1990). La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado, *RCDI*, núm. 596, 87-119.
- LUNA SERRANO, A. (1982). *El nuevo régimen de la familia: La transformación del derecho de familia y la formación del jurista, matrimonio y divorcio*, Vol. I, Madrid: Civitas, 1982.
- LUQUE JIMÉNEZ, M.C. (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- LUQUE TORRES, G. (2002). *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Granada, Comares.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008). El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?, *RDP*, núm. 2, 13-32.
- (2009). Comentario a la Sentencia de 2 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5587), *CCJC*, núm. 80, 677-694.
- MARÍN VELARDE, A. (2010). Atribución de la vivienda familiar: posición jurídica del cónyuge poseedor de la vivienda cuando la titularidad del inmueble pertenece en copropiedad a su consorte. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274), *RADP*, núm. 25, 285-293.
- (2011). La debilidad de la posición jurídica del cónyuge no propietario poseedor de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010, *RADP*, núm. 26, 363-369.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *AC*, núm. 19, 2309-2356.
- (2011). Procedencia o no del desahucio por precario de la esposa beneficiaria, en virtud de sentencia de separación, de la atribución del uso de la vivienda familiar perteneciente en copropiedad al marido y a un tercero: Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. IV, Madrid: Dykinson, 329-365.
- MARTÍN RETORTILLO, C. (1953). El comodato en nuestros días, *ADC*, 839-856.
- MATEO SANZ, J.B. (2019). Comentario al artículo 26 de la Ley Hipotecaria, en Domínguez Luelmo (Dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Pamplona: Thomson-Reuters, 570-608.
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial, *La Ley*, 916-921.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2000), *Prólogo* al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., *Disposición de bienes gananciales*, Pamplona: Aranzadi.

- MONDÉJAR PEÑA, M.I. (2002). Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 437-448.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1320 del Código civil, en *Comentarios al Código civil*, t. VII, Valencia: Tirant lo Blanch, 9327-9335.
- MORENO NAVARRETE, M.A. (2012). 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, 463-476.
- MURCIA QUINTANA, E. (1992). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas.
- NASARRE AZNAR, S. (2011). Comentario a la Sentencia de 8 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7445), *CCJC*, núm. 87, 1533-1550.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *AC*, núm. 19, 1331-1335.
- ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch.
- PANIZA FULLANA, A. (2014). Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2013), *RDA*, núm. 9, 85-96.
- PAU PEDRÓN, A. (2001). Cuatro notas sobre el objeto de la publicidad registral, *La publicidad registral*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 269-284.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEIRO, C. (1997). *El contrato de comodato*, Pamplona: Aranzadi.
- PÉREZ CONESA, C. (2012). División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, *RDA*, núm. 3, 75-80.
- PÉREZ GURREA, R. (2011). La opción de compra en el tráfico inmobiliario: análisis jurisprudencial y efectos registrales, *RCDI*, núm. 727, 2883-2901.
- PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. (2004). 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, 343-359.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, en Cerdeira Bravo de Mansilla (Coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 39-62.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C. (1998) *La vivienda familiar arrendada*, Barcelona: Bosch.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2011). La sociedad de gananciales. La gestión de la sociedad, en Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (Dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Vol. III, T. I, Pamplona: Thomson-Reuters, 863-1004.
- RAMS ALBESA, J.J. (1987) *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos.
- (1992). Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992, *CCJC*, 1075-1082.
- ROBLEDO VILLAR, A. (1995). La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia matrimonial: mención especial a la STS (Sala 1.ª) de 14 de julio de 1994, *La Ley*, núm. 4, 981-987.

- ROCA SASTRE, R.M. (1965). El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma, *RCDI*, núm. 446-447, 781-829.
- ROCA TRÍAS, M.E. (1984). Comentario al artículo 96 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. I, Madrid: Tecnos, 607-614.
- (2011). Comentario al artículo 96 del Código civil, en Cañizares Laso, A. *et al* (Dir.), *Código civil comentado*, vol. I, Pamplona: Civitas, 521-526.
- RODRÍGUEZ CHACÓN, R. (1999). La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar, *RDF*, núm. 2, 21-66.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E. (2000). *Disposición de bienes gananciales*, Pamplona: Aranzadi.
- RUBIO TORRANO, E. (2010). Cesión gratuita de vivienda, ¿comodato o precario?: una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009), *RADP*, núm. 2, 17-22.
- RUIZ RICO, J.A. (1995). Uso de la vivienda familiar (en nulidad, separación y divorcio) en su relación con el Registro de la Propiedad, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 174, 2059-2074.
- SALAZART BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Thomson-Reuters.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*, Madrid: Dykinson.
- (2009). *La usucapión inmobiliaria*, Pamplona: Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio, en Viladrich Bataller (Coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Eunsa, 85-124.
- SERRANO GÓMEZ, E. (1999). *La vivienda en las crisis matrimoniales*, Madrid: Tecnos.
- SIMÓN MORENO, H. (2015). La copropiedad llamada «romana», en Nasarre Aznar (Coord.), *Bienes en común*, Valencia: Tirant lo Blanch, 169-226.
- TAMAYO CARMONA, J.A. (2003). *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Pamplona: Aranzadi.
- TORRES LANA, J.A. (1987). *Contrato y derecho de opción*, Madrid: Trivium.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1977). La matrimonial home en el régimen matrimonial inglés, en *La reforma del Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Comparado*, núm. 1, Salamanca: Servicio de publicaciones de la Universidad de Salamanca, 73-109.
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2021). El tercero hipotecario, en DEL REY BARBA, S. y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral*, T. I, Valencia: Tirant lo Blanch, 571-605.
- VIVAS TESÓN, I. (2002). *El contrato de comodato*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (1993). La unión paramatrimonial y la vivienda familiar, *RGD*, núm. 584, 4243-4299.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2013). El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar: comentario a la STS de 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383), *RADP*, núm. 32, 373-383.

NOTAS

¹ El apartado II del trabajo dedicado a los casos en los que la vivienda es propiedad de los cónyuges ha sido trabajado por Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN. Por su parte, los apartados III y IV relativos a la vivienda familiar propiedad exclusiva de un tercero o copropiedad con uno o ambos cónyuges han sido trabajados por Clara GAGO SIMARRO. Por razones estructurales y vista su incidencia en la formulación de una teoría unitaria acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar y sus repercusiones dominicales y posesorias, el apartado I dedicado a la inexistencia de un derecho autónomo sobre la vivienda familiar ha sido trabajado conjuntamente por ambos autores, como punto de partida de los restantes apartados.

² Cfr. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, 345 y sigs.

³ Cfr., entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 1333 y RAMS ALBESA, 1987, 109.

⁴ Pese a ello, continúa habiendo autores que optan por aferrarse a dicho esquema y pretenden perfilar primero la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar en abstracto —y al margen de la concreta y previa situación jurídica en la cual se enmarca la atribución de dicho derecho de uso— para posteriormente extrapolar sus conclusiones a cada uno de los distintos supuestos que pueden darse y enfrentarse nuevamente a la necesidad de hacer depender dicha naturaleza jurídica del concreto tipo de derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda familiar. Se trata, por ejemplo, del caso de GARCÍA MAYO, en cuya opinión «...siempre que la vivienda se hubiera venido poseyendo en virtud de un derecho de naturaleza real, al derecho de uso de la vivienda familiar, contemplado en el artículo 96 del Código civil, hemos de reconocerle naturaleza real —*ius in re*—, pues cuenta con los caracteres propios de este tipo de derechos», planteamiento que el autor sustenta sobre la idea de que al beneficiario del derecho de uso se le confiere un poder que le permite usar o servirse de dicha vivienda ajena o de propiedad compartida sin necesidad de la mediación de otra persona, atribuyéndole un poder directo e inmediato sobre la cosa. El problema es que dicha construcción debe ser matizada u orillada —como efectivamente hace dicho autor— desde el momento mismo en que se enfrenta con situaciones en las que se observa que el uso de la vivienda familiar vigente el matrimonio de la que deriva la atribución del derecho de uso tiene su origen en un contrato de arrendamiento, un comodato o una mera situación de precario, que no encuentran acomodo en la tesis del derecho real previamente preconizada en términos generales. De esta forma el posicionamiento «en abstracto» poco o nada aporta a la solución concreta de cada uno de los casos que la práctica cotidiana suscita. El hecho de afirmar que el uso de la vivienda familiar *ex* artículo 96 del Código civil se trata de un derecho real cuando esta se venía poseyendo con anterioridad por los cónyuges en virtud de un derecho real nos devuelve a la situación de partida pues, *contrario sensu*, ¿cabría colegir que se configuraría como un derecho personal cuando el título que previamente legitimaba su uso por los cónyuges era un derecho de tipo obligacional? Obviamente sí a la vista del análisis que el autor efectúa del caso particular de la vivienda familiar en alquiler a la luz del vigente artículo 14 LAU (GARCÍA MAYO, 2019, 173 y sigs.).

⁵ La SAP de Madrid de 24 de marzo de 1992 parece reconocer que el titular del derecho de uso de la vivienda familiar tiene título legítimo de posesión al desestimar la demanda de desahucio por precario ejercitada por el propietario del inmueble (padre del marido) contra la esposa titular del derecho de uso: «independientemente de la naturaleza jurídica que pueda atribuirse a la situación de precario, que algún sector doctrinal llega a equiparar con la de comodato del artículo 1740 del Código civil, es lo cierto que a través de las medidas provisionales de divorcio se señaló domicilio a la demandada en el piso (...) lo que ya de por sí constituye un título a favor de la demandada otorgado por un órgano jurisdiccional con facultad legal para llegar a tal decisión, y si bien es cierto que en tal resolución se aludía nominativamente a la demandada como beneficiaria de tal

atribución, debe aclararse que tal medida va encaminada a favorecer *el interés familiar más urgentemente necesitado de protección*».

⁶ Cfr., entre otros, BELLO JANEIRO, 1995, 173 y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, 347. El primero de tales autores transcribe a tal efecto el razonamiento de la SAP de Cádiz (Sección 3.ª) 11 de diciembre de 1993, según la cual: «...la facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial (...)» (FJ 4.º).

⁷ Se excluye por razones evidentes la propiedad exclusiva del cónyuge beneficiario del derecho de uso. *Vid. infra* apartado II.2 del presente trabajo.

⁸ Cfr. ROCA TRÍAS, 2011, 526.

⁹ Cfr. FJ 5.º STS de 18 de enero de 2010.

¹⁰ Cfr. SSTS de 14 de enero de 2010 y; 18 de enero de 2010.

¹¹ Cfr. CARRASCO PERERA, 2020,

¹² Cfr. SSTS, entre otras, de 14 de enero de 2010 (FJ 3.º); de 6 de marzo de 2015 (FJ 4.º) o; de 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º).

¹³ Cfr., entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, 609; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3464.

Así lo precisaba, por ejemplo, la SAP de Asturias (Sección 2.ª) de 3 de mayo de 2004, según la cual: «Se configura así el derecho de uso (...), al margen de cuál sea su naturaleza (real u obligacional), como un derecho propio, distinto al de propiedad que sobre la vivienda puedan ostentar uno o ambos excónyuges y oponible a terceros. Ahora bien, ello es perfectamente compatible y por ello no obsta en absoluto a la posibilidad de aplicación a tal derecho de uso de las reglas legales generales sobre extinción de derechos y, en este sentido, ya se le configure como un derecho real limitativo del dominio o como una carga obligacional, es evidente que la reunión en una misma persona del gravamen que representa y el dominio de la vivienda a que afecta ha de reputarse lo extingue, obviando así la necesidad de instar la correspondiente modificación de medidas para dejarlo sin efecto. Ello es así porque, si se califica tal derecho de uso como real, aun cuando en nuestro derecho no se regule con carácter general la consolidación como causa de extinción en esta sede, su aplicación general resulta de lo así dispuesto para el usufructo en el artículo 513.2 y, para el de servidumbre en el artículo 546.1, ambos del Código civil, siendo generalizada esa causa de extinción por la doctrina al resto de los derechos reales limitativos del dominio, desde el momento en que su razón de ser es de aplicación general en cuanto está basada en el principio *nemine res sua servit* esto es en la imposibilidad práctica de ostentar un derecho real limitativo sobre la propia cosa. Por otra parte, la consolidación como causa de extinción del derecho real es una figura paralela y equivalente a la confusión en las obligaciones a la que se refiere el artículo 1192 del Código civil estableciendo que “Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor”. En definitiva (...) sería un contrasentido en sus propios términos que una misma persona fuera titular de un gravamen sobre su propia casa, esto es sujeto activo y pasivo de una misma relación jurídica (...) derivando su actual derecho de uso no de esa atribución sino de las facultades inherentes al derecho de propiedad» (FJ 3.º).

¹⁴ *Vid. en este sentido* las RRDGRN, entre otras, de 19 de enero de 2006; 6 de julio de 2007; 19 de septiembre de 2007; 10 de octubre de 2008; 14 de mayo de 2009; y 9 de julio de 2013.

¹⁵ Así lo destaca certeramente la RDGRN de 27 de diciembre de 2018, al precisar que «...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, CC)» (FJ 3.º), transcribiendo a su vez los razonamientos efectuados previamente en las RRDGRN de

19 de enero de 2016 (FJ 2.º) y; 20 de octubre de 2016 (FJ 2.º). *Vid.* en el mismo sentido las RRDGRN, entre otras, de 8 de marzo de 2018 o; 30 de mayo de 2018.

¹⁶ No en balde, el artículo 233-22 CCCat establece que «el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad». Fruto de este precepto, son numerosos los comentaristas que preconizan la naturaleza jurídico-real del derecho de uso, entendiendo que dicho derecho se encuentra sometido al régimen del artículo 562-7 CCCat con la especificidad que le da la atribución judicial (ESPIAU ESPIAU, 2008, 1384). Así lo pone asimismo de manifiesto la STS plenaria de 18 de enero de 2010, a cuyo tenor «el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad» (FJ 5.º).

¹⁷ En el caso del Derecho civil francés el artículo 285 del *Code civil* configura el derecho de uso sobre la vivienda familiar como una especie de arrendamiento forzoso en favor del cónyuge beneficiario cuando dicha vivienda es propiedad exclusiva del otro: «*si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le commande*». Por su parte, con una clara influencia francesa, el artículo 1793 del Código civil portugués faculta al tribunal a establecer un arrendamiento sobre la vivienda de la familia a cualquiera de los cónyuges: «*Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer esta seja comum quer própria do outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal. O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, más o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justificarem*». Solución cuya posible aplicación al Derecho español plantea GARCÍA MAYO (2019, 1-27).

¹⁸ Cfr., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 129; O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1986, 1333; HERRERO GARCÍA, 1984, 322; DE VERDA Y BEAMONTE y CARAPEZZA FIGLIA, 2015, 3412-3414; JUANES PECES y GALVÁN ARIAS, 1992, 974; LUNA SERRANO, 1982, 358; PRETEL SERRANO, 2017, 54; RAMS ALBESA, 1987, 109-113; ROBLEDO VILLAR, 1995, 985; y SERRANO GÓMEZ, 1999, 24.

¹⁹ Así, para GÓMEZ GÁLLIGO el uso de la vivienda familiar se configura como una especie de derecho real de uso de origen legal o forzoso (GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 129), configuración del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho real de uso que comparte, asimismo, por RAMS ALBESA, 1987, 109-113.

²⁰ En opinión de LACRUZ BERDEJO *et al*, el derecho de uso de la vivienda familiar, pese a su difícil calificación jurídica, «...podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no vitalicio constituido, con arreglo a la ley, por decisión judicial y, en cualquier caso, el cónyuge no titular a quien se otorgue el uso de la vivienda tendrá la cualidad de poseedor especial con título legítimo basado en la decisión judicial emanada en aplicación de este precepto (art. 96 CC)» (LACRUZ BERDEJO, 2008, 103). También se decantan por esta configuración del derecho de uso como un derecho de habitación, entre otros, LUNA SERRANO, 1982, 358; LUQUE JIMÉNEZ, 2012, 119; ISAC I AGUILAR, 1986, 1721-1734; o PRETEL SERRANO, 2017, 54.

²¹ No obstante, en el caso de autos la vivienda en la que residían los cónyuges era propiedad del padre del marido, dándose dicha ocupación de la vivienda con el correspondiente beneplácito de aquel. Fallecido el padre en noviembre de 1978 la propiedad del piso en cuestión pasó a los doce hijos del causante, habiéndose legado asimismo el

usufructo vitalicio de dicho piso a su esposa y viuda. Tras la muerte del causante el hijo que residía en dicha vivienda junto a su esposa continuó haciendo uso del inmueble como vivienda familiar con el beneplácito del resto de sus hermanos y de su madre. En mayo de 1987 dicho hijo se separa y en convenio regulador aprobado judicialmente atribuye el uso de la vivienda familiar a su esposa e hijos, encontrándose en ese momento en estado de indivisión la herencia paterna. El Tribunal Supremo se decantaba en este caso por la configuración del uso de la vivienda familiar como un derecho real de habitación oponible a terceros, pero teniendo en cuenta que la acción se ejercitó diez años después del fallecimiento del testador arguye como motivo para desestimar la demanda de la madre y los dos hermanos del marido el ejercicio abusivo del derecho *ex* artículo 7.1 del Código civil, pues en palabras del Tribunal se apreciaba una *sospechosa situación de confabulación por parte de la familia del marido, o alguno de sus integrantes, contra la recurrente y sus hijos*. Esta construcción ha sido acogida, asimismo, en otros pronunciamientos por el Alto Tribunal, aunque no en casos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso. Así, en la STS de 20 de mayo de 1993 se trataba de un caso en el cual la vivienda pertenecía en gananciales a ambos cónyuges y en el que se analizaba la posible pervivencia de dicho derecho de uso (atribuido al marido) en caso de que la vivienda fuese enajenada a un tercero en un procedimiento de pública subasta, tal y como sostenía la esposa recurrente en casación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao había atribuido al derecho de uso una virtualidad equiparable al derecho de propiedad, incompatible pues con una enajenación posterior de la vivienda a un tercero, que supondría la extinción del derecho de uso. Dicho planteamiento fue descartado por el Tribunal Supremo, al considerar que en el caso enjuiciado, y en aplicación del artículo 407 del Código civil, con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales dicho uso de la vivienda familiar por parte del esposo se configuró como un derecho real de uso y habitación, perfectamente compatible y no excluyente del derecho de propiedad sobre el inmueble. Haciéndose eco de dicho planteamiento, la misma orientación se apreciaba en la STS de 14 de julio de 1994, en un caso también en el que la vivienda pertenecía en proindiviso y al 50% a ambos cónyuges y se discutía la pervivencia del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido en convenio regulador a la esposa tras el ejercicio de la acción de división de la cosa común *ex* artículo 400 del Código civil instada por el esposo. En vista de tales circunstancias el Tribunal Supremo considera viable la acción de división, que no afectaría a la continuación del derecho de uso de la vivienda familiar por parte de la esposa —haciendo alusión a la solución alcanzada en este sentido en la STS de 22 de diciembre de 1992—, remitiéndose en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de uso al planteamiento acogido en la antes referida STS de 20 de mayo de 1993, esto es, inclinándose por su configuración como un derecho real de uso y habitación. Vista dicha atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa dos de los hermanos del marido y la madre interpusieron una acción reivindicatoria para recuperar la posesión del piso en cuestión, alegando la situación de precarista de la esposa.

²² Como destaca ESPIAU ESPIAU, debe tenerse en cuenta que la atribución del uso de la vivienda familiar no puede suponer el reconocimiento de titularidad alguna al cónyuge que no la tenía antes de la crisis matrimonial, pues como hemos apuntado y destaca dicho autor el propio artículo 96 del Código civil alude al cónyuge no titular, lo que *per se* excluye la consideración como titular del cónyuge beneficiario de la atribución del uso de la vivienda (ESPIAU ESPIAU, 1993, 97 y ESPIAU ESPIAU, 1992, 183 y 200 y sigs.). Frente a dicho planteamiento, aduce GARCÍA MAYO que «...cuando el párrafo se refiere al “cónyuge no titular”, simplemente se puede estar refiriendo al cónyuge que no era titular originariamente, es decir, titular del derecho en virtud del cual se venía poseyendo la vivienda durante la estabilidad matrimonial» (GARCÍA MAYO, 2019, 103).

²³ Planteamiento formulado inicialmente por ROCA TRÍAS tras la reforma operada en 1981 (ROCA TRÍAS, 1984, 612 y 613 y, también ROCA TRÍAS, 2011, 522) y que, con unos u otros matices en cada caso, defienden asimismo, entre otros, SERRANO

ALONSO lo considera una mera facultad de usar y disfrutar de la vivienda (SERRANO ALONSO, 1986, 107); BLANDINO GARRIDO, 1998, 1963-1981; SERRANO GÓMEZ, 1999, 24; RODRÍGUEZ CHACÓN, 1999, 26 y 27; ACHÓN BRUÑEN, 2006, 37-86; LEGERÉN MOLINA, 2013, 532; o MURCIA QUINTANA, 1992, 252.

En línea similar, otros autores directamente señalan que lo que tiene el cónyuge beneficiario es únicamente una legitimación civil que le permite ejercitar las facultades posesorias aparejadas al título correspondiente al cónyuge titular de la vivienda, caso de DE LA PUENTE ALFARO, 2005, 116 y 117 o de CORTADA CORTIJO, 2001, 617-619.

²⁴ Con anterioridad, la STS del 4 de abril de 1997 ya calificaba el derecho de uso de la vivienda familiar como «un derecho de ocupación, que es oponible a terceros, sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real».

²⁵ Según la cual: «De la ubicación sistemática de este precepto (art. 96) y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)» (FJ 3.º).

²⁶ La misma orientación se observa en las más recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que abordan la problemática relativa a la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda familiar. Cabe citar en este sentido, las RRDGRN, entre otras, de 20 de febrero de 2004; 19 de enero de 2016; 20 de octubre de 2016; 30 de mayo de 2018; o 27 de diciembre de 2018. Así, en esta última se precisaba cómo «...al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar (...)» (FJ 3.º).

²⁷ Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 503.

²⁸ Razonamiento que aparece reiterado, asimismo, con posterioridad en las SSTs, entre otras, de 6 de marzo de 2015 (FJ 4.º) y 6 de febrero de 2018 (FJ 2.º).

²⁹ Cuestión distinta es que la limitación del poder de disposición del cónyuge titular prevista en dicho precepto tenga su razón de ser última o *ratio legis* en la protección de la familia y de las relaciones de buena fe entre los cónyuges (en tanto que el derecho de uso se configura como un derecho *per relationem*), a que alude el Alto Tribunal en su razonamiento.

³⁰ Como certeramente destaca PAU PEDRÓN «Objeto de la publicidad registral son las situaciones, jurídicas. Es decir, las circunstancias inherentes y duraderas que afectan a los inmuebles. Estas circunstancias pueden referirse: a) Al objeto: construcciones, plantaciones, excesos de cabida, volumen edificable, estado ecológico...; b) Al derecho: gravámenes, afecciones, cargas, condiciones, sustituciones, reservas, prohibiciones de disponer, estatutos de propiedad horizontal o de aprovechamientos por turno. Estas circunstancias duraderas tienen algún paralelismo —salvando las distancias— con los estados civiles de las personas. Así como el estado civil de las personas es el objeto del Registro civil, el estado civil de los inmuebles es el objeto del Registro de la Propiedad. Con terminología de la Resolución de 5 de junio de 1987 se podría decir que el conjunto de las situaciones jurídico-reales configura el estatuto de la propiedad inmueble (...). Paradigma de la situación jurídica es el derecho real —tanto el derecho real pleno como los derechos limitados— (...). Pero hay otras muchas situaciones jurídicas que, por ser tales, pueden acceder al Registro, y no son derechos reales: prohibiciones de disponer, condiciones, derechos de arrendamientos y retorno, afecciones, cargas reales, volúmenes edificables, estado ecológico, estatutos de propiedad horizontal... (...). No tiene, pues,

sentido el razonamiento habitual de plantear la proximidad de una determinada situación inscribible a la naturaleza del derecho real, para deducir una mayor o menor aplicabilidad del régimen de la publicidad (...). El razonamiento es equivocado. El legislador establece un régimen para la publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias, no un régimen de publicidad de los derechos reales que solo pueda aplicarse cuando exista analogía sustantiva» (PAU PEDRÓN, 2001, 270 y 271). En la misma línea *vid.* LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, 1968, 92 y sigs. (especialmente 101).

³¹ A cuyo tenor «Los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Además, respecto a la tesis de la posesión se plantea la imposibilidad de concluir pura y llanamente que el cónyuge al que se le atribuye el uso de la vivienda familiar es un mero poseedor legítimo, negándole la titularidad de un derecho específico asociado a dicha posesión y sin diferenciar entre el fundamento en que se basaba su posesión durante el matrimonio y tras la crisis matrimonial. De ahí la crítica de algunos autores a la configuración del derecho de uso como situación meramente posesoria, de la que coligen su imposibilidad de acceso al Registro, caso, por ejemplo y entre otros, de GARCÍA MAYO, 2019, 105 y 106 GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 1986, 150; y MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2325-2327.

³² En este sentido *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 503 y 504.

³³ A favor de la catalogación del derecho de uso de la vivienda familiar como un derecho de naturaleza personal (con unos u otros matices) se posicionan, entre otros, GARCÍA-MAURINO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 81; LUCINI CASALES, 1990, 100-101; MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2326; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNA-RIAGA, 1998, 51.

Esta conclusión es compartida por CERVILLA GARZÓN, aun cuando considera que «ello no es óbice para dejar constancia de su creciente acercamiento a los derechos reales. Dicho acercamiento merece una atención del legislador (que no le presta) ya que, en verdad, el derecho de uso del excónyuge o exmiembro de la pareja se encuentra, cada vez más próximo a los derechos reales. La solución es bien sencilla: bastaría con suprimir la necesidad del consentimiento dual para cualquier acto dispositivo así como una declaración sobre su acceso al Registro» (CERVILLA GARZÓN, 2017, 22).

³⁴ Cfr. RRDGRN, entre otras, de 25 de octubre de 1999; 19 de septiembre de 2007; 19 de enero de 2016; 20 de octubre de 2016; 8 de marzo de 2018; 30 de mayo de 2018; o 27 de diciembre de 2018.

³⁵ Asimismo, el artículo 2.4.º LH expresamente se refiere a la inscripción registral de cualesquiera resoluciones judiciales «...por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes», fórmula dentro de la cual, siquiera analógicamente, puede encontrar cabida la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda familiar, máxime habida cuenta de que el artículo 10 RH precisa que tales resoluciones judiciales «...no son solo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante», englobando, por ejemplo, las limitaciones dispositivas del patrimonio del concursado a que se refiere el artículo 558 del Texto Refundido de la Ley Concursal. *Vid.* a este respecto, entre otros, GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 314 y 315.

³⁶ Cfr., entre otros, RUIZ RICO, 1995, 2068; SERRANO GÓMEZ, 1999, 23-25; BERROCAL LANZAROT, 2012, 3502; y DE VERDA Y BEAMONTE Y CARAPEZZA FIGLIA, 2015, 3412-3414.

³⁷ Así, tal y como explican, entre otros, ELORRIAGA DE BONIS y BERROCAL LANZAROT ha de tenerse en cuenta que la tutela de la vivienda familiar en Derecho comparado se instrumenta a través de dos grandes sistemas (ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 103 y sigs. y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3466 y 3467). Nos encontramos

con ordenamientos que se basan en la creación de un derecho autónomo de ocupación de dicha vivienda que tiene acceso al Registro de la Propiedad y es oponible *erga omnes* una vez que se produce dicha constancia registral, configurándose el derecho de uso basado en la ocupación del cónyuge no titular como una especie de carga o gravamen sobre el inmueble que puede cederse a terceros, como se aprecia en el caso del Derecho inglés en la *Matrimonial Homes Act* de 1983 (vid. Vattier Fuenzalida, 1977, 73-109; y ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 104-108).

Por otro lado, en el ámbito del Derecho continental europeo la solución dominante se articula a través de la restricción del poder de disposición del cónyuge titular, permitiendo al cónyuge no titular la impugnación de los negocios dispositivos sobre la vivienda realizados sin su consentimiento, como se aprecia en el caso del Derecho español a través de la regla prevista en los artículos 1320 y 1322 del Código civil vigente el matrimonio. En nuestra opinión, en el caso del artículo 96 del Código civil aplicable tras la crisis matrimonial, visto el actual planteamiento del Tribunal Supremo, en los casos de propiedad exclusiva del cónyuge no beneficiario del derecho de uso, dicho derecho se configuraría como un derecho autónomo de ocupación (único supuesto en que según la STS plenaria de 18 de enero de 2010 la resolución judicial puede tener algún tipo de virtualidad transformado de la situación jurídica previa respecto a la vivienda del cónyuge no titular), que, en cierta medida, se asemeja al modelo inglés apuntado. De tal forma que puede decirse que el modelo español opta por ambos de los modelos descritos (prohibición de disposición y creación de un derecho de ocupación) en función del momento en el que nos encontremos: durante el matrimonio y tras la crisis matrimonial, tal y como algunos autores han destacado (cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 298 y 299 y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3467).

³⁸ Así lo afirmaba certeramente la RDGRN de 10 de octubre de 2008, según la cual: «Siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento» (FJ 2.º).

³⁹ La expresa referencia actual a la posibilidad de acceso al Registro del derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil deja sin efecto razonamientos según el cual cuando los derechos de naturaleza personal tienen reconocida trascendencia *erga omnes* y por tanto son oponibles a terceros el legislador expresamente reconoce su posibilidad de constancia registral, poniendo como ejemplo el caso del arrendamiento del artículo 2.5.º LH. De tal forma que pese a la reforma operada no existe inconveniente alguno en afirmar que el derecho de uso de la vivienda familiar puede ser catalogado como un derecho personal con trascendencia jurídico-real, solución expresamente ratificada por el legislador en el nuevo artículo 96.3 CC.

⁴⁰ La posibilidad de acceso al Registro que recoge el actual artículo 96 del Código civil dejaría sin efecto la configuración del derecho de uso como un derecho de naturaleza familiar, admitiendo en consecuencia su naturaleza real, ya que de conformidad con el tenor literal de la sentencia referida «...el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 CF y el artículo 233-22 del proyecto de libro II del Código civil catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad».

⁴¹ De acuerdo con dicho artículo 233-22 CCCat: «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

⁴² La referida Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra establece en su apartado seis *in fine* que «El derecho de uso podrá ser inscrito o anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad».

⁴³ *Vid.* STC de 16 de septiembre de 2021 (FJ 6.º). En contra de la constitucionalidad del reconocimiento en la Ley Foral navarra del acceso al Registro de la Propiedad se pronuncia el voto particular formulado por el magistrado Andrés Ollero Tassara.

⁴⁴ Como pone de manifiesto la RDGRN de 6 de marzo de 2014 «la naturaleza del derecho de opción es controvertida, un sector de la doctrina y jurisprudencia sostiene que el contrato de opción de compra es un derecho personal y no un derecho real, pues no otorga un poder directo sobre la cosa así las SSTs de 9 de octubre de 1987, 13 de febrero de 1997, 6 de noviembre de 1989, 24 de octubre de 1990 y 11 de abril de 2000 entre otras. Sin embargo, otras sentencias del Alto Tribunal configuran el derecho de opción como un derecho real, así las de 10 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1991. De igual modo la doctrina de esta Dirección General ha señalado la posibilidad de configurar el derecho de opción como derecho real inscribible, así la Resolución de 7 de diciembre de 1978 o como derecho personal como admite la Resolución de 7 de septiembre de 1982. Pero cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte respecto de la naturaleza del derecho de opción, es indudable que al acceder al Registro provoca efectos reales que afectan a todo tercero que con posterioridad obtenga un derecho sobre la finca y para ello deben cumplirse los requisitos del artículo 14 RH. Una vez inscrito el derecho de opción queda sometido a los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario». A propósito de las distintas formulaciones doctrinales en torno a la naturaleza del derecho de opción cfr. entre otros muchos, FERNÁNDEZ CHACÓN, 2018, 228; LLAMAS POMBO, *La compraventa*, 2014, 189; LLORENTE SANSEGUNDO, 2007, 57; PÉREZ GURREA, 2011, 2893; SANCINIENA ASURMENDI, 2007, 159; y TORRES LANA, 1987, 122.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la opción de compra es únicamente uno de los casos en los que, pese a reconocerse su carácter personal —si es que uno se decanta por dicha naturaleza jurídica del derecho de opción— puede advertirse el carácter no absoluto de la regla de inscribibilidad únicamente de los derechos reales. Son varias las situaciones jurídico-personales respecto a las que expresamente el legislador contempla su acceso al Registro, cual acontece con: el derecho de arrendamiento, subarriendo, cesión y subrogación (art. 2.5 LH); el derecho de retorno arrendaticio (art. 15 RH); los derechos personales asegurados con anotación preventiva (art. 42 LH); o, los derechos personales asegurados con garantía real inscrita, como el crédito garantizado con hipoteca o el derecho a percibir pensiones periódicas en los censos no enfitéuticos (arts. 98 LH y 9 RH). Cfr., entre otros, LACRUZ BERDEJO, y SANCHO REBULLIDA, 1968, 105 y sigs.; y GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 325-327.

⁴⁵ Cfr., entre otros GARCÍA CANTERO, 1982, 414 y 415; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, 1986, 151-160; GORDILLO CAÑAS, 1982, 1154 y 1155; y HERRERO GARCÍA, 1984, 325-327.

⁴⁶ Esta conclusión es puesta de manifiesto por CUENA CASAS, al afirmar que «el valor del consentimiento del cónyuge no titular en situación de normalidad y de crisis matrimonial es distinto, a pesar de la aparente simetría entre los artículos 1320 y 96.IV CC» (CUENA CASAS, 2012, 310).

⁴⁷ Como destaca la RDGRN 5 septiembre 2016: «La doctrina de esta Dirección General ha sido constante, admitiendo que el derecho de uso con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, es inscribible teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer *ex* artículo 26.2 de la Ley Hipotecaria, o como verdadero derecho real ya que constituye una limitación a las facultades de dispositivas del cónyuge propietario, al que no se le atribuye el uso, que produce efectos *erga omnes* [*vid.* RRDGRN de 25 de octubre de 1999; 31 de marzo de 2000; 19 de mayo de 2000 y 19 de septiembre de 2007]» (FJ 2.º). A favor de dicha catalogación del artículo 96 del Código civil, en su versión a la reforma operada por la Ley 8/2021, como una prohibición de disponer se posiciona GÓMEZ GALLIGO, 1992, 129 y 130. De hecho, visto el tenor literal del artículo 96 del Código civil una vez atribuido

judicialmente el derecho de uso la prohibición de disponer prevista en dicho artículo 96 del Código civil podría tener encaje dentro de las prohibiciones legales del apartado 1.º del artículo 26 LH.

⁴⁸ Cfr. MATEO SANZ, 2019, 590. No obstante, tampoco faltan autores en cuya opinión la limitación dispositiva prevista en el artículo 1320 del Código civil no puede catalogarse *stricto sensu* como una prohibición legal de disponer ex artículo 26 LH, al entender que la regla instaurada en dicho precepto «...no se trata de un recorte al poder de disposición que haría nulo el acto dispositivo en su vertiente traslativa, en todo caso solo podría admitirse en el supuesto de disposiciones a título gratuito a las que hace referencia el artículo 1.322.2 del Código civil en el caso de bienes comunes y en ese supuesto se trataría más bien de falta del poder de disposición y no de una limitación al poder de disposición» (CAÑIZARES LASO, y RODRÍGUEZ ROSADO, 2021, 379).

⁴⁹ Cfr., entre otras, las RRRGN de 10 de octubre de 2008 (FJ 2.º); de 8 de marzo de 2018 (FJ 3.º); y de 30 de mayo de 2018 (FJ 3.º).

⁵⁰ Así, a favor de la aplicación del artículo 1322 del Código civil como sanción a los actos dispositivos realizados por el cónyuge titular sobre la vivienda familiar atribuida ex artículo 96 del Código civil sin consentimiento de su excónyuge o de la correspondiente autorización judicial se posicionan, entre otros muchos, GORDILLO CAÑAS, 1982, 1154-1155; ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 550; GARCÍA CANTERO, 1982, 415; y BLANDINO GARRIDO, 1998, 13. En el caso de CERVILLA GARZÓN, aun cuando rechaza la aplicación directa del artículo 1322 del Código civil comparte la sanción en él contemplada: la anulabilidad del acto dispositivo (CERVILLA GARZÓN, 2005, 69-73).

⁵¹ En el mismo sentido se pronuncia la STS de 31 de diciembre de 1994, según la cual «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». Asimismo, cfr. STS de 6 de marzo de 2015.

⁵² En el caso objeto del recurso analizado en dicha RDGRN de 13 de junio de 2018 se trataba —tal y como la propia Dirección precisaba al inicio de su fundamentación jurídica— de «...determinar si la constitución de una servidumbre de paso sobre la azotea de un inmueble, propiedad del marido, en el que radica la vivienda habitual de los cónyuges, exige el consentimiento de la esposa» (FJ 1.º).

⁵³ En atención a dicho razonamiento la resolución transcrita descartó la inclusión dentro de los actos dispositivos proscritos por el artículo 1320 del Código civil de una servidumbre de la que no deriva la posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma.

⁵⁴ Cfr., entre otros, DE LOS MOZOS, 1982, 129; COSTAS RODAL, 2009, 1567; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3482. No obstante, vista la ausencia de sustracción del uso de la vivienda familiar protegido por el artículo 1320, la posibilidad de enajenación de la nuda propiedad con reserva del derecho de usufructo sin consentimiento del otro cónyuge resulta ciertamente controvertida a nivel doctrinal. Para una sistematización de las posturas existentes al respecto *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 278 y sigs.

Recientemente, la RDGSJFP de 18 de febrero de 2021 considera que la donación por un cónyuge de la nuda propiedad de la vivienda familiar, con reserva por el mismo del usufructo, no exige el asentimiento del otro cónyuge ex artículo 1320 del Código civil, argumentando que «en este caso concreto de disposición de la nuda propiedad, no hay elemento objetivo alguno del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. A mayor abundamiento, como se alega por el recurrente, en el momento en que el

usufructo se extinga por fallecimiento de su titular, quedaría disuelto el matrimonio, y habrá dejado de existir un domicilio conyugal».

⁵⁵ Cfr., entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, 1992, 125 y MATEO SANZ, 2019, 590. La jurisprudencia es pacífica actualmente respecto a la sanción aplicable a los actos dispositivos realizados por uno de los cónyuges sujetos a la regla del artículo 1322 del Código civil, a diferencia de cuanto acontecía con el antiguo artículo 1413 del Código civil con anterioridad a la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, bajo cuya vigencia no existía una solución jurisprudencial unívoca en lo atinente a su régimen de invalidez, que oscilaba entre la nulidad radical, la mera anulabilidad o incluso la mera rescindibilidad o ineficacia parcial, tal y como destacaba la STS de 9 de mayo de 2007. Problema que actualmente ha sido superado, como demuestran, entre otras, las SSTS de 6 de diciembre de 1983; 2 de julio de 1985; 20 de febrero de 1988; 7 de junio de 1990; 11 de octubre de 1990; 29 de septiembre de 2006; 5 de junio de 2008; 23 de septiembre de 2010; 8 de octubre de 2010; 16 de abril de 2012 o; 6 de marzo de 2015.

Pese a lo pacífico de la cuestión a nivel jurisprudencial hoy en día, en nuestra opinión la sanción de anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial prevista en el referido artículo 1322 del Código civil supone una confusión por parte del legislador entre los planos jurídico-real y jurídico obligacional. La solución correcta habría sido, pues, que cuando el artículo 1322 del Código civil se introdujo en la reforma operada en 1981 el legislador hubiese optado por sancionar la ausencia de efectos jurídico-reales del acto dispositivo sobre la vivienda familiar, sin perjuicio de su validez en el plano jurídico obligacional. Planteamiento personal que, no obstante, es una crítica en sede de *lege ferenda* que escapa al ámbito de este trabajo y que en nada empece las conclusiones apuntadas en el texto principal, sin perjuicio de que dicha crítica sea compartida por diversos autores, caso, entre otros, de GIMÉNEZ DUART, hablando sencillamente de ineficacia atributiva de la enajenación (GIMÉNEZ DUART, 1988, 329, 331, 333 y 343). Asimismo, cfr., entre otros, FERNÁNDEZ CHACÓN, 2018, 194; MERINO GUTIÉRREZ, 1995, 919 y 920; MIQUEL GONZÁLEZ, 2000, 24; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, 2000, 158 y CUENA CASAS, 2012, 303 y sigs.

⁵⁶ Cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 324-325; MORALEJO IMBERNÓN, 2013, 9334; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3463-3464 y 3488-3489. Como acertadamente explica esta última, la entrada en juego de dicho artículo 33 LH implica la imposibilidad del tercero adquirente de la vivienda familiar de consolidar la adquisición de la propiedad del inmueble *ex artículo 34 LH* dada la invalidez del título. Dentro de la invalidez a que se refiere dicho artículo 33 LH se incluyen, los supuestos de anulabilidad, caso del referido artículo 1322 del Código civil (cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2019, 650).

⁵⁷ En puridad, a efectos de la inscripción registral del acto dispositivo en cuestión, la necesidad de consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial supletoria se restringe en el Reglamento Hipotecario a los actos relativos a bienes gananciales (arts. 93.2 RH y 1322 CC), sin que exista previsión equivalente respecto a los actos dispositivos sobre la *vivienda habitual* de la familia a que alude el artículo 1320 del Código civil, en cuyo caso basta con que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter (art. 91.1 RH). Así lo estima por lo demás la Dirección General de los Registros y del Notariado tal y como se aprecia nitidamente, por ejemplo, en la RDGRN de 13 de junio de 2018, según la cual: «Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concurra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código civil, bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual

de la familia, bien que el disponente lo manifieste así. Del juego de todos los preceptos anteriormente relacionados resulta que es necesario que, en los actos de disposición que realice uno de los esposos por sí solo sobre una vivienda de su titularidad, el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia, pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria» (FJ 4.º).

⁵⁸ La referencia prevista en el artículo 1320 del Código civil, párrafo segundo, a la imposibilidad de que la manifestación errónea o falsa del cónyuge disponente acerca del carácter de la vivienda y su catalogación como no familiar perjudique al adquirente de buena fe no implica la convalidación del negocio dispositivo anulable realizado por el cónyuge titular *ex* artículo 1322 del Código civil. De ahí que el adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 1320 del Código civil es únicamente el sub-adquirente del tercero al que se le ha vendido la vivienda sin consentimiento del otro cónyuge (cfr. BERROCAL LANZAROT, 2012, 3488-3489). Dicho sub-adquirente sí que podrá ser considerado tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH, pues basta la manifestación por el cónyuge titular del carácter no familiar de la vivienda requerido por el artículo 91.1 RH para que el tercero adquirente pueda proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, de forma que cuando este lo vende el sub-adquirente podrá claramente beneficiarse de la protección derivada de la fe pública registral del artículo 34 LH cuyos requisitos concurre en su persona. Sin embargo, la STS de 11 de diciembre de 1992 expresamente destacaba cómo «...el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión», aunque sin efectuar ulteriores precisiones al respecto, en un caso en el que se concluyó que la venta de la vivienda familiar efectuada por la hija del marido (al que este último se la había donado) tras la atribución judicial del uso a la esposa obligaba al adquirente que inscribió su adquisición en el Registro a respetar dicho derecho de uso, pese a la aplicación al supuesto enjuiciado a la normativa anterior a la reforma operada en 1981, en la que se introdujo la limitación dispositiva del artículo 96 del Código civil.

⁵⁹ *Vid.* en este sentido las SSTs, entre otras muchas, 25 de mayo de 1983; 2 de julio de 1985; 7 de junio de 1990; 5 de julio de 1994; 29 de septiembre de 2006; 15 de enero de 2008 y; 5 de junio de 2008. Sobre estas distintas modalidades de consentimiento del cónyuge al acto dispositivo realizado sin su expresa participación *vid.*, entre otros, SANCINENA ASURMENDI, 2009, 125; y RAGEL SANCHEZ, 2011, 884-888.

⁶⁰ Para un comentario sobre la referida sentencia, *vid.* MARÍN VELARDE, 2011, 363-369. Entre otras cosas, en dicho comentario la autora comparte la decisión del Tribunal Supremo, visto que en el asunto de autos quedó acreditado el cumplimiento la medida de control *ex* artículo 1320 del Código civil. Pese a ello, la referida autora pone de manifiesto que «las normas reguladoras del régimen jurídico de la vivienda familiar, especialmente en las situaciones de crisis matrimonial, precisan que el ordenamiento jurídico sea más permeable a los intereses de quienes están más necesitados de protección. Piénsese que en el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia el Tribunal Supremo, la recurrida pierde el derecho a poseer la vivienda, sin ser prestataria del préstamo que motivó la constitución de la hipoteca, pues es obligación del marido satisfacer los importes del mismo, y este tras la separación matrimonial deja de pagarlos, conducta que desencadena la pérdida de la posesión de la vivienda por la esposa e hijas».

⁶¹ La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de desahucio por precario al entender que el adquirente del inmueble en subasta pública (padre del marido) era conocedor del derecho de uso de la vivienda en virtud de la sentencia anterior de separación. Sin embargo, la SAP de A Coruña (Sección 6.ª) de 24 de octubre de 2006 estimó el recurso de apelación declarando la procedencia del desahucio por precario, pues la pérdida de la propiedad del inmueble en el asunto de autos traía causa de una ejecución forzosa y, en consecuencia, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son

terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria aducida por la esposa. Según la Audiencia: «...puesto que aunque la demandante y su difunto esposo sabían sin duda, dada su relación de parentesco con el matrimonio, que el uso de la vivienda se había atribuido a los demandados cuando adquirieron la casa, la adquisición del bien se produce en ejercicio legítimo de su derecho y de forma forzosa e impuesta a los titulares dominicales del bien, por lo que no estamos —como en todos los referidos casos de jurisprudencia tuitiva de los ocupantes— ante una adquisición nacida del ejercicio voluntario de derechos por parte de los miembros del matrimonio, sino ante la pérdida forzosa del derecho dominical que necesariamente ha de llevar aparejada la inoponibilidad al adquirente del régimen de uso interno que pudiera haberse establecido en el litigio previo seguido entre los cónyuges (...) la sentencia que homologue el convenio de separación o divorcio, no altera la titularidad en virtud de la cual los cónyuges ostentaban la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual, por lo que si se pierde de forma forzosa la titularidad dominical que justificaba la posesión del inmueble, no pueden invocarse tal clase de derechos frente a quienes son terceros respecto de la relación jurídica en la que se llevó a cabo la atribución posesoria que se invoca».

⁶² En particular, el Tribunal Supremo se limita en dicha sentencia a afirmar que: «Adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario».

⁶³ En el caso enjuiciado por dicha STS de 6 de marzo de 2015 la vivienda privativa del marido fue adquirida en 1996 estando soltero, subrogándose para su adquisición en el préstamo hipotecario que pesaba sobre el inmueble. Con posterioridad contrajo matrimonio fruto del cual nació una niña, divorciándose el matrimonio en 2006 y atribuyéndose el uso de la vivienda familiar a la esposa beneficiaria de la guarda y custodia de la menor. Producido el impago del préstamo en julio de 2009 la entidad prestamista inició un procedimiento de ejecución hipotecaria que dio lugar a la subasta del piso en octubre de 2010. La esposa compareció en la subasta judicial con la intención de hacer valer su derecho de uso sobre la vivienda familiar. Adjudicada la vivienda al rematante este instó el lanzamiento de la vivienda de la mujer y su hija, a lo que esta se negó aduciendo la atribución judicial del derecho de uso sobre la vivienda. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Paterna estimó la demanda de desahucio por precario, mientras que la SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 22 de febrero de 2013 estimó el recurso de apelación interpuesto por la esposa desestimando la demanda de desahucio por precario del rematante propietario de la vivienda. El Tribunal Supremo, tras recordar el planteamiento adoptado por la Sala Primera tras la STS plenaria de 18 de enero de 2010, trae a colación la STS de 8 de octubre de 2010 y amolda la tesis en ella acogida a las circunstancias particulares del caso enjuiciado. Así, la Sentencia concluye cómo en este caso no resultaría aplicable la limitación dispositiva del artículo 1320 del Código civil, pues cuando el marido se subrogó en el préstamo hipotecario para la adquisición del inmueble, que posteriormente se convertiría en la vivienda familiar, no existía ni matrimonio, ni convivencia ni, obviamente, la consideración de vivienda familiar del bien hipotecado. De ahí que considera que «Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que este trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, pues, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hija (...), ya que

la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeran matrimonio» (FJ 4.º).

⁶⁴ Cfr. RDGRN de 8 de marzo de 2018 (FJ 3.º *in fine*).

⁶⁵ Máxime si se tiene en cuenta que la sanción prevista en el referido artículo 1322 del Código civil resulta aplicable a los actos dispositivo realizados por el cónyuge titular de la vivienda familiar constante el matrimonio, en la medida en que se trata de un precepto ubicado en sede de régimen económico matrimonial primario; luego tras la disolución del régimen económico matrimonial no podrá alegarse la sanción referida. La inaplicabilidad del artículo 1322 del Código civil a los actos dispositivo sobre la vivienda familiar en los supuestos del artículo 96 es defendida igualmente, entre otros, por ESPIAU ESPIAU, 1992, 253; MONDÉJAR PEÑA, 2002, 443; o TAMAYO CARMONA, 2003, 124.

Tampoco han faltado autores en cuya opinión la anulabilidad del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sobre la vivienda sobre la que recae el derecho de uso sin el consentimiento del cónyuge beneficiario, pese a no poder instrumentarse a través del artículo 1322 del Código civil, en atención a las razones apuntadas, sí que podría hacerse valer *ex* artículo 1301 del Código civil (cfr. LUCINI CASALES, 1990, 112; y MARTÍN MELÉNDEZ, 2005, 2348). Más acertado resulta, sin embargo, el planteamiento de acuerdo con el cual la inaplicabilidad del referido artículo 1322 del Código civil tendría como correlato la plena validez del acto dispositivo realizado por el cónyuge titular sin el consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso, pero debiendo el tercero adquirente pechar con la ocupación de la vivienda por parte de este último, dada la inoponibilidad del acto dispositivo frente al cónyuge titular del derecho de uso (cfr. ESPIAU ESPIAU, 1992, 239 y sigs.).

⁶⁶ Como destaca CUENA CASAS «El valor del consentimiento del cónyuge no titular en situación de normalidad y de crisis matrimonial es distinto, a pesar de la aparente simetría entre los artículos 1320.1 y 96.4 del Código civil. En situación de crisis, el consentimiento es necesario para permitir la extinción del derecho de uso y que el tercero que adquiera la vivienda lo haga libre de cargas, pero no para la validez del acto dispositivo, no siendo aplicable en esta sede el artículo 1322 del Código civil. El alcance de las consecuencias derivadas del mismo evidencia que en situaciones de crisis matrimonial, el cónyuge usuario presta un verdadero consentimiento por cuanto implica la renuncia a un derecho atribuido judicialmente» (CUENA CASAS, 2012, 310). Así se desprende, por lo demás, de la catalogación del derecho de uso sobre la vivienda familiar como un derecho ocupacional de naturaleza familiar. Como recuerda la RDGRN de 19 de enero de 2016 al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo «como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (art. 96 CC)». Como consecuencia de ello y así lo señala la RDGRN de 8 de marzo de 2018 «tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido (en este caso el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia) y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues es a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar integra, por un lado, un derecho ocupacional y, por otro, una limitación de disponer». En la misma línea *vid.*, asimismo, RDGRN de 13 de junio de 2018.

⁶⁷ Conforme a lo expuesto, la RDGRN de 21 de junio de 2004 confirmó la calificación negativa del registrador en cuanto «no puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho corno sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado» (FJ 4.º).

No acontece lo mismo con la constitución, por ejemplo, de una servidumbre de paso externa a la vivienda habitual, pues si bien se trata de un acto de disposición no resulta incompatible con el uso familiar de la vivienda, ni vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil ni tras la crisis matrimonial *ex* artículo 96 del Código civil (cfr. RDGRN de 13 de junio de 2018).

⁶⁸ Así, resulta acertado el razonamiento efectuado por la STS de 31 de diciembre de 1994, cuando afirma que «El artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes* pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición» (FJ 6.º). Igualmente, según la STS de 18 de enero de 2010 «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial» (FJ 7.º).

⁶⁹ Según el artículo 219-26.3 de la Propuesta: «Los actos dispositivos realizados por el único titular del inmueble no precisan ser consentidos por el cónyuge al que se le asignó el uso, ni ser autorizados por el juez, aunque habrán de respetar la atribución de uso decretada a favor del primero».

⁷⁰ De acuerdo con dicho artículo 233-25 CCCat: «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».

⁷¹ A tenor de la Ley 72 del Fuero Nuevo de Navarra, apartado sexto: «Los actos de disposición que se realicen por el titular de la vivienda lo serán, en todo caso, sin perjuicio del uso atribuido».

⁷² Nótese que si el comprador conoce la existencia del derecho de uso por medios extrarregistrales el principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH) no aplica (STS de 11 de diciembre de 1992). Respecto al requisito de la buena fe tanto en los casos del artículo 32 LH como del artículo 34 LH, así como acerca de las vertientes positiva y negativa de buena fe a efectos registrales, los requisitos de aplicación de uno y otro precepto y la polémica entre la tesis monista y dualista de la figura del tercero en el Derecho español *vid.*, entre otros muchos, BALLARÍN MARCIAL, 1949, 676 y sigs.; ROCA SASTRE, 1965, 781 y sigs.; AMORÓS GUARDIOLA, 1967, 1523 y sigs.; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1968, 224 y sigs.; GORDILLO CAÑAS, 2004, 381 y sigs.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, 521 y sigs.; o VIGIL DE QUINONES OTERO, 2021, 583 y sigs.

⁷³ Cfr., entre otros, CUENA CASAS, 2012, 308-309.

⁷⁴ Y es que el referido artículo 219-23.1 de la Propuesta de Código civil expresamente contempla la diferenciación entre atribución del derecho de uso a resultados de una medida provisional o definitiva, al establecer que «La adjudicación del derecho de uso puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad o inscribirse si se adopta como medida definitiva».

⁷⁵ Cfr. RDGRN de 13 de junio de 2018 y; STS de 8 de octubre de 2010. *Vid.* a este respecto ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 290-291 (si bien a propósito del art. 1320 CC, pese a lo cual los razonamientos resultan perfectamente extrapolables al art. 96 CC).

⁷⁶ De acuerdo con dicho artículo 107.2.º LH: «Podrán también hipotecarse: 2.º La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario». A tal efecto, la STS de 13 de diciembre de 2010 recuerda que de conformidad con el citado precepto «los derechos hipotecados fueron la nuda propiedad y el usufructo, el primero de los cuales puede hipotecarse de conformidad con el número segundo del artículo 107 LH, bien con la eventualidad expansiva derivada del principio de la elasticidad —fuerza centrípeta del dominio—, o sin ella, en tanto el derecho de usufructo es hipotecable conforme al número primero del artículo 107 LH, ya se entienda hipotecado, según distintas posiciones doctrinales, el derecho a percibir los frutos, o ya el usufructo mismo».

De hecho, la similitud entre la hipoteca por el nudo propietario en el caso de bienes sobre los que pesa un usufructo y la hipoteca de la vivienda familiar se evidencia en la equiparación que la DGRN efectúa entre ambas figuras con ocasión de analizar el grado de intervención del cónyuge no titular beneficiario del derecho de uso en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria (cfr. RDGRN de 26 de octubre de 1987 y RDGSJFP de 18 de febrero de 2021).

⁷⁷ A propósito de la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la hipoteca de la vivienda familiar vigente el matrimonio *ex* artículo 1320 del Código civil *vid.* ELORRIAGA DE BONIS, 1995, 288-290.

⁷⁸ Acerca de la interpretación de dicho artículo 144.5 RH y su interrelación con el artículo 1320 del Código civil *vid.* RDGRN de 13 de julio de 1988.

⁷⁹ *Vid.* RDGRN de 23 de marzo de 2015.

⁸⁰ Tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la RDGRN de 5 de septiembre de 2016, en la que se denegó la posibilidad de inscripción en el Registro de la adquisición de la vivienda derivada del procedimiento de ejecución hipotecaria dada la falta de intervención en el proceso de la esposa beneficiaria del derecho de uso y la ausencia de requerimiento de pago alguno a esta, que resultaban procedentes en el supuesto de autos habida cuenta que la atribución del uso familiar de la vivienda constaba inscrita como medida provisional años antes (concretamente desde marzo de 2005) de la expedición de la certificación para el procedimiento de ejecución hipotecaria (que tuvo lugar en enero de 2013).

⁸¹ *Vid.* en el mismo sentido la RDGRN de 30 de mayo de 2018 (FJ 3.º *in fine*).

⁸² De hecho, la estimación por el juez de la procedencia de la permanencia del cónyuge beneficiario en la vivienda familiar objeto de ejecución hipotecaria se dio en el caso enjuiciado por la referida RDGRN de 8 de marzo de 2018, obligando al tercero adquirente del remate a acudir al correspondiente procedimiento declarativo para dejar sin efecto el derecho de uso no inscrito, si bien permitiendo entretanto la inscripción de su adquisición en el Registro en atención a los razonamientos expuestos.

⁸³ Cfr., entre otros, ADÁN GARCÍA, 2014, 341-362; ALBIEZ DOHRMANN, 2010, 9-30; y SIMÓN MORENO, 2015, 169-226.

⁸⁴ La vivienda ganancial tras la disolución del matrimonio (divorcio o nulidad) o del régimen de sociedad de gananciales (separación legal) se integra dentro del patrimonio postganancial hasta que los cónyuges liquiden la sociedad y atribuyan la vivienda a uno o a ambos. En estos casos se discute doctrinal y jurisprudencialmente si a la sociedad postganancial no liquidada se le aplican las reglas propias de la comunidad ordinaria/romana o, por el contrario, las propias de la comunidad hereditaria, habida cuenta de que antes de la liquidación los cónyuges no son titulares de los bienes que integran la sociedad sino únicamente de un porcentaje o cuota en abstracto sobre tales bienes. A este respecto, la STS de 11 de mayo de 2000 afirma que la comunidad postganancial «existe desde que se disuelve la ganancial pero no se liquida y es una comunidad de tipo romano (proindiviso) regida por los artículos 392 y sigs. del Código civil, pero no recae la comunidad sobre cada cosa que forma parte de ella sino sobre el conjunto de la

misma». En cambio, la STS de 10 de junio de 2010 señala que el recurrente «olvida la doctrina de esta Sala (SSTS de 19 de junio de 1998) que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, no rigen los preceptos del Código civil que permiten la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro vigente la sociedad de gananciales (...) se aplicarán, por tanto, las reglas de la comunidad hereditaria».

⁸⁵ Nótese que la copropiedad de ambos cónyuges puede tener su origen en situaciones diversas: puede ser que vigente el matrimonio la vivienda fuese ya de ambos cónyuges por haberla adquirido conjuntamente en copropiedad (con anterioridad o durante la convivencia matrimonial) o puede igualmente deberse a la liquidación de la sociedad de gananciales atribuyéndose en la liquidación la propiedad del inmueble a ambos en régimen de copropiedad.

⁸⁶ Si la vivienda familiar pertenece a la sociedad postganancial cualquiera de los cónyuges (o sus herederos) podrá solicitar la liquidación del régimen de sociedad para poner fin a la situación de indivisión, pudiendo la vivienda atribuirse en exclusiva a uno de los cónyuges (en caso de cónyuge superviviente cfr. art. 1406 CC); pero, dicha finalidad puede no cumplirse en caso de adjudicación de la vivienda a ambos cónyuges conjuntamente, constituyendo una comunidad romana, en cuyo caso serán aplicables las cuestiones señaladas en este epígrafe.

⁸⁷ Doctrina que recogen las SSTS de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010. Esta última reconoce que «puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (ver SSTS de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras)». Más recientemente *vid.*, la STS de 24 de marzo de 2021 (FJ 3.º). Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de dicha acción de división de la cosa común puede resultar perjudicial para el cónyuge copropietario y no beneficiario del derecho de uso cuando existen varios inmuebles copropiedad de ambos cónyuges, uno tan solo de los cuales está gravado con el derecho de uso. En tal caso puede procederse a la formación de lotes, de forma que la vivienda familiar se le adjudique al cónyuge beneficiario del derecho de uso y el otro inmueble (caso de que sean dos) se le adjudique al otro cónyuge, habida cuenta de la aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la comunidad de bienes (art. 406 CC), tal y como se apreció en el caso enjuiciado por la STS de 5 de febrero de 2013.

⁸⁸ De acuerdo a lo expuesto, la STS de 27 de junio de 2007 precisa cómo el Alto Tribunal «ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del Código civil y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del Código civil»; de manera que la STS de 8 de mayo de 2006 concluye que «la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los participantes». De acuerdo con dicha doctrina, la STS de 27 de febrero de 2012 estima que «la acción de división del piso mantendrá el derecho del exmarido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a terceros» (cfr. PÉREZ CONESA, 2012, 75-80; y ZUMAQUERO GIL, 2013, 380-383). La doctrina expuesta queda perfectamente detallada en la STS de 27 de diciembre de 1999, a cuyo tenor «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto (...) si bien el cotitular

dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, excónyuge, en virtud de la Sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó» (ROBLEDO VILLAR, 1995, 986-987).

⁸⁹ Cfr. SSTs de 22 de septiembre de 1988 y 3 de mayo de 1999. No obstante, nada impide la posibilidad de que el derecho de uso pueda extinguirse tras la división de la cosa común cuando así conste por acuerdo de los cónyuges plasmado en el correspondiente convenio regulador, caso del supuesto enjuiciado por la STS de 6 de febrero de 2018.

⁹⁰ Cfr., entre otras, SSTs de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores SSTs de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999; 28 de marzo de 2003; y 3 de diciembre de 2008. En contra *vid.*, por ejemplo, GARCÍA-MAURINO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 89.

⁹¹ En efecto, cuando el artículo 96 del Código civil alude al *cónyuge no titular* está reduciendo su ámbito de aplicación a los supuestos en los que uno de los cónyuges es propietario de la vivienda, sin prever expresamente el caso de vivienda perteneciente a un tercero o incluso en copropiedad a ambos cónyuges, situaciones ambas sumamente frecuentes como consecuencia de las adjudicaciones realizadas con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales o de la ausencia de propiedad de la vivienda por parte de los cónyuges, que sencillamente residen en ella antes de la crisis matrimonial como consecuencia de otro título jurídico (arrendamiento, precario, comodato, usufructo, etc.). Así, tal y como destaca RAMS ALBESA la redacción del vigente artículo 96.IV debe considerarse un «defecto formal importante de la Ley de 7 de julio de 1981, porque construida la norma sobre una única hipótesis de trabajo —la vivienda en propiedad— ha abandonado a su suerte las restantes posibilidades de tenencia o disfrute de una vivienda» (RAMS ALBESA, 1992, 1081). De hecho, en los primeros comentarios a dicho artículo 96 del Código civil, caso por ejemplo del comentario de la profesora ROCA TRÍAS, las hipótesis barajadas respecto a la titularidad de la vivienda se restringían a las situaciones de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges o copropiedad de ambos y en su caso arrendamiento, sin barajar en ningún momento la propiedad o copropiedad de un tercero ajeno al matrimonio (ROCA TRÍAS, 1984, 609). La restricción del supuesto de hecho del artículo 96 del Código civil a los casos de propiedad exclusiva o, a lo sumo, copropiedad de ambos cónyuges es asumida, asimismo, entre otros, por CHAPARRO MATAMOROS, 2019, BIB\2019\9329, 2; GARCÍA CANTERO, 1982, 406-415; y LACRUZ BERDEJO, 2008, 102-104; o CUENA CASAS, 2012, 340.

⁹² La ausencia de norma específica sobre las consecuencias derivadas de la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero *ex* artículo 96 del Código civil encuentra como única excepción el arrendamiento de la vivienda familiar, supuesto en el que la modificación de la relación contractual preexistente cuenta con una regulación *ex professo* en el artículo 15 LAU: el cónyuge no arrendatario «podrá continuar en la vivienda» como consecuencia de la atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar. La Ley 4/2013, de 4 de junio, de reforma del artículo 15 LAU solucionó la controversia doctrinal generada con anterioridad sobre la interpretación de la expresión «continuar en el uso de la vivienda arrendada» del artículo, al incluir que «el cónyuge a quien se haya atribuido el uso de la vivienda arrendada (...) pasará a ser el titular del contrato». En la actualidad no cabe duda de que el artículo 15 LAU contempla la subrogación legal (cfr. CARRASCO PERERA, 2020, y COSTAS RODAL, 2013, 40). Ello significa que el cónyuge titular del derecho de uso *ex* artículo 96 del Código civil se convierte en el nuevo arrendatario como consecuencia de la adjudicación judicial del derecho de uso de

la vivienda familiar, siempre y cuando notifique al arrendador en el plazo de dos meses su voluntad de continuar en el arrendamiento, aportando copia de la resolución judicial. Esta es la conclusión alcanzada por la STS de 26 de octubre de 2015, a cuyo tenor «el artículo 15 LAU prevé y permite que se produzca la subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo». La reforma de 2013 solventó la controversia doctrinal sobre los efectos del derecho de uso sobre la vivienda familiar arrendada, dejando claro que el cónyuge titular del derecho de uso se subroga en la posición del arrendatario. Sin embargo, no resolvió (como tampoco la reciente reforma de 2019) los efectos derivados de la ausencia de notificación, pues si no opera la subrogación legal el derecho de uso sobre la vivienda familiar colisiona con los derechos arrendaticios del arrendador y del cónyuge arrendatario.

⁹³ La sentencia judicial (decreto o acta notarial) de divorcio, separación o nulidad matrimonial no puede mutar el título de posesión del bien por parte de los cónyuges (cfr. CUENA CASAS, 2011, 365; BELLO JANEIRO, 1995, 163; y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2004, 347).

⁹⁴ Esta opinión se reitera por la STS de 14 de julio de 2010, a cuyo tenor «no constituye título hábil de oposición la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda a la exesposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes». En este sentido, la STS de 18 de marzo de 2011 concluye que «para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia (...) la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios».

⁹⁵ Planteamiento acogido a su vez, transcribiendo precisamente el razonamiento realizado por la referida STS de 31 de diciembre de 1994, en las SSTs, entre otras, 26 de diciembre de 2005 (FFJJ 4.º y 5.º); 2 de octubre de 2008 (FJ 2.º); 29 de octubre de 2008 (FJ 2.º); 1034/2008, 30 de octubre de 2008 (FJ 2.º) o; 13 de abril de 2009 (FJ 2.º).

⁹⁶ «Como es sabido, comodato y precario (en sentido estricto, contractual, como modalidad de comodato, art. 1750 CC), tienen en común, la cesión de la tenencia o posesión de una cosa en favor del beneficiario y su carácter gratuito, pero difieren en que en el comodato la cesión del uso está sometida a un plazo, a cuyo término el comodante puede reclamar la cosa (en un momento anterior, solo si prueba la existencia de urgente necesidad, art. 1749 CC), mientras que en el precario, el precario *dans*, puede reclamar la cosa a su voluntad (art. 1750 CC)» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 355). Respecto a la interrelación entre las figuras de precario y comodato y las distintas tesis formuladas en la materia *vid.*, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, 1986, 438 y sigs.; Díez Pícazo y Ponce de León, 2008, 662 y sigs.

⁹⁷ La referida STS 30 junio 2009 considera en relación a la prueba del plazo convenido, así como de la urgente necesidad que «la carga de la prueba de la existencia y duración del plazo o del uso incumbe al comodatario (art. 1.750, párrafo segundo), y la carga de la prueba de la urgente necesidad, en el caso de que se pretenda la restitución anticipada, corresponde al comodante que es quien invoca el hecho constitutivo de su acción o excepción, y, asimismo, para quien se produce el efecto jurídico favorable de la realidad del dato fáctico que afirma (art. 217 LEC), lo que implica una cuestión de hecho, con independencia de que la calificación de unos hechos como de *urgente necesidad* pueda ostentar un cierto aspecto de *questio iuris* por tratarse de un concepto jurídico normativo indeterminado».

⁹⁸ Entre octubre y noviembre de 2008 el Tribunal Supremo abordó la cuestión en otros seis pronunciamientos, estimando la acción de desahucio por precario. Cfr. SSTs de 29 de octubre de 2008; 1034/2008, 30 de octubre de 2008; 1036/2008, 30 de octubre de 2008; 1037/2008,

30 de octubre de 2008; 13 de noviembre de 2008; 14 de noviembre de 2008. Asimismo, comparten esta misma doctrina las SSTS de 30 de junio de 2009 y; 22 de octubre de 2009.

⁹⁹ Sobre la citada sentencia, cfr. MARÍN VELARDE, 2010, 285-293; MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 329-365; y NASARRE AZNAR, 2011, 1533-1550.

¹⁰⁰ La sentencia referida realiza una clasificación de las situaciones en que puede encontrarse la titularidad de la vivienda (FJ 5.º) y de las distintas posiciones en que pueden encontrarse los terceros propietarios de la vivienda (FJ 7.º). No obstante, como declara el voto particular formulado al efecto se trata «de simples argumentos *obiter dictum*», por no constituir la *ratio decidendi* de la resolución, salvo el apartado cuarto referido a la situación de copropiedad de la vivienda familiar entre uno de los cónyuges y uno o varios extraños al procedimiento de crisis matrimonial.

¹⁰¹ La STS de 14 de noviembre de 2008 pone de manifiesto de forma clara esta conclusión: «aunque, como mera hipótesis, se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, en atención a su destino como hogar familiar y considerando que la cesión del inmueble lo fue para subvenir las necesidades familiares, y aunque se apreciase, en consecuencia, en dicha cesión las notas que caracterizan el préstamo de uso, en la medida en que lo hubiese sido para un uso concreto y específico de la cosa, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda sobre la que versa la acción de desahucio era la correspondiente a una precarista, habiendo desaparecido el uso concreto y específico para el que fue cedida, cuya sobrevenida ausencia determina una situación de precario, caracterizada por la falta de título hábil para mantener la ocupación del inmueble» (FJ 3.º).

Asimismo, cfr. SSTs de 30 de junio de 2009; 22 de octubre de 2009; 14 de enero de 2010; y 14 de octubre de 2014.

¹⁰² Cfr. STS 2 octubre 2008.

¹⁰³ La protección al propietario por la cesión gratuita de la vivienda para constituir el domicilio conyugal se extiende incluso al supuesto en el que el propietario adquiere el inmueble en subasta pública, aun cuando conocía la ocupación de la vivienda por sus parientes. En efecto, la STS de 14 de marzo de 2013 aplicando la referida doctrina jurisprudencial estima la acción de desahucio ejercitada por la propietaria de la vivienda contra la esposa poseedora junto con sus hijos de la vivienda familiar. En el asunto de autos, los suegros de la propietaria habían cedido gratuitamente el inmueble al matrimonio, perdiendo el dominio de la vivienda por subasta pública en la que la adquiere su hijo (marido de la demandante) que, posteriormente se la vende a la actual propietaria (su esposa), siendo esta conocedora de la ocupación tolerada por el matrimonio, quienes finalmente se divorcian en el año 2004, atribuyéndose por sentencia de divorcio el uso de la vivienda familiar a la esposa (cónyuge custodia).

¹⁰⁴ «Las medidas adoptadas por el juez pueden afectar a viviendas privativas de cualquiera de los cónyuges o comunes a ambos (...) Sin embargo, quedan excluidos de este régimen aquellos inmuebles pertenecientes a terceras personas donde los cónyuges hayan vivido mientras duró la convivencia conyugal por mera tolerancia de su titular o mediante comodato a favor de cualquiera de los cónyuges» (CABEZUELO ARENAS, 2018, 383).

El mismo contenido se recogió en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio que preveía una modificación del artículo 96 del Código civil, que suponía incluir una referencia expresa a la titularidad de un tercero sobre la vivienda familiar, a cuyo tenor quedaría redactado como sigue «cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando este le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación».

¹⁰⁵ Cfr. PUIG PLANES y SOSPREDA NAVAS, 2020, 449-451.

¹⁰⁶ Como señala CERVILLA GARZÓN la atribución del uso de la vivienda familiar «no es la única medida económica, ya que junto a esta se prevé en nuestro ordenamiento jurídico la pensión compensatoria y la pensión de alimentos» (CERVILLA GARZÓN, 2005, 126).

¹⁰⁷ Esta conclusión es compartida por la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 9 de julio de 2007, a cuyo tenor «el contrayente que se considere perjudicado por el cese de uso de la vivienda familiar, debe acudir al juzgado que decretó la separación o divorcio para que adoptando otras medidas complementarias, normalmente dinerarias, remedie la situación de inferioridad en que haya quedado por el lanzamiento de la vivienda, pero lo que no puede aceptarse es que se obligue al propietario, ajeno al proceso matrimonial, a verse desposeído indefinidamente del inmueble de su propiedad» por devenir una situación económica grave en el cónyuge custodio (FJ 2.º).

¹⁰⁸ Cfr. CABEZUELO ARENAS, 2012, 73-83.

¹⁰⁹ Esta solución tiene acogida en el Derecho civil catalán, al prever la posibilidad de que la autoridad judicial pueda «sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias, siempre que sean idóneas para satisfacer las necesidades del otro cónyuge y los hijos» (art. 233-20.6 CCCat); o, caso de que el propietario de la vivienda familiar reclame su posesión de que la sentencia pueda ordenar «la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias» (art. 233-21.2 *in fine* CCCat).

¹¹⁰ La referida sentencia antes de concluir la posibilidad de atribuir otra vivienda no familiar para atender las necesidades de habitación de los hijos comunes afirma que «...la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» (FJ 3.º). En atención a tales consideraciones destaca que el interés del menor es el que debe ser protegido en aras a la determinación de la atribución del uso de la vivienda familiar, por lo que «...la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado».

La STS de 15 de marzo de 2013 reitera la necesidad de proteger el superior interés del menor, atribuyendo a la esposa y a los hijos menores el uso de la vivienda que había sido el domicilio conyugal (propiedad del esposo), pese a que durante el procedimiento de divorcio habían residido en un domicilio cedido gratuitamente por los abuelos maternos, pues «la asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» (sobre la STS referida, cfr. PANIZA FULLANA, 2014, 85-96).

¹¹¹ La referida doctrina jurisprudencial no resultará aplicable en aquellos casos en los que se pactó un término, pues en tales casos el contrato de comodato se extinguirá al tiempo de la expiración del plazo pactado (art. 1749 CC).

¹¹² Para MARÍN LÓPEZ la determinación del uso debe ser entendida en clave de delimitación temporal del contrato. De esta forma solo será uso determinado en el sentido del artículo 1750 del Código civil aquel que implique una duración limitada o identifique un periodo de tiempo concreto en que realizar dicho uso, produciéndose a continuación el final del comodato (MARÍN LÓPEZ, 2009, 7-8). En este mismo sentido, cfr. BELLO JANEIRO, 1997, 65; CERVILLA GARZÓN, 2005, 126; MARTÍN RETORTILLO, 1953, 845; MORENO VELASCO, 2006, 1840; SALAZART BORT, 2001, 188.

¹¹³ Sobre el uso requerido por el artículo 1750 del Código civil cabe destacar la acertada disertación de la SAP de Madrid de 2 de noviembre de 1993 que afirma: «a estos efectos es importante diferenciar entre el concreto *uso* de la cosa para el cual se presta o el *destino* específico o *finalidad* de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, es decir una vivienda para habitar en ella o un coche para circular, por el contrario el *uso* al que alude el artículo 1750 hace mención a una aplicación o servicio determinado (así préstamo de un piso para unas vacaciones o curso escolar, de un coche para un viaje, etc.), como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido al plazo de duración, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el *uso* pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza, y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, debe destacarse que el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un uso determinado, que debe ser específicamente pactado o resultar de costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil. En el concreto supuesto que nos ocupa es evidente que no hubo un «uso» preciso y determinado, pues al ceder el piso el actor a su hijo lo hizo para que este lo ocupase, junto con su esposa, como vivienda familiar, pero, como hemos señalado, ese *destino* o *finalidad* es el genérico y propio del inmueble, por lo que no puede deducirse de ello que se pactase un uso cuyo ejercicio implicase una duración determinada, y al no haberse convenido tampoco plazo para el préstamo, es obvio que nos hallamos ante una situación posesoria que encaja en el precario» (FJ 3.º).

DE ÁNGEL YAGÜEZ señala que el uso del contrato de comodato puede tener dos manifestaciones: 1) el pactado; puede ser este el propio y normal del objeto según su naturaleza (por ejemplo un automóvil puede servir para que el prestatario lo utilice en su conducción ordinaria); en esta hipótesis se ha podido acordar un régimen de utilización para un fin determinado (un viaje a un concreto sitio) o en ciertas condiciones. 2) La otra posibilidad es que simplemente se haya acordado la cesión del uso pero sin especificar su alcance o contenido concreto (DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1993, 1606). Sobre el carácter temporal del contrato de comodato, cfr. VIVAS TESÓN, 2002, 37-41 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUEIRO, 1997, 134-143.

¹¹⁴ Cfr. SAP de Asturias (Sección 1.ª) 2 de septiembre de 1999.

¹¹⁵ Cfr. SAP de Madrid (Sección 13.ª) 14 de marzo de 2000 (AC 2000, 1804).

A este respecto considera la SAP de Barcelona (Sección 13.ª) de 8 de marzo de 2007 que «no puede considerarse que la cesión de una vivienda para residencia o estancia del pariente puede ser considerado un uso concreto y determinado, dada su evidente indefinición sobre el uso, el destino, o la duración, no pudiendo entenderse que haya un uso pactado por el destino de la vivienda a habitación, por no añadir nada el uso a que se destina la vivienda a la propia naturaleza de la cosa prestada» (FJ 1.º).

¹¹⁶ Es cierto que un sector de la doctrina considera que el uso específico y determinado no lo constituye la habitación de la familia, sino que el uso se confiere única y exclusivamente al hijo o pariente de los propietarios *intuitu personae* e indirectamente a la familia de este (MARÍN LÓPEZ, 2009, BIB 2009\469, 4-5; AGUILAR RUIZ, 2010, BIB 2010\14, 13; MARTÍN RETORTILLO, 1953, 845; y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 1997, 140).

En este caso podría estar justificado que la crisis matrimonial con el consecuente desalojo de la vivienda por el hijo o pariente extinguiere el uso específico y determinado para el que se constituyó el contrato de comodato y, en consecuencia, la situación

del cónyuge poseedor deviniera en precario. No obstante, aunque es cierto que en este caso la crisis matrimonial o, más bien, el desalojo de la vivienda por el hijo o allegado de los propietarios resulta esencial, el uso de la vivienda cedida a este para constituir el domicilio conyugal sigue siendo un uso genérico, propio e inherente a la cosa cedida, no pudiendo considerarlo como un uso específico y determinado.

¹¹⁷ Comparte esta opinión CUADRADO PÉREZ, al afirmar que si se admitiera el 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 (...) considerar que nos encontramos frente a un comodato resultaría contraproducente para los beneficiarios de este tipo de cesiones, pues, dadas las perjudiciales consecuencias que tal concepción irroga a los propietarios, nadie facilitaría una vivienda propia para que un familiar estableciera en ella gratuitamente su hogar. Así pues, una actitud excesivamente tuitiva hacia los intereses de los cesionarios redundaría finalmente en su propio perjuicio» (CUADRADO PÉREZ, 2012, 3170-3171).

¹¹⁸ De conformidad con ello, la SAP de Las Palmas (Sección 3.ª) de 9 de junio de 2004 concluye que «el uso pactado que fue la utilización como vivienda suya y de su familia, no es el uso al que se refieren los artículos 1749 y 1750 del Código civil, sino a un uso concreto y específico, y teleológicamente de duración temporal determinada, pues una interpretación laxa de los preceptos, que entendiera que el uso de la vivienda es simplemente vivir en ella, convertiría el contrato en la mayoría de los casos en vitalicio, quedando a la conveniencia del comodatario el terminar el uso *dejando de vivir* en la casa, y sin posibilidad para el comodante de alegar hasta ese instante que el uso ha concluido» (FJ 1.º).

¹¹⁹ Esta conclusión se reitera por la STS de 11 de junio de 2012 que tras citar la doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre comodato y precario en situaciones de crisis matrimonial afirma que «no existe ningún indicio que permita considerar que las partes estén vinculadas por contrato alguno, y más en concreto un contrato de comodato». De acuerdo con la sentencia de apelación el inmueble se cedió de modo gratuito por los propietarios a su hija para su uso genérico de servir como vivienda, por lo que los cónyuges no ostentan título alguno que ampare su ocupación, más allá de la cesión meramente tolerada de sus propietarios y, en consecuencia, la posesión por aquellos lo es en calidad de precaristas.

¹²⁰ COSTAS RODAL explica acertadamente que «prestar un libro para leer, un coche para conducir, o una vivienda para habitar en ella no supone el establecimiento de un uso determinado que haga aplicable el régimen de extinción del artículo 1749 del Código civil, sino que se trata del préstamo de una cosa para su disfrute normal. En cambio, sí se establece un uso determinado cuando se presta un libro para preparar un examen, un coche para una exposición, o una vivienda para pasar unas vacaciones» (COSTAS RODAL, 2010, 4). Asimismo, cfr. MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 535; y SALAZAR BORT, 2001, 179.

¹²¹ Ello se recoge expresamente en la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 22 de febrero de 2007: «al tratarse el comodato de una relación de naturaleza esencialmente gratuita, las dudas que se presenten acerca de su alcance han de ser objeto de interpretación restrictiva y resultar siempre a favor de la menor transmisión de derechos o intereses, como se desprende con carácter general de lo dispuesto en el artículo 1289 del Código civil. En apoyo de esa fundamentación, debe indicarse que, siendo la parte demandada en precario quien ha de acreditar de forma fehaciente el hecho de la existencia de la relación jurídica alegada, que, en su caso, excluiría la condición de precarista, en la presente litis, la parte demandada no ha probado de manera clara y fehaciente tal existencia, ni, por tanto, pacto alguno sobre su duración o uso (art. 1750 CC) sino que, además, tampoco resulta acreditado el pacto de un uso determinado (distinto al genérico) en los términos legalmente exigibles. Por ello, no puede estimarse que hayan quedado acreditados los

elementos del comodato por tiempo indefinido, por lo que debe estimarse que la situación de la parte apelada ha sido la de precarista y en base a dicho título ha venido ocupando el inmueble» (FJ 5.º).

¹²² Asimismo, cfr. SALAZART BORT, 2001, 184-187.

¹²³ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ CHACÓN sostiene que el órgano jurisdiccional puede no solo «hacer atribución del uso de la vivienda en el caso de que alguno de los cónyuges acredite que uno de los dos litigantes es el titular de algún concreto derecho sobre la misma (...) puede hacerlo aunque le conste que ningún título real u obligacional respalda la estancia previa de la familia en el inmueble; bastará para que el pronunciamiento sea posible con que *de facto* esté allí ubicada la vivienda familiar (...) otra cosa es que, posteriormente el tercero titular tome las iniciativas jurídicas que estime procedentes y que esas iniciativas puedan concluir con la expulsión de la vivienda de quien, en el proceso matrimonial, fue designado beneficiario del derecho de uso» (RODRÍGUEZ CHACÓN, 1999, 213). Igualmente acepta la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 1993, 4291.

¹²⁴ Para un comentario de la STC referida, cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, 343-360.

¹²⁵ Como señala el artículo 5.2 LOPJ «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica».

¹²⁶ Planteamiento reproducido a su vez en las SSTs, entre otras, 13 de noviembre de 2008 (FJ 2.º) y 14 de noviembre de 2008 (FJ 2.º).

¹²⁷ Cfr. GIL MEMBRADO, 2013, 182.

¹²⁸ La SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) de 28 de mayo de 2010 sostiene a este respecto que: «el derecho de uso y disfrute que se atribuye a uno de los cónyuges en el proceso de separación es un derecho meramente personal que solo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera del proceso matrimonial, y producir efectos contra terceros; de manera que tal atribución en el pleito de separación matrimonial, no constituye, por sí mismo, título que excluya el precario o que de alguna manera impida que se lleve a cabo el desahucio, ya que la naturaleza de esa atribución no es constitutiva, puesto que no crea, ni modifica, ni extingue relación jurídica alguna que cualquiera de los esposos pudiera tener con un tercero; lo único que en el proceso matrimonial se determina es quien de los cónyuges ha de salir del domicilio familiar, manteniéndose el otro cónyuge en él, pero sin que ello pueda alterar la naturaleza o concepto en que los esposos venían ocupando la vivienda, puesto que el pronunciamiento que en este sentido se da en el proceso matrimonial afecta solo al uso de la vivienda, pero no al título del que deriva ese uso».

¹²⁹ A tal efecto la STS plenaria de 18 de enero de 2010 afirma que «la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios».

¹³⁰ A esta misma conclusión llega SALAZAR BORT al afirmar que «lo lógico sería asegurarse, antes de realizar la atribución *del uso* de que es dicho cónyuge deudor el titular del inmueble en cuestión, entendido ello como presupuesto para que la medida cumpla con la que se supone que es su función. Y en el caso de no ser así evitar la atribución que, en tal supuesto implicaría no solo liberar al cónyuge de su responsabilidad, sino al mismo tiempo traspasar dicha responsabilidad a un tercero ajeno al proceso» (SALAZAR BORT, 2001, 221).

¹³¹ Cfr. CABEZUELO ARENAS, 2018, 382-383.

¹³² En efecto, tal y como recoge la STS de 2 de octubre de 2008 «el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se

ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial» (FJ 2.º).

¹³³ En opinión de CHAPARRO MATAMOROS «lo anterior obedece también a que en estos casos no existe un derecho de uso propiamente dicho (no hay título), con lo cual, lógicamente, no puede tener acceso al Registro de la Propiedad» (CHAPARRO MATAMOROS, 2019, 15).

¹³⁴ Con anterioridad, la RDGRN de 28 de noviembre de 2002 declaró que «se pretende la inscripción del derecho de uso acordado en sentencia firme de separación conyugal, a favor de la esposa sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del esposo demandado, sino de un tercero que no intervine en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. arts. 1 y 40 LH), de legitimación (cfr. art. 33 LH), y tracto sucesivo (cfr. art. 20 LH), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte» (FJ 1.º). En este sentido, cfr. RRDGRN de 17 de diciembre de 2002; y 18 de octubre de 2003.

¹³⁵ Cfr. SJPI núm. 2 de Valladolid, 10 de noviembre de 2004.

¹³⁶ Cfr. SAP de Valladolid (Sección 3.ª) 31 de marzo de 2005.

¹³⁷ En particular, el Tribunal Supremo precisa que «la copropietaria tiene derecho a usar la vivienda y puede ceder su derecho para una finalidad concreta, de modo que cuando dicha finalidad desaparece, como ocurre en el caso de crisis matrimonial, podrá recuperar la posesión para la comunidad. La posesión tolerada inicial se refería a la totalidad del inmueble ocupado como vivienda y aunque el artículo 445 del Código civil admite la coposesión en los supuestos de indivisión, no es este el caso que se plantea, porque no se producía una coposesión al no ostentarla la demandante por haberla cedido a su hermano. Del artículo 445 del Código civil no debe deducirse que siempre que exista condominio, se produce una coposesión, sino que se trata de una excepción que justifica la posesión plural sobre una misma cosa. El de la copropiedad es el único supuesto permitido en el Código para el caso en que dos o más personas ostenten la posesión conjunta sobre una misma cosa, pero ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor».

¹³⁸ En este sentido, para MARTÍN MELÉNDEZ «llama la atención que, a pesar de reconocer la sentencia comentada que el supuesto que resuelve ofrece una característica especial, puesto que uno de los cónyuges, el marido, era copropietario de la vivienda antes de haber contraído matrimonio y considerar más adelante que estamos ante un caso más complejo de los que inicialmente llegaban a los Tribunales, sin embargo, aplica la doctrina citada, dictada para los supuestos en los que la vivienda pertenece por entero a un tercero, sin prestar atención alguna a la especialidad del caso —es decir, la vivienda es copropiedad del marido y su hermana— ni adaptarla o matizarla en absoluto en consideración a la misma» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 348).

¹³⁹ Al igual que en el caso expuesto en el epígrafe anterior, la DGRN tampoco admite la inscripción del derecho de uso en el Registro cuando la vivienda corresponde en copropiedad al cónyuge y a un tercero. Así la RDGRN de 21 de enero de 2008 desestima el recurso presentado contra la negativa del registrador de inscribir el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la esposa «por hallarse actualmente inscrita la mitad de la finca que anteriormente pertenecía al marido a favor de otra persona que no ha tenido intervención en el procedimiento».

¹⁴⁰ Voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y D. Antonio SALAS CARCELLER a la STS de 18 de enero de 2010.

¹⁴¹ Cfr. MARÍN VALVERDE, 2010, 292; y BERROCAL LANZAROT, 2012, 3506.

¹⁴² La vivienda pertenecía a la madre en un 50% en pleno dominio (en pago de su cuota ganancial originaria) y en un 16,66% en usufructo vitalicio; y a cada uno de sus hijos en un el 16,66% en pleno dominio y en un 8,33% en nuda propiedad. La Sentencia referida confirma la sentencia de primera instancia, a cuyo tenor «consta debidamente acreditada la titularidad de la vivienda reclamada [...], así como la ausencia de título contractual válido entre la actora y la demandada, y por tanto resulta evidente que nos encontramos ante el supuesto de una tercera propietaria, la actora, que cedió en su momento la vivienda de la que era cotitular, a su hijo, por razón de su matrimonio con la demandada, para que estableciera en él su domicilio conyugal. Una vez rota la relación matrimonial y posteriormente disuelto el vínculo, se atribuyó por sentencia, que a su vez aprobaba el convenio regulador, el uso de la vivienda que fue conyugal a la demandada, en cuanto titular de la guarda y custodia del hijo común menor de edad [...]. Sin embargo, el conflicto planteado, como recuerda la sentencia transcrita [la referida STS de 18 de enero de 2010], debe ser resuelto desde la perspectiva del derecho de propiedad, y no del derecho de familia, dado que la actora, en este caso, tercera propietaria de la vivienda, no puede verse afectada por las medidas derivadas de los respectivos procesos matrimoniales entre su hijo y la demandada, porque no fue parte en ellos, por lo que debe concluirse que, de conformidad con la jurisprudencia aplicable al caso, *la madre del marido*, en cuanto copropietaria de la vivienda ilegítimamente ocupada por los codemandados, se encuentra perfectamente legitimada para ejercitar la acción de desahucio por precario».

¹⁴³ Esa es precisamente la solución propugnada por GARCÍA MAYO y MARTÍN MELÉNDEZ. Caso de que el juez permita el uso exclusivo de la vivienda al cónyuge copropietario, la atribución del uso y disfrute adoptada en un procedimiento de crisis matrimonial tendrá plena eficacia, permitiendo al excónyuge (y, en su caso, a los hijos comunes) continuar disfrutando del inmueble. En caso contrario, si el uso se atribuye a quien pretende el desalojo deberá estimarse la demanda de desahucio por precario (cfr. GARCÍA MAYO, 2019, 226). Asimismo, como señala MARTÍN MELÉNDEZ, esta solución «realmente, es lo que entiende el voto particular cuando dice que *no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer entre sí los hermanos copropietarios*, con lo que, obviamente, estamos de acuerdo» (MARTÍN MELÉNDEZ, 2011, 364).

¹⁴⁴ Cfr. SIMÓN MORENO, 2015, 182.

¹⁴⁵ Así parece entenderlo MARÍN VELARDE, al concluir que «la copropietaria en su condición de tercera con título previo a la sentencia matrimonial está legitimada para instar acciones tendentes a recuperar su derecho a poseer la vivienda, en tanto que cotitular del derecho de propiedad» (MARÍN VALVERDE, 2010, 293).

¹⁴⁶ La STS 28 marzo 2003 recoge la doctrina sentada por la STS de 5 de junio de 1989, conforme a la cual «la acción *communi dividundo* derivada del artículo 400 del Código civil, representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza, que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años... Consecuencia de lo anterior es que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto, cuyo resultado se impone por vía de imperio...».

¹⁴⁷ Para el ejercicio de la acción de división de la cosa común algunos autores exigen el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial por la errónea interpretación del artículo 96.IV del Código civil. No obstante, excluyen este requisito cuando la vivienda pertenece en copropiedad a uno o ambos cónyuges y a un tercero. A tal efecto, GARCÍA-MAURÍÑO y DEL CARPIO FIESTAS entienden que cuando la titularidad de la vivienda pertenece al cónyuge no titular del derecho de uso y a un tercero al cónyuge «solo le cabrá la acción a que se refiere el artículo 403 del Código civil, es decir, la impugnación de la división hecha sin su concurso y en fraude de su

derecho, pero solo si efectivamente no se le notificó la interposición de la demanda» (GARCÍA-MAURIÑO y DEL CARPIO FIESTAS, 1994, 89).

En términos parecidos, la SAP de Córdoba 16 octubre 1992 en un caso en el que la vivienda familiar pertenecía proindiviso no solo a los cónyuges, sino también a un hermano del marido que fue quién ejercitó la acción de división de la cosa común, después de exigir el requisito del consentimiento o de la autorización judicial en caso de copropiedad entre los cónyuges, destaca: «cuando la causa que inspiraba su liberalidad desaparece, a saber, el no uso de la vivienda por su hermano, el actor pretende que cese tal comunidad, sin que ello suponga fraude de ley o abuso de derecho sino legítimo ejercicio de este, aunque reconozcamos que ello sea doloroso para la recurrente. Piénsese que sería como si el actor comunero hubiese permitido hasta ahora el uso en precario de su cuota en el bien. En caso de precario el cónyuge al que se atribuye el uso continúa en la vivienda, pero sin mayor apoyo que aquel precario. En consecuencia, el cónyuge usuario está expuesto a que en cualquier momento cese el precario —en este caso la comunidad—».

¹⁴⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, 2012, 3505; CUENA CASAS, 2012, 361; ELO-
RRIAGA DE BONIS, 1995, 509; y GARCÍA-MAURIÑO y DEL CARPIO FIESTAS,
1994, 84-86.

*(Trabajo recibido el 29 de junio de 2021 y aceptado
para su publicación el 4 de octubre de 2021)*