

# ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE USO DEL DOMICILIO CONYUGAL AL CÓNYUGE NO TITULAR. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 ABRIL DE 1997

Angeles Pérez Vega

## HECHOS

Don José Miguel A. formuló demanda, en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra su esposa doña M<sup>a</sup> Francisca E.A., sobre la determinación de los bienes o porcentajes de los mismos que son privativos de cada cónyuge y de la sociedad de gananciales existente hasta la disolución de la misma, así como si existen o no cargas o deudas que pesen sobre aquélla, todo ello como premisa previa e indispensable para la posterior liquidación y adjudicación a cada cónyuge de los bienes y derechos correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia núm.2 de Eibar estimó parcialmente la demanda interpuesta.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial de San Sebastián, Secc.10, dictó sentencia de 18-3-1993 confirmándola íntegramente.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña M<sup>a</sup> Francisca E.A.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente tema se centra en una cuestión muy simple jurídicamente y muy complicada fácticamente. La cuestión jurídica se refiere a la disolución y liquidación de la comunidad de gananciales. Se produce la disolución "*ipso iure*" de la comunidad cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, tal como dispone el art.1392.3 CC de acuerdo con lo que prevé, con carácter general, el primer párrafo del art.95. La disolución de la comunidad de gananciales implica la división de las ganancias entre ambos cónyuges, es decir, la liquidación, tal como expresa el art.1396, cuya liquidación sigue unos pasos que regulan con detalle los artículos siguientes, aunque éstos contemplan el caso de concordia entre las partes, pero no el de enfrentamiento personal y jurídico. Este último es el presente caso, que se ha llevado al proceso declarativo la determinación de la ganancialidad, activo y pasivo, el pago de éste y la distribución final resultante, concretado a unos bienes concretos. Hay que destacar que ambas partes están conformes, como no podía ser menos, en la disolución de la comunidad de gananciales producida por la sentencia de separación matrimonial y en

la necesaria liquidación de la misma, ya que ambos extremos los impone el CC. Toda la polémica se reduce al tema fáctico de qué bienes son gananciales o privativos y en qué proporción; cuáles son las cargas y la adjudicación a cada uno de los cónyuges.

SEGUNDO.- Los motivos de casación los formula la parte recurrente al amparo de lo dispuesto en los números 31 y 41 del art.1692 LECiv genéricamente, sin distinguir, aunque ciertamente, al examinar los mismos, es claro que se fundan en el núm.4º.

En primer lugar, se analiza el motivo 2º que se refiere a los hechos: se alega la infracción de los arts.1231 y ss. CC y 580 LECiv relativos a la prueba y efectos de la confesión en juicio. Sin embargo, al desarrollar este motivo, hace abstracción de dos extremos, que lo hacen inadmisibile. En primer lugar, como dice la STS de 30-1-97 (RJ 151) «La confesión en juicio no tiene un valor probatorio superior a los demás medios de prueba y que se valorará en relación con los mismos. En relación al caso presente, la sentencia de instancia ha valorado exhaustivamente y con todo detalle la prueba practicada y ha llegado a unas conclusiones fácticas que no son ni pueden ser combatidas en casación». En segundo lugar, a través del mismo se pretende la revisión o reconsideración de los hechos de los que parte la sentencia de instancia. Lo cual está vedado en casación, so pena de convertirla en una tercera instancia.

En la redacción de este motivo, se añade al final la alegación de incongruencia y vulneración del art.359 LECiv, lo que no tiene sentido ya que se mezcla con el tema de confesión en juicio, con el de confesión extrajudicial del art.1354 CC y con las normas de los arts.1358 y 1359 CC sin razonamiento alguno que permita su admisión y con una mezcolanza de conceptos y de normas que ni han sido alegados anteriormente ni han sido utilizados en las sentencias de instancia.

TERCERO.- El primero de los motivos de casación alega la vulneración de los arts.91 y 96 CC en relación con el 2 LH y el 7 de su Reglamento. El art.96 CC prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuye a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso, se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa.

La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el art.96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el art.91, no es un derecho de usufructo como pretende la recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros (STS 11-12-92 (RJ 10136) sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «*derecho real familiar*» dice la STS 19-11-94 (RJ 7722); «*no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real*», dice la sentencia de 29-4-94 (RJ 2945). En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: STS 22-12-92 (RJ 10684), 14-7-94 (RJ 6439) y 16-12-95 (RJ 9144) y, en último término a la familia: «*la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso*», dice la sentencia de 31-12-94 (RJ 10330).

En definitiva, no se duda del derecho de ocupación, provisional y temporal, de la vivienda conyugal que fue atribuida a la esposa y al hijo, aplicando lo dispuesto en los arts.91 y 96 CC por la sentencia de separación conyugal. Y la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, atribuye a la esposa, recurrente en casación, la plena propiedad de la misma. Coincide en ella, la titularidad de la propiedad, por adjudicación en liquidación de gananciales y aquella atribución del derecho de ocupación, por la separación conyugal.

No aparece infracción de norma alguna en las sentencias de instancia en tal atribución ni en la ausencia de su valoración en este momento de liquidación de comunidad ganancial, pues no es una carga (a favor de la esposa recurrente) que infravalore la propiedad (que es de la esposa recurrente). El motivo, pues, debe ser desestimado.

CUARTO.- El tercero de los motivos de casación considera infringidos los arts.1339 y 1335 CC. En la sentencia de 1º Instancia, confirmada en apelación, se declara probado que el esposo, recurrido en casación, aportó una cantidad de dinero en la compra de la casa, «al haber recibido el señor A.A. para sí de su madre la citada cantidad de título gratuito».

Este motivo del recurso pretende que tal cantidad era ganancial pues la madre la había donado conjuntamente a los esposos. Pero en la sentencia se dice precisamente, como hecho acreditado, lo contrario, por lo que la consecuencia jurídica es que fue una donación de la madre al hijo, por tanto, bien privativo y así lo han considerado las sentencias de instancia. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

## COMENTARIO

A partir de la reforma al Código Civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la sentencia que declara la separación conyugal conlleva "*ipso iure*", de pleno derecho, la disolución de la sociedad de gananciales y además, sin que en ella deba hacerse mención de tal efecto, tal como dispone el art.1392 nº13, en relación con lo previsto en el art.95 párrafo 1º ambos del CC, "*La sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial*", lógicamente dada la ubicación de este precepto en el capítulo IX "*De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*", la sentencia a la que se refiere dicho precepto es la que declara la nulidad, la separación o el divorcio de los cónyuges.

Disuelta la sociedad de gananciales, que subsiste durante la tramitación de todo el procedimiento de separación hasta que la sentencia dictada sea firme, cualquier titular del disuelto patrimonio ganancial está facultado para pedir su liquidación (cfr.art.1396, primera parte). Para proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales habrá que atenerse a la normativa que se rige al respecto, contemplada en los arts.1344, 1404, 1406 y 1410 en relación con los arts.1061 y ss. del CC. Así, y según lo dispuesto en el art.1344 se deberán atribuir los bienes gananciales por mitad al marido y a la mujer al disolverse la misma; el 1404 prescribe que "*el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad, entre los cónyuges o entre los respectivos herederos*"; en el 1406, se establece el elenco de bienes que con preferencia habrán de adjudicarse en el haber de uno o de otro de los esposos; en el 1410 precepto nuclear en esta materia, sanciona que en todo lo no previsto en esta normativa específica, y en singular para estas adjudicaciones, "*se estará a lo establecido para la partición y liquidación de la herencia*", por lo cual se remite a lo dispuesto en los arts.1051 y ss. en los que sobresale, por un lado, el art.1061, al decir: "*En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes a fin de adjudicar a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, realidad o especie*", y otro, el art.1062 cuyo párrafo 1º establece que: "*Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero*".

Todas estas complejas operaciones reguladas en el Código Civil están pensadas para el supuesto de que exista consenso entre los cónyuges para llevarlas a efecto y determinar, para después distribuir entre ellos, el haber ganancial resultante, a partes iguales.

Pero, en el supuesto de que exista discrepancia entre los esposos a la hora de determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes que forman el patrimonio familiar, el activo y pasivo, el pago de éste y la distribución concreta de los mismos, deberán acudir al juicio declarativo correspondiente con el objeto de dilucidar esta problemática<sup>1</sup>.

El caso concreto que nos plantea en esta sentencia está centrado en un bien inmueble que, suele ser, en ocasiones, fuente frecuente de litigios, nos referimos a la vivienda que sirvió de domicilio conyugal, cuyo uso se le atribuyó a la esposa y al hijo común del matrimonio, en la sentencia dictada en el procedimiento de separación matrimonial al amparo de lo dispuesto en los arts.91 y 96 del CC, y que posteriormente, practicada la liquidación de la sociedad de gananciales, se le adjudicó la plena propiedad de la misma a la esposa.

En relación con la vivienda familiar, a la que se refieren los arts.97, 90.B), 91, 96 y 103.2 del CC según la redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de Julio que modificó el Título IV del Libro I del Código Civil, en materia de matrimonio, lo primero que debemos de tener en cuenta es la protección que el ordenamiento jurídico-civil le brinda tanto en una situación normal del matrimonio, (cfr.art.1320 nº11 CC) como en los estados de crisis matrimonial.

La vivienda familiar o domicilio conyugal, esto es, el espacio que constituyó la morada de los cónyuges durante la vida en común, por la protección integral que a los hijos dispensa el art.39.2 de la CE; y los acuerdos internacionales que velan por la materia, se configura como un patrimonio preferente al servicio de la familia como colectividad<sup>2</sup>.

Por ello, cuando la familia se enfrenta con una crisis conyugal, normalmente forzadora de la eliminación del hogar familiar, el CC establece la protección de los arts.91 y 96, esto es, en estos preceptos se contienen las normas para la atribución de la vivienda familiar atendiendo al interés más digno de protección, y así se autoriza a las partes u obliga al juez, a falta de acuerdo, a determinar cuál de los cónyuges disociados continuará en el "uso" de la vivienda familiar, haciendo abstracción de la persona que fuera titular de la misma<sup>3</sup>.

Es decir, el uso de la vivienda familiar es independiente de la titularidad de los derechos subjetivos que respecto de ella (v.gr.propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) se pueda ostentar.

Sin embargo, el principal problema que se plantea, advertido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se concreta en la calificación que merece y el régimen

---

<sup>1</sup> BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993.

MARTÍN MELÉNDEZ, M<sup>a</sup> T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Edto. MacGraw-Hill, Madrid, 1995.

GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C.: VÉLEZ BUENO, J.: *Disolución de la sociedad conyugal*. Edto.Reus, Madrid, 1985.

<sup>2</sup> LETE DEL RIO, J.M.: *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, Coordinados por José Luis LACRUZ BERDEJO. Edto.Civitas, Madrid, 1994.

En parecidos términos, STS 31-12-94 (RJ 10330) y SAP Valencia 16-1-92 (RJ 36) y 29-3-96 (RJ 470).

<sup>3</sup> GARCÍA CANTERO, G.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t.II.Edto.R.D.P., Editoriales de Derecho Reunidas. «Esta norma, art.96, se conecta con la protección de la vivienda familiar, ahora incluida entre lo que se ha denominado régimen matrimonial primario, lo que, de alguna manera, le dota de eficacia imperativa imponiéndose al juego de la autonomía de la voluntad de las partes».

jurídico que debe atribuírse a ese “uso” de la vivienda familiar por el cónyuge no titular de la misma.

Puesto que, en el momento de decretarse la separación, la nulidad o el divorcio del matrimonio, la titularidad de la vivienda puede hallarse en regímenes distintos: propiedad, arrendamiento etc.; cuando se atribuye, por convenio o, en defecto de éste, por decisión judicial, a quien es su titular formal, esto es, su propietario o arrendatario, no se plantean mayores problemas ya que, el derecho de uso exclusivo coincide con la titularidad a través de la cual el bien se detenta.

El problema surge cuando se disocia la titularidad del uso exclusivo, esto es, cuando la vivienda es privativa del cónyuge no atributivo y es, en este caso, cuando debe determinarse en virtud de qué derecho continúa el cónyuge no titular poseyendo la vivienda, o lo que es lo mismo, cuál es la calificación jurídica que merece y el régimen jurídico que hay que atribuirle al derecho de uso de la vivienda por el cónyuge atributivo no titular.

A la hora de abordar esta cuestión, tanto la doctrina como la jurisprudencia no se muestran pacíficas, ofreciéndonos, al respecto, variadas y encontradas soluciones.

Con carácter general, se vienen distinguiendo los supuestos en los que el cónyuge titular tiene sobre la vivienda un derecho real, de cuando ostenta un derecho de naturaleza personal y se discute si el derecho que debe atribuírse al cónyuge poseedor cuenta con naturaleza real o personal.

Para GARCÍA CANTERO, «Si la vivienda es propiedad del otro cónyuge, el Juez podrá decretar un especialísimo contrato de arrendamiento no sujeto al régimen especial arrendaticio, o constituir un derecho real de habitación o, crear un derecho de uso gratuito con minuciosa reglamentación de su duración y régimen jurídico.

Por el contrario, si la vivienda está arrendada, el establecimiento de este derecho atípico de uso sobre la vivienda arrendada no debe incidir, ni en favor ni en contra, en la suerte de la relación arrendaticia previamente establecida en favor de uno de los cónyuges,(...) no hay cesión ni subrogación de la vivienda en favor del cónyuge e hijos beneficiarios, sino una mera continuidad de la relación contractual en relación con el otro cónyuge, quien seguirá obligado a pagar la renta y demás prestaciones arrendaticias»<sup>4</sup>.

Por su parte, ROCA TRIAS sostiene que, «Cuanto por acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador o por disposición judicial se atribuye a uno de los cónyuges el uso de la vivienda familiar, excluyendo al otro, ello no significa la creación de un derecho nuevo real o de crédito en favor del cónyuge no titular, sino que se elimina la situación de posesión compartida, para pasar a una situación de posesión exclusiva»<sup>5</sup>.

En opinión de O'CALLAGHAN, ponente en esta sentencia, hay que distinguir el supuesto en el que el cónyuge no atributivo ostenta sobre la vivienda familiar un derecho real (propiedad, copropiedad, usufructo o habitación), de los casos en los que su titularidad sea meramente personal.

«En el primer supuesto, el cónyuge no titular de este derecho real pero al que se le ha constituido el derecho de ocupación, tiene un poder inmediato y absoluto sobre la cosa, la vivienda, como un señorío sobre la misma que es parcial, pues sólo le concede la facultad de aprovechamiento de la misma. Reúne así, todos los caracteres de derecho real. Tiene, en conclusión, la naturaleza jurídica de derecho real limitado atípico, cuya

<sup>4</sup> GARCÍA CANTERO, G.: op.cit. págs.409,411 y 412.

<sup>5</sup> ROCA TRIAS, E.: *Comentarios del Código Civil*, t.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs.400 y ss.

constitución es siempre judicial, no cabe otra constitución del derecho de ocupación de la vivienda familiar, cualquier acuerdo “*inter partes*”, daría lugar a un arrendamiento, precario, usufructo, etc., pero no a este específico derecho de ocupación<sup>6</sup>.

«En cambio, si el derecho que tienen los cónyuges o uno solo de ellos sobre la vivienda es un derecho personal, estamos en el segundo de los supuestos enunciados, esencialmente el de arrendamiento, cuando se concede al cónyuge no titular la ocupación, lo que ocurrirá en este ejemplo, es que el cónyuge no titular que continúa en la ocupación no siendo titular del derecho de arrendamiento, pasa a serlo: se producirá una transmisión “*inter vivos*” de la titularidad; el cónyuge ocupante no arrendatario, pasará a ser arrendatario por cesión “*inter vivos*”, impuesta judicialmente y notificada al arrendador»<sup>7</sup>.

En definitiva, para este autor, el derecho de ocupación de la vivienda familiar, por parte del cónyuge no titular de los derechos sobre ella, es de naturaleza jurídica cambiante y está condicionado por el tipo de derecho que tenga el cónyuge al que se le priva, judicialmente, de seguir ocupándola<sup>8</sup>.

Tampoco han faltado autores que negando la propia realidad del derecho de ocupación, nos hablan de “*facultad*”, en este sentido SERRANO ALONSO, mantiene que: «La atribución de la vivienda al cónyuge no titular de la misma, no altera para nada la situación jurídica del titular, sino que simplemente le priva de la facultad de su utilización, que es precisamente lo que se atribuye al otro cónyuge; éste adquiere no un derecho sobre la vivienda, sino simplemente la facultad de ocuparla durante el tiempo y en las condiciones que o por convenio con el otro cónyuge o por resolución judicial se le hubiesen establecido»<sup>9</sup>.

A la vista de lo expuesto piensa LACRUZ BERDEJO que este derecho se “*resiste a una conceptualización clara*”, a una inclusión en las categorías habituales de derechos sobre las cosas o a las cosas, habrá que acudir al recurso del “*sui generis*”, quizás, por su naturaleza familiar que hace más nebulosa cualquier ulterior posición<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> En parecidos términos, vid., FOSAR BENLLOCH, E.: *Estudios de Derecho Familia*, t.II, vol. 1º, La separación y el divorcio en el Derecho Español vigente. Edto. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 340, «El derecho de ocupación del cónyuge no titular del inmueble tiene consistencia y caracteres de un derecho real -arts. 2 LH y 7 RH- recae directa e inmediatamente sobre el inmueble, y debe ser protegido frente a todos: son los caracteres típicos del derecho real, que al recaer sobre la vivienda, inmueble por excelencia, permiten su inscripción en el Registro de la Propiedad, (...) produciéndose una modificación sustancial del derecho de propiedad del cónyuge titular gravado con el derecho de ocupación».

<sup>7</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, A.C. nº19, 1986, págs. 133 y ss.

<sup>8</sup> Doctrina seguida, entre otras, por la SAP Cádiz 11-12-93, (AC 2539) «La caracterización del derecho de ocupación por atribución judicial dependerá de la titularidad jurídica que el cónyuge privado del uso ostente sobre la vivienda. Así, el derecho de ocupación ostentará distinta naturaleza según la vivienda familiar esté sujeta a una titularidad real u obligacional y según el titular sea un consorte, ambos cónyuges o un tercero».

Mientras otros autores como ELORRIAGA DE BONIS, F., se inclinan por considerarlo como un derecho atípico, que presenta características de derecho real y otras de derecho personal, (...) «parece difícil que a este derecho le sea aplicable un conjunto normativo de forma unitaria y sin excepciones, debiendo ser las soluciones más puntuales que genéricas», *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*. Edto. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 516.

<sup>9</sup> SERRANO ALONSO, E.: *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, A.A.V.V., Hogar y el ajuar familiar. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, págs. 85 y ss.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *El hogar y el ajuar...*, op.cit., Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares. A modo de Prólogo, págs. 25 y ss.

Desde nuestro punto de vista, disentimos de aquellas opiniones, científicas y jurisprudenciales, que le otorgan naturaleza real a este derecho de ocupación concedido al cónyuge o ex cónyuge no titular del mismo<sup>11</sup>, no creemos ni que se trate de un derecho real innominado, ni tampoco de un derecho similar al derecho real de usufructo o al de habitación<sup>12</sup>.

En este sentido, es constante la doctrina del Tribunal Supremo al señalar que: «El derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerado naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenecer a ninguno de los cónyuges», (STS 29-4-94,31-12-94 (RJ 1084,10330), «La decisión judicial que aprobó el convenio por el que se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa y descendencia, aunque oponible “*erga omnes*”, no es generadora de ningún derecho real», (STS 31-12-94, RJ 10330)<sup>13</sup>.

A mayor abundamiento y en relación con el derecho de usufructo, nos encontramos con que este derecho real recae, siempre, sobre cosas ajenas, ostentado la propiedad de las mismas otra persona distinta del usufructuario, llamada nudo propietario, (cfr.art.467 CC).

Lo mismo acontece con el derecho de habitación (cfr.art.524 CC), el habitacionista tiene derecho a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para él y para las personas de su familia, esto es, el derecho de habitación está restringido y condicionado por las necesidades del habitacionista y de su familia.

Sin embargo, en el supuesto de atribución del uso de la vivienda familiar, ocurre, con frecuencia, que esta vivienda pertenece en copropiedad a ambos cónyuges, con lo que el cónyuge atributivo vendría disfrutando de un bien que, en parte, también es suyo, y además, sirviéndose de todas y cada una de las piezas que componen la vivienda, tenga o no necesidad de ello.

Por otra parte, el usufructo es un derecho susceptible de enajenación, a título gratuito u oneroso, conforme a lo previsto en el art.480 CC e incluso, hipotecable según dispone el nº11 del art.107 de la LH; no ocurre lo mismo con el derecho de uso del art.96 CC que es intransmisible tanto por actos “*inter vivos*” como “*mortis causa*”.

Asimismo, tanto el derecho de usufructo como el de habitación son derechos naturalmente vitalicios (arts.513 nº11 y 528 CC), por el contrario, el derecho de uso de la vivienda es, esencialmente, temporal y tiene que serlo puesto que, atribuyéndole el

---

<sup>11</sup> En este sentido, vid.STS 18-10-94 (RJ 7722), « No parece dudoso que el uso atribuido judicialmente a la vivienda deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art.96 párrafo último»; SAP Barcelona 21-3-92, (AC 522), «Nada hay que se oponga a la virtualidad de un derecho real innominado en un uso excluyente y determinado por su referencia a un concreto inmueble (vivienda conyugal), ya que, la naturaleza real de un derecho depende de la propia voluntad de los particulares, máxime cuando tienen la posibilidad de configurar el uso de la familia como un verdadero derecho real con base en los arts.523 y ss. del CC»; AP Granada 12-3-94, (AC 467); SAP Barcelona 12-5-93 (AC 1181) «Hoy en día, teniendo en cuenta las leyes vigentes (art.1320 y 96 CC, art.94.1 RH. y disp. adic.9ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, no parece dudoso que dicho uso deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propiedad, cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa, y en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares».

<sup>12</sup> LUNA SERRANO lo califica como “derecho de habitación temporal no vitalicio”. *El nuevo régimen de la familia*, t.I, Matrimonio y divorcio, Madrid, 1982, pág.358.

<sup>13</sup> Siguen la misma doctrina contraria a la calificación del derecho de uso como derecho real, entre otras muchas, SA Territorial de Barcelona 3-4-89; SAP Oviedo 14-10-92 (RJ 1503), 10-7-95, (RJ 1488); SAP Granada 12-3-94 (RJ 467), AP de Palma de Mallorca 1-12-88 (RGD.1990/746).

uso indefinido o de por vida de la vivienda familiar copropiedad de ambos cónyuges a uno de ellos, a la vez que se eliminaría, prácticamente, el derecho de copropiedad del cónyuge no beneficiario; las operaciones liquidatorias de la sociedad legal de gananciales, o patrimonio común, se verían abocadas a una mera declaración formal, sin contenido económico tangible, con grave e injustificada lesión para el copropietario no usuario del inmueble, que de esta forma vería, indefinidamente, vulnerados los derechos consagrados a su favor en los arts.348 y ss. del CC»<sup>14</sup>.

Si bien es cierto, que el derecho de uso de la vivienda familiar es un derecho que recae directa e inmediatamente sobre una cosa, y que su titular disfruta de un poder de autosatisfacción sobre la cosa, oponible a terceros, recayendo sobre éstos la obligación de respetarlo, no lo es menos, que se trata de un derecho que se concede a la persona, en calidad de cónyuge o ex cónyuge tenga ésta o no un título real o de crédito sobre la vivienda atribuida<sup>15</sup>. No es por tanto, un derecho inherente al inmueble sobre el que se constituye, no es una carga que lo siga cualquiera que sea su posterior propietario<sup>16</sup>, sino que transcurrido el plazo fijado o modificadas las circunstancias en atención a las cuales este derecho de uso fue concedido, se extingue y la vivienda pasará a su titular libre de cargas o gravámenes. Falta el requisito de la «inherencia» a la cosa que señala el civilista italiano GIORGIANNI<sup>17</sup>, como cualidad indispensable para considerar a una concreta figura jurídica como derecho real.

Sucede en el presente supuesto que, en la sentencia de separación matrimonial, el uso del inmueble que sirvió de domicilio conyugal, se le atribuyó a la esposa y al hijo común del matrimonio posteriormente, en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudicó a la esposa la propiedad del mismo, (aunque en la partición de los bienes consorciales no influye el hecho de que en la sentencia de separación concediera el juez a la mujer junto con el hijo menor del matrimonio el uso de la vivienda familiar pues, se trata de una decisión dictada en un procedimiento insusceptible de revisión en el procedimiento de liquidación).

Para la adquisición del referido inmueble, el esposo aportó una cantidad de dinero que le había sido donada por su madre, resulta así, que la vivienda se adquirió cons-

<sup>14</sup> En este sentido, vid. SAP Navarra 5-5-95 (RJ 1067); SAP Granada 1-3-95 (RJ 456); SAP Gerona 7-10-95 (AC 196), SAP Alicante 12-10-94 (AC 471).

«El derecho de uso exclusivo establecido en el art.96 CC tiene un carácter temporal, dado el carácter asistencial de la norma, y por tanto, cuando desaparecen las razones por las que se atribuyó el uso de la vivienda al no titular, debe devolverse la posesión al verdadero titular. La característica de la temporalidad de este derecho implica la no exclusión del titular y cesada la situación que impedía al titular el uso del local destinado a vivienda familiar, éste podrá ejecutar las acciones oportunas para recuperar la posesión que le corresponde desde que cesa la obligación de soportar la posesión del no titular», ROCA TRIAS, E., op.cit.pág.399

LETE DEL RIO, J.M.: op.cit.pág.1152, «El derecho de uso de la vivienda familiar no es indefinido o para siempre, sino temporal y limitado».

<sup>15</sup> CLEMENTE MEORO, M.: *Derecho de Familia*. Edto.Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág.162, «En todo caso, tal derecho tiene carácter personal, por tanto, es intransmisible tanto “*inter vivos*” como “*mortis causa*”.

En la jurisprudencia, vid.,STS 14-10-92 (AC 1503),«Se trata de un derecho personal de naturaleza alimenticia, condicionado a la no alteración de las circunstancias contempladas en el momento de su establecimiento (art.91 CC)»; SAP Granada 12-3-94 (AC 467),«el derecho que nace de una resolución judicial para el uso y disfrute de la vivienda familiar es un derecho, necesariamente, unido al cónyuge y a los hijos que queden bajo su custodia, por tanto, derechos de marcado carácter personal»,(SAP Oviedo 10-7-95 (RJ 1488); SAP Las Palmas 2-6-95 (RJ 1654); SAP Salamanca 15-12-94 (AC 2304).

<sup>16</sup> CABALLERO GEA, J.A.: *Procesos matrimoniales: causas, hijos, vivienda, pensiones*. Edto.Dykinson, Madrid, 1991, pág.359,« Es erróneo afirmar que el derecho de uso, conferido por el art.96 constituye una carga que grava la finca y que la sigue, cualquiera que sea el titular del derecho de dominio sobre ella, por lo que no obstaculiza su enajenación».

<sup>17</sup> GIORGIANNI, M.: La obligación (la parte general de las obligaciones), traducción al español de Evelio Verdera y Tuells. Edto. Bosch, Barcelona, 1958.

tante matrimonio y para el pago de su precio se empleó dinero de distinta procedencia: ganancial y privativo, se trata pues, de lo que LACRUZ denomina “adquisición mixta”<sup>18</sup>.

Carácter privativo, al tratarse de una cantidad en metálico donada por la madre al hijo y aplicada por éste para la adquisición de la vivienda que sirvió de hogar familiar.

La esposa, aquí recurrente, pretende que se le conceda a dicha vivienda el carácter de bien ganancial, exclusivamente.

Sin embargo, en este punto conviene tener presente que, para que las donaciones efectuadas después de contraer matrimonio los esposos, se consideren gananciales, deben concurrir las siguientes circunstancias: 1ª- Que se haga a ambos cónyuges conjuntamente y sin designación de partes o cuotas, 2ª- Que haya sido aceptada por ambos y 3ª- Que el donante no haya dispuesto lo contrario (art.1353 CC), circunstancias que en este supuesto no concurren<sup>19</sup>.

En este sentido, debemos estar a lo previsto en el art.1354 CC: “*Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán “pro indiviso” a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*”.

En aplicación del principio de subrogación real que, con carácter general, se contiene en el art.1347 nº13 del CC, si la contraprestación es en parte privativa y en parte ganancial, el bien así adquirido será, en parte privativo y en parte ganancial.

Quizás, el legislador debiera haber optado, para evitar inconvenientes de carácter práctico, por considerar el bien obtenido en estas condiciones, totalmente privativo o totalmente ganancial según la mayor cuantía de la procedencia y sin perjuicio de que tuvieran que hacerse los oportunos reembolsos entre los cónyuges.

No obstante, según el precepto transcrito, el bien comprado con dinero ganancial y privativo, va a pertenecer “*pro indiviso*” a la sociedad de gananciales y al cónyuge que tenga participación privativa. Habrá una participación ganancial de la que son titulares ambos cónyuges y una participación privativa respecto del cónyuge que justifica dicha aportación, pues en otro caso se aplicará la presunción de ganancialidad del art.1361 CC<sup>20</sup>.

Para acreditar la privación del bien, se considera prueba suficiente la simple confesión del cónyuge que no realiza la aportación privativa (cfr.arts.1324 del CC y 95 núms.5 y 6 del Rh).

Ahora bien, como viene estableciendo, reiteradamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «La confesión en juicio bajo juramento indecisorio no tiene un valor probatorio superior a los demás medios de prueba (STS 22-3-83 (RJ 1606), 27-4-83 (RJ 2129), 17-2-87 (RJ 712), 30-10-92 (RJ 8354), 6-5-94 (RJ 3886), 30-1-97 RJ 151;), «la confesión es una prueba más y puede ser desvirtuada por otras apreciaciones probatorias, en cuanto que en nuestro ordenamiento procesal rige el sistema de libertad en la valoración de la prueba, salvo que aquélla se hubiera prestado bajo juramento decisio-

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil*, t.IV, Derecho de familia, vol.I.Edto.Bosch, Barcelona, 1990, pág.457.

<sup>19</sup> «No obstante, -advierte DIEZ PICAZO y GULLÓN- y por lo que respecta a la primera condición, debe entenderse que hay ganancialidad cuando hay atribución de cuotas, pero por igual, pues la cuota surge inevitablemente ante el concurso de dos personas en una misma titularidad», DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol.IV, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Edto.Tecnos, Madrid, 1978, pág.168.

<sup>20</sup> PRETEL SERRANO, J.J.: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia t.II, op.cit., pág.665.

rio, con lo que el juzgador se encuentra facultado para optar entre unos u otros elementos probatorios, no siendo el de la confesión superior a los demás», (STS 22-10-96 RJ 7236); «para que la confesión judicial haga prueba contra su autor ha de ser clara, precisa y contundente, es decir, constitutiva y demostrativa de un hecho indiscutible o de una afirmación vinculante y suficiente para destruir la apreciación de la prueba, no sólo en su conjunto, sino de otros medios particulares tenidos en cuenta por el Juez, (STS 31-5-85 (RJ 2834), 23-6-89, RJ 4778) y, «su apreciación es competencia exclusiva del tribunal de instancia, sin que sea lícito en casación combatir el resultado de la apreciación conjunta de las pruebas obrantes en los autos» (STS 10-2-97, RJ 938).

Lo que no es admisible, es que mediante la interposición del recurso extraordinario de casación se pretenda, por la recurrente, variar los hechos previamente enjuiciados en las instancias, esto es, convertir la casación en una tercera instancia, mediante la nueva valoración de la prueba practicada, al objeto de obtener distintas conclusiones.<sup>21</sup>

Porque la casación no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si, dados unos concretos hechos vinculantes, es o no correcta la aplicación jurídica efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia, (STS 1 y 7-2-90 (RJ 646, 668), 6-9-93 (RJ 6637), 19-10-93 (RJ 7741), 5-3, 17-4, 10-5, 10-6, 28-6-1997, (RJ 1650, 5280, 3831, 4738, 5151, entre otras).

---

<sup>21</sup> Vid. en este sentido (STS 1-1, 31-1 y 11-11-1997 (RJ 144, 253 y 7870).