

Colección JURÍDICA GENERAL

Monografías

Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico

MANUEL GARCÍA MAYO

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Prólogo

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil

Presentación

Juan José Pretel Serrano
Decano Territorial
Colegio de Registradores de Andalucía Occidental

Registradores
DE ANDALUCÍA OCCIDENTAL

REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL

TÍTULOS PUBLICADOS

- El incumplimiento no esencial de la obligación**, *Susana Navas Navarro* (2004).
- Derecho nobiliario**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2005).
- La liberalización del ferrocarril en España. Una aproximación a la Ley 39/2003, del Sector Ferroviario**, *José Antonio Magdalena Anda (Coord.)* (2005).
- Derecho agrario**, *Carlos Vattier Fuenzalida e Isabel Espín Alba* (2005).
- Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional**, *Susana Navas Navarro (Directora)* (2006).
- Democracia y derechos humanos en Europa y en América**, *Amaya Úbeda de Torres* (2006).
- Derecho de obligaciones y contratos**, *Carlos Rogel Vide* (2007).
- Comentarios breves a la Ley de arbitraje**, *Ernesto Díaz-Bastien (Coord.)* (2007).
- La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, *Rosario León Jiménez* (2007).
- Estudios de Derecho Civil**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Los créditos contra la masa en el concurso de acreedores**, *Miguel Navarro Castro* (2008).
- De los derechos de la nieve al derecho de la nieve. Tres estudios jurídicos relacionados con la práctica del esquí**, *Ignacio Arroyo Martínez* (2008).
- Deporte y derecho administrativo sancionador**, *Javier Rodríguez Ten* (2008).
- La interpretación del testamento**, *Antoni Vaquer Aloy* (2008).
- Derecho de la persona**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2008).
- Derecho de cosas**, *Carlos Rogel Vide* (2008).
- Historia del Derecho**, *José Sánchez-Arcilla Bernal* (2008).
- Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia**, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2008).
- Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad**, *M.^a Dolores Díaz Palarea y Dulce M.^a Santana Vega (Coords.)* (2008).
- Transexualidad y tutela civil de la persona**, *Isabel Espín Alba* (2008).
- Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa**, *Luis Javier Gutiérrez Jerez* (2009).
- El caballo y el Derecho civil**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2009).
- Los créditos con privilegios generales: supuestos y régimen jurídico**, *Carmen L. García Pérez, Ascensión Leciñena Ibarra y María Luisa Mestre Rodríguez* (2009).
- Personas y derechos de la personalidad**, *Juan José Bonilla Sánchez* (2010).
- Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía**, *Gabriel García Cantero* (2010).
- La posesión de los bienes hereditarios**, *Justo J. Gómez Díez* (2010).
- Derecho de sucesiones**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2010).
- Derecho de la familia**, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2010).
- La reforma del régimen jurídico del deporte profesional**, *Antonio Millán Garrido (Coord.)* (2010).
- Estudios sobre libertad religiosa**, *Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* (2011).
- Derecho matrimonial económico**, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2011).
- Derecho de la Unión Europea**, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (2011).
- Las liberalidades de uso**, *Carlos Rogel Vide* (2011).
- El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo**, *Paloma de Barrón Arniches* (2011).
- La reproducción asistida y su régimen jurídico**, *Francisco Javier Jiménez Muñoz* (2012).
- En torno a la sucesión en los títulos nobiliarios**, *Carlos Rogel Vide y Ernesto Díaz-Bastien* (2012).

La ocupación explicada con ejemplos, *José Luis Moreu Ballonga* (2013).

Orígenes medievales del Derecho civil. El universo de las formas. Lo jurídico y lo metajurídico, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2013).

Sociedad de gananciales y vivienda conyugal, *Carmen Fernández Canales* (2013).

El precio en la compraventa y su determinación, *Carlos Rogel Vide* (2013).

Formación del contrato de seguro y cobertura del riesgo, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2013).

Derecho de obligaciones y contratos, *Carlos Rogel Vide* (2ª edición, 2013).

Los medicamentos genéricos, entre la propiedad privada y la salud pública, *Antonio Juberías Sánchez* (2013).

Aceptación y contraoferta, *Carlos Rogel Vide* (2014).

Los contratos como fuentes de normas. Contratos marco, contratos normativos y contratos de colaboración, *Olivier Soro Russell* (2014).

Derecho financiero y tributario I, *José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli* (2014).

La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por la Ley 4/2013, *Marta Blanco Carrasco* (2014).

La mera tolerancia, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2014).

Derecho de la Unión Europea, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (2ª edición, 2015).

La nuda propiedad, *Carlos Rogel Vide* (2015).

Derecho financiero y tributario I, *José Miguel Martínez-Carrasco Pignatelli* (2ª edición, 2015).

Daños medioambientales y derecho al silencio, *Luis Martínez Vázquez de Castro* (2015).

Ética pública y participación ciudadana en el control de las cuentas públicas, *Luis Vacas García-Alós* (2015).

El contrato de sociedad civil: delimitación y régimen jurídico, *Eduardo Serrano Gómez* (2015).

Convivencia de padres e hijos mayores de edad, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2016).

Separaciones y divorcios ante notario, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.-Coord.)* (2016).

El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual, *Olivier Soro Russell* (2016).

Derecho de cosas, *Carlos Rogel Vide* (2ª edición, 2016).

La perfección del contrato –últimas tendencias–, *Ignacio de Cuevillas Matozzi y Rocco Favale* (2016).

Derecho de obligaciones y contratos, *Carlos Rogel Vide* (3ª edición, 2016).

Los gastos del pago, *Verónica de Priego Fernández* (2016).

Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa, *Antonio Mozo Seoane* (2017).

Préstamo para compra de vivienda y vinculación de ambos contratos, *Miguel Ángel Tenas Alós* (2017).

La sucesión legal del Estado, *Miguel L. Lacruz Mantecón* (2017).

Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar, *Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Dir.) y Manuel García Mayo (Coord.)* (2017).

Derecho de supresión de datos o derecho al olvido, *Ana Isabel Berrocal Lanzarot* (2017).

El nombre de las personas, *Jesús Ignacio Fernández Domingo* (2017).

Derecho de la familia, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2ª edición, 2018).

Derecho de la persona, *Carlos Rogel Vide e Isabel Espín Alba* (2ª edición, 2018).

La modificación de los alimentos a los hijos, *Carmen Callejo Rodríguez* (2018).

Derecho Privado Romano, *Adela López Pedreira, Elena Sánchez Collado, Santiago Castán Pérez-Gómez, María Amparo Núñez Martí, Xesús Pérez López* (2018).

La sustitución ejemplar como medida de protección de la persona, *Cristina de Amunátegui Rodríguez* (2018).

Los robots y el Derecho, *Carlos Rogel Vide (Coord.)* (2018).

La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales, *Elena Bellod Fernández de Palencia* (2018).

Derecho de la Unión Europea, *Carlos Francisco Molina del Pozo* (3ª edición, 2019).

Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico, *Manuel García Mayo* (2019).

COLECCIÓN JURÍDICA GENERAL
Monografías

Director: CARLOS ROGEL VIDE
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

VIVIENDA FAMILIAR Y CRISIS DE PAREJA:
RÉGIMEN JURÍDICO

Manuel García Mayo
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Prólogo
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Catedrático de Derecho Civil

Presentación
Juan José Pretel Serrano
Decano Territorial
Colegio de Registradores de Andalucía Occidental

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Manuel García Mayo
© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)
ISBN: 978-84-290-2147-9
Depósito Legal: M-19223-2019
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

“Una casa es el lugar donde uno es esperado”

Antonio Gala

A mi madre, por dármelo todo

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Actualidad Civil
Ac.	Acuerdo
ADC	Anuario de Derecho Civil
ALCP	Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental
ALD	Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad
Art. (s)	Artículo (s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
Cap.	Capítulo
Cass.	Cassazione
CC	Código Civil
CCbelg.	Código Civil belga
CCcat.	Código Civil catalán
CCfr.	Código Civil francés
CCit.	Código Civil italiano
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCport.	Código Civil portugués
CDCFN	Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra
CDFA	Código de Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución Española
<i>Cfr.</i>	<i>Cónfer</i> (compárese)
Corte Cost.	Corte Costituzionale
CRPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España
D.	Digesto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>et ál.</i>	<i>et álíi</i> (y otros)

I.	Instituciones
<i>Íbid.</i>	<i>Ibidem</i> (en el mismo lugar)
<i>Íd.</i>	<i>Ídem</i> (el mismo, lo mismo)
LAU / LAU 1994	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994
LAU 1964	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964
Ldiv.	Ley francesa núm. 898, de 1 de diciembre de 1970, sobre divorcio
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LUUH	Ley catalana de Usufructo, Uso y Habitación
LVarF	Ley Valenciana de Relaciones Familiares
LVRF	Ley Vasca de Relaciones Familiares
Núm.	Número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
t.	tomo

Trib.	Tribunal
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TRLRHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>Vid.</i>	<i>Vide</i> (véase)
<i>Vid. infra</i>	<i>Vide infra</i> (véase después)
<i>Vid. supra</i>	<i>Vide supra</i> (véase antes)
Vol.	Volumen

PRESENTACIÓN

Constituye una gran satisfacción para mí poder presentar a través de unas breves líneas, el trabajo del profesor Manuel García Mayo sobre la vivienda familiar en las situaciones de crisis de la pareja, tanto en los casos de matrimonio como en los supuestos de uniones de hecho.

Se trata de un trabajo extenso y completo, de análisis jurídico-privado, pero que no elude entrar en la problemática desde otras perspectivas. Así se hace cuando se acude a una perspectiva sociológica poniendo en relación el derecho de uso (o más exactamente, la controversia acerca del derecho a usar la que fue vivienda familiar) con el pago de la pensión de alimentos a los hijos o la pensión compensatoria al cónyuge. Igualmente destacable es el que se ponga de manifiesto la contraposición entre los principios constitucionales de la protección a la familia y del derecho de propiedad privada, tal y como se destaca en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, las cuales expresan la idea de que ha de evitarse la imposición de innecesarias medidas limitativas al derecho de disposición de la propiedad.

La utilización de bibliografía (debidamente analizada) es sencillamente admirable, y el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado es simplemente exhaustiva.

Unas notas de presentación no es el lugar adecuado para hacer una glosa del trabajo presentado ni el análisis de su contenido. Pero en la medida en que mi colaboración la hago desde el cargo que ostento de Decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental, he de destacar que el autor a la hora de estudiar el problema en su relación con el Registro de la Propiedad, afronte el tema con valentía, tanto desde el plano teórico de la naturaleza del derecho que se inscribe, como de los distintos casos que pueden producirse en la realidad y los efectos de la inscripción.

En efecto, destaca el autor el que hoy doctrinal y jurisprudencialmente se considera que es precisamente mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad como se garantiza su oponibilidad general frente a los terceros adquirentes; se insiste por la Dirección General de los Registros y del Notariado que, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, el derecho de uso es inscribible, teniendo como efecto fundamental su oponibilidad a terceros, ya sea como prohibición de disponer (art. 26.2 LH) o como verdadero derecho real, ya que constituye una limitación a las facultades del cónyuge propietario. Su acceso al Registro de la Propiedad ha sido defendido siempre por la Jurisprudencia y por la doctrina como medio para evitar que el acto dispositivo realizado por el propietario lleve al desconocimiento del derecho reconocido a uno de los cónyuges, dado que el tercero podría quedar protegido en su adquisición (v. por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004).

Esta posibilidad de inscripción influye también en los contornos de la figura puesto que para acceder al Registro debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad y demás requisitos exigidos por la normativa hipotecaria, aunque también se diga que en cuanto derecho de carácter familiar (lo que no quiere decir nada), y por tanto ajeno a la distinción entre derechos reales y de crédito, no le es exigible en su totalidad la precisión que los preceptos hipotecarios imponen para la inscripción de los derechos reales (Resolución de 5 de Junio de 2008).

Y a propósito de todo esto nos dice el autor con valentía, mojándose en el tema y eludiendo navegar entre dos aguas: *“la única forma de garantizar el acceso al Registro de la Propiedad es la de reconocerle al derecho de uso la naturaleza real”*; en definitiva: *“¿Por qué negar (...) la naturaleza real cuando (...), su tratamiento en la práctica es como si lo fuera?”*.

En definitiva, trabajo brillante y de gran utilidad; trabajo de madurez por su contenido y de juventud solamente por la que el autor tiene.

Juan José Pretel Serrano
Decano Territorial
Colegio de Registradores de Andalucía Occidental

PRÓLOGO

Como es sabido, desde hace ya un tiempo se viene hablando de la “patrimonialización” del Derecho Civil, de la nueva concepción del Derecho Civil como Derecho patrimonial o de bienes más que como Derecho de la persona, que termina resolviéndose en una suerte de mercantilización¹. Para quienes así lo creen hoy, en Derecho Civil, aparece la persona con un valor meramente instrumental, como simple sujeto de derechos y deberes, siempre de carácter patrimonial. Múltiples muestras de ello, en efecto, se observan; tantas que su sola enumeración, hecha aquí y ahora, sería tan extensa como incompleta, e impropia para un prólogo.

En cualquier caso, siempre he creído que una cosa es la amplitud del aspecto patrimonial que, sin duda, existe dentro del Derecho civil como Derecho de la persona, y otra muy distinta que el Derecho Civil sea en su tono y espíritu Derecho eminentemente patrimonial, quedando así eliminada, o relegada a valor instrumental, su dimensión personal. Porque siendo cierto aquello, no parece que sea, o al menos deba ser, admisible lo segundo: el contenido patrimonial del Derecho Civil es evidente, pero no supe como valor superior a la persona. La importancia de aquel aspecto patrimonial del Derecho Civil, y en realidad del Derecho en general, se justifica por ser el interés económico el más conflictivo en la dimensión social, y dinámica, de la persona, pero su tratamiento, y la prevención o solución de las colisiones económicas, siempre habrá de inspirarse en una concepción personalista del problema, desde la idea de persona.

No es, por tanto, la amplitud del Derecho patrimonial lo que podría desnaturalizar al Derecho Civil como Derecho de la persona, sino más bien la

¹ Así, anunciado por DE CASTRO, en su *Derecho Civil de España*, Madrid, reimp., 1984, p. 12 ss; y luego más detallado por Díez-PICAZO: “El sentido histórico del Derecho Civil”, en RGLJ, 1957, p. 52 ss; y, recientemente, por GARCÍA RUBIO: “La persona en el Derecho Civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas”, en “Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico”, n° 14, 2013, pp. 86 y 87.

reducción patrimonialista de su inspiración, en cuanto pueda hacerse extensiva a todas las instituciones o suprimir la consideración a la persona en las mismas instituciones patrimoniales. Es aquí donde hay que exigir al Derecho Civil fidelidad a sí mismo. Si éste debe y quiere ser efectivamente el Derecho de la persona *qua talis*, no deberá por ello temer “contaminarse” regulando el orden patrimonial, pero sí habrá de dar a esta regulación un profundo sentido humano o personalista, haciendo valer, por encima de la abstracta y sesgada consideración de los intereses económicos, el carácter de fin superior de la personalidad y su naturaleza integral.

Precisamente, y como reacción o antítesis a la patrimonialización del Derecho Civil, últimamente se ha venido hablando de la “despatrimonialización” del Derecho Civil². No ha de entenderse, sin embargo, esta expresión como aniquilamiento de la dimensión patrimonial del Derecho Civil, sino como la subordinación instrumental y teleológica de la misma al valor fundamental y permanente, inspirador de los demás, que prima y define materialmente al Derecho Civil: la persona³. En la dicotomía personal/patrimonial no hay o, al menos, no debe haber contradicción si se parte del principio básico y unitario del Derecho Civil, que es el de la personalidad, y se concibe a la persona como una realidad integral, incluyendo, por tanto, la dimensión social y la subjetividad jurídico-patrimonial. No se trata, en fin, de contraponer en una falsa dialéctica persona *versus* patrimonio, ni de sacrificar a una en mérito de la otra, sino de dar a cada una su verdadera dimensión y función.

Quizás por ello más que de “despatrimonialización” del Derecho Civil habría que hablar hoy, y por siempre, de la *personalización del aspecto patrimonial del Derecho Civil*. Es, incluso, una exigencia constitucional, sobre todo, en su reconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como valor supremo o principio general del Derecho (cfr., art. 10 CE).

Y, así, cabe apreciar recientemente tal inspiración personalista en algunas reformas habidas en el Código Civil o en muchas leyes extracodiciales: puede verse, entre otros muchos ejemplos, que aquí limito al Derecho de familia, en leyes como las del matrimonio entre personas de igual sexo o del llamado divorcio sin causa, o también en la del divorcio notarial,...; o como algunas leyes autonómicas sobre parejas de hecho que apenas abordan temas patrimoniales

² Como han hecho, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, p. 150 ss; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, en *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid, 1990, pp. 52 ss; y también CARRASCO PERERA: *El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988; o GIL RODRÍGUEZ: “Acotaciones para un concepto de Derecho Civil”, en *ADC*, 1989, p. 369 ss.

³ Según advierte el propio MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pp. 151 y 152.

de economía doméstica, aunque porque constitucionalmente más allá no deban legislar...Y si nos fijamos en el propio Derecho de la persona, los ejemplos son también significativos: como más actuales, los del transexual, las recientes reformas sobre técnicas de reproducción asistida, en materia de protección de menores (desde la famosa LO 1/1996, que, por ejemplo, obliga en su art. 2 a interpretar restrictivamente las limitaciones a su capacidad, y, en todo caso, conforme al interés superior del menor, hasta la más reciente Ley 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia); también en materia de incapacitación y la novedosa consideración tuitiva de la discapacidad (en las Leyes 4/2003 y 39/2006, o en la Ley 26/2011, de adaptación a la Convención de las Naciones Unidas de 13 diciembre 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, a que pretende adaptarse nuestro Código Civil); como en los mismos requisitos del nacimiento (en el nuevo art. 30 CC, que, en su conexión con el art. 29 CC ya no se limita a lo patrimonial); o incluso como sucede en tema de nacionalidad y extranjería (cfr., el nuevo art. 3.1 LO de Extranjería);... Todos ellos obedientes a la persona y, en particular, a la protección de la persona más necesitada de protección, sin limitarse a su dimensión patrimonial.

Hasta tal punto se erige la persona, como individuo, en protagonista de ese Derecho, que se ha podido hablar de la privatización del Derecho Civil, sobre todo, por lo que al Derecho de familia afecta⁴, destacándose siempre, como grave peligro, el cada vez mayor valor que a la autonomía de la voluntad se concede en esta sede. Así ha querido verse agudizado en los últimos tiempos, en los revolucionarios cambios legislativos indicados arriba, habidos en materia de matrimonio y filiación, que, según se cree, han contractualizado, o privatizado, ambas instituciones en favor de la voluntad individual, o individualista, de la persona, olvidando el interés de la familia.

Con todo, ello se ha hecho siempre en aras de la propia dignidad de la persona, del libre desarrollo de su personalidad; y con el fin de igualar a toda persona en su acceso a la vida familiar, o en su salida de ella, siempre bajo el manto de un control público (aunque se haya desjudicializado), que vela no solo por la estricta legalidad (por la seguridad), sino también por la equidad (por la justicia de cada caso en particular), y, sobre todo, por la protección del más necesitado de protección, como en esta sede acontece con la especial tutela de

⁴ Así lo creen, frente a la concepción publicista del Derecho de familia apadrinada en su día por Antonio CICU, civilistas como GIL RODRÍGUEZ, pp. 347 y 348, ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, pp. 47 ss; o, desde hace ya tiempo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pp. 131 ss.

los menores y discapacitados (según puede verse, por ejemplo, en los nuevos arts. 90 y ss CC). Pues qué duda cabe de que el Derecho Civil, inspirado en el principio de la personalidad, protege a la persona más necesitada de protección, lo que, precisamente, justificará la presencia de un régimen imperativo en defensa de los más desfavorecidos. Pues así lo exige la justicia. No hay, pues, en ello más que “socialización”⁵. Dicha socialización, en parte como movimiento contrario al carácter liberal, o burgués, del Derecho Civil —sobre todo, del originariamente codificado⁶—, introduce los recortes necesarios en la excesiva y abusiva libertad de los más poderosos, o más fuertes, para lograr la libertad real de los más necesitados de protecciones, el orden justo. No es más que el resultado de la conversión del Estado de Derecho en Estado social de Derecho, cuyo principal cometido es la configuración del orden social en armonía con la idea de justicia, como hoy se refrenda constitucionalmente en las comúnmente llamadas democracias occidentales (cfr., arts. 1.1, 33, 40, 128.1 y 131.1 CE).

Precisamente, en esta obra se presenta al lector un ejemplo paradigmático de todo lo hasta aquí dicho: el de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de crisis de pareja.

Es un tema, sin duda, patrimonial, y germen a su vez de muchos conflictos, en su mayoría también económicos. Y para su solución prima la libertad de pacto, entrando solo en juego la ley cuando no hay, en efecto, pacto, o bien para controlar, con ayuda del juez o con la del notario en su caso, que el pacto sea conforme, no solo a Derecho, sino también a los intereses en juego (según previenen los arts. 90 y 96 CC). Pues no se olvide que en tal entrada, supletoria y vigilante, de la ley se atenderá, precisamente, por encima de cualquier interés individual o egoísta, al del miembro familiar más necesitado de protección: al de los hijos, por encima de todos (*ex* arts. 39 CE y 2.1 LO de Menores), y, no habiéndolos, al del cónyuge desfavorecido por la ruptura (según se desprende del ap. 2 de aquel art. 90 CC y de los párrafos 1 y 3 de aquel art. 96 CC). En ningún caso lo acordado podrá prescindir de tales intereses. De lo contrario, aquella libertad y voluntad habría de ser rechazada por la autoridad, judicial o notarial (cfr., los párrafos primero y tercero de aquel art. 90.2 CC). Al fin y al cabo, no se trata de cualquier inmueble cuya titularidad y ocupación haya que distribuir, sino de la vivienda familiar, del hogar de una familia, ya rota.

⁵ Por todos, CASTÁN TOBEÑAS: *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, Madrid, 1965; y, recientemente, ROGEL VIDE: *Derecho Civil –método y concepto–*, Madrid, 2010, p. 319 ss.

⁶ Según advierte, reiteradamente, ROGEL VIDE, pp. 318, 321, ...

Todo ello, por supuesto, sin olvidar que en la decisión de la atribución del uso de la vivienda familiar también pueden estar en juego los intereses de otras personas (como el del dueño de tal vivienda, si ésta no pertenecía al matrimonio, o como el de los acreedores, si la vivienda estaba hipotecada, alquilada, ..., o incluso el de quien tenga interés en adquirir la propiedad de dicho inmueble, ...). Pues, ¿acaso les habrá de afectar a tales personas, ajenas al pacto o a la decisión de la autoridad, a quién y de qué modo se haya atribuido aquel uso?

Es, como se ve, casi una cuestión de Orden Público, que no solo afecta a la intimidad familiar.

Precisamente por ello, trascendental cuestión a tratar, y que, sin duda, influirá en las demás cuestiones a resolver, atañe a la naturaleza jurídica del uso atribuido sobre la vivienda. Porque una vez decidida, o impuesta en su caso judicialmente, la naturaleza conferida al uso de la vivienda, la solución a las demás cuestiones vendrá muy determinada por aquella elección: desde su atribución, hasta su posible modificación, o incluso extinción, pasando por cuestiones más particulares, pero no por ello excepcionales (como que la vivienda esté hipotecada, o sea propiedad de un tercero, o esté alquilada, o situada en residencia diversa a la familiar, hasta para decidir quién asume los gastos de la vivienda, como el pago de la comunidad de vecinos, del IBI...). Pues según cuál sea aquella naturaleza, así será el correspondiente régimen jurídico.

Por supuesto, en el largo recorrido que lleva en su aplicación práctica el art. 96 CC, desde que fuera introducido en 1981, el problema relativo a la naturaleza jurídica del uso atribuido sobre la vivienda familiar no ha estado huérfano de atención por parte de la doctrina y de la propia jurisprudencia, pero lo ha hecho a veces con un necio desprecio a la cuestión, otras con gran imprecisión y en otras ocasiones con vaivenes de resultados la mayor de las veces infructuosos. Pero sí puedo decir que nadie lo ha hecho con aquella inspiración personalista y socializadora, propia del Derecho Civil, con que Manuel García Mayo lo hace en la presente obra, cuyo contenido no considero oportuno desvelar en este prólogo, y que en su día le valió la obtención del título de Doctor en Derecho *cum laude* y con mención internacional⁷. Se podrá o no compartir su tesis expuesta (lo que, como siempre, es la sal de la vida doctrinal), pero nadie podrá negar que desde ella todos los problemas que el art. 96 CC provoca en

⁷ Ante un Tribunal compuesto por los siguientes Profesores Doctores: D. Carlos Rogel Vide (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense), D^a Silvia Díaz Alabart (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense), D^a M^a Elena Sánchez Jordán (Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna), D. Carlo Pilia (Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Cagliari), y D^a Ana Laura Cabezuelo Arenas (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla).

Prólogo

su aplicación a la realidad encuentran una solución satisfactoria y congruente. Solo resta, pues, esperar que además resulte convincente a todos.

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
En Sevilla, en el día de San Valentín de 2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS	9
PRESENTACIÓN	13
PRÓLOGO.....	15
INTRODUCCIÓN.....	21
PRIMERA PARTE	
LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA ATRIBUCIÓN DE SU USO.....	35
CAPÍTULO PRIMERO	
CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR	37
I. Sobre el concepto de “vivienda”	39
II. Sobre el concepto de “familiar”: la evolución de la familia.....	41
III. La vivienda familiar como residencia habitual de la familia	45
1. Determinación de la habitualidad	45
2. La posible existencia de varias viviendas familiares.....	50
CAPÍTULO SEGUNDO	
FUNDAMENTO DEL DERECHO Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN.....	53
I. La protección constitucional de la vivienda y de la familia	53
II. La función social de la propiedad.....	59
III. Una razón de justicia: la protección del más débil.....	62
1. Existencia de hijos menores	65
2. Inexistencia de hijos menores.....	69
IV. Tipo de necesidad.....	74
1. Necesidad de tipo personal o social	74

2. Supuesto de existencia de hijos menores	76
2.1. El mantenimiento del entorno	76
2.2. Exclusión de los hijos mayores de edad.....	77
2.2.1. EXISTENCIA DE HIJOS MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS O INCAPACITADOS.....	79
2.3. Incidencia del tipo de necesidad en los criterios de atribución.....	83
2.3.1. CUSTODIA EXCLUSIVA DE LOS HIJOS	84
2.3.2. CUSTODIA REPARTIDA O CUSTODIA COMPARTIDA DE LOS HIJOS	90
3. Supuesto de inexistencia de hijos menores.....	93
3.1. El tratamiento del supuesto en otros ordenamientos	96
SEGUNDA PARTE	
EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR:	
NATURALEZA JURÍDICA Y EFICACIA FRENTE A TERCEROS.....	99
CAPÍTULO TERCERO	
NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO.....	
I. Sobre la (in) existencia de derecho nuevo.....	101
II. Corrientes doctrinales.....	106
1. Derecho <i>sui generis</i>.....	107
2. Derecho típico.....	110
2.1. Derecho personal.....	110
2.1.1. EL CASO DE ITALIA.....	112
2.2. Derecho real.....	114
3. El derecho de uso como derecho familiar	119
III. El caso de Francia y Portugal.....	123
IV. Especificación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar....	126
1. Naturaleza dinámica del derecho de uso.....	126
1.1. Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de propiedad	132
1.2. Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de usufructo	135
1.3. Vivienda ocupada en virtud de un derecho real de uso o habitación	138
1.4. Vivienda ocupada en virtud de un derecho personal.....	140
1.5. Vivienda ocupada en precario	141
2. Patrimonialidad del derecho de uso	142
2.1. Carácter familiar del derecho: su pretendida incompatibilidad con el carácter patrimonial	142
2.2. Carácter patrimonial del derecho	146
2.2.1. SUSCEPTIBILIDAD DE VALORACIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO.....	146
2.2.2. EL VALOR DE USO COMO VALOR ECONÓMICO	148

2.2.3. CONFUSIÓN ENTRE PATRIMONIALIDAD Y ONEROSIDAD	150
2.3. Derecho de uso: familiar y patrimonial	151
2.4. Incidencia de la atribución del uso de la vivienda en la pensión alimenticia y compensatoria	154
2.4.1. CONSIDERACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO EN LA CUANTIFICACIÓN DE LAS PENSIONES	154
2.4.1.1. Incidencia en la pensión alimenticia	154
2.4.1.2. Incidencia en la pensión compensatoria	156
2.4.1.3. Su tratamiento en el Derecho foral y extranjero	157
2.4.2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA COMPENSACIÓN DIRECTA	159
2.5. Valoración del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales	162
3. El derecho de uso del art. 96 CC: ¿real o personal?	164
3.1. Breve referencia a las figuras intermedias entre los derechos reales y personales: el <i>ius ad rem</i>	166
3.2. La excepción al principio de libertad presunta de la propiedad	170
3.3. El carácter real del derecho de uso de la vivienda familiar	173
CAPÍTULO CUARTO	
LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCERO	179
I. La vivienda familiar arrendada	179
1. El tratamiento de la cuestión a la vista de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964	180
2. El tratamiento de la cuestión tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994	181
2.1. El nuevo art. 15 LAU: nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio	181
2.2. Breve alusión al art. 12 LAU: separación de hecho	183
2.3. Sobre la titularidad privativa del derecho de arrendamiento	185
2.3.1. LA NO COTITULARIDAD <i>OPE LEGIS</i> DEL ARRIENDO	185
2.3.2. LA NO GANANCIALIDAD DEL ARRIENDO	187
2.4. Sobre la subrogación o no en el contrato de arrendamiento	189
2.4.1. SUBROGACIÓN <i>EX LEGE</i>	189
2.4.2. MERA CESIÓN DEL USO	193
2.4.3. LA MODIFICACIÓN DEL ART. 15 LAU POR LA LEY 4/2013, DE 4 DE JUNIO	197
2.4.3.1. La previsión expresa de la subrogación <i>ex lege</i>	197
2.4.3.2. Tratamiento de la cuestión en el Derecho extranjero	201
2.4.3.3. Justificación de la medida	202
2.4.3.4. Sobre la aplicación a las medidas provisionales	203

II. La cesión gratuita de la vivienda familiar.....	205
1. Introducción al problema: ¿precario o comodato?.....	205
2. La postura del Tribunal Supremo: existencia de un contrato de comodato..	210
2.1. Conversión del comodato en precario tras la disolución del matrimonio..	213
3. Nuestra tesis: situación de precario <i>ab initio</i>.....	214
3.1. Defensa de la tesis propuesta.....	215
3.2. La no alteración de la situación de precario por la atribución judicial del uso .	218
3.3. Tratamiento de la cuestión en Italia.....	222
4. Vivienda propiedad de tercero y de uno de los cónyuges	224
5. Principio de tracto sucesivo	226
CAPÍTULO QUINTO	
EFICACIA FRENTE A TERCEROS E INSCRIPCIÓN DEL DERECHO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.....	229
I. El necesario reconocimiento de la eficacia propia de los derechos reales	229
1. Necesidad de su eficacia <i>erga omnes</i>.....	229
2. Justificación del carácter real del derecho.....	231
2.1. La eficacia <i>erga omnes</i> como propia del derecho real.....	231
2.2. La eficacia <i>erga debitorem</i> como propia del derecho personal	234
2.2.1. LA ESPECIAL Oponibilidad Absoluta del Derecho Personal.....	236
2.3. Distinción entre el derecho real y el que, no siéndolo, es oponible al tercer adquirente	237
2.3.1. LA INSCRIBIBILIDAD EXPRESA EN CATALUÑA E ITALIA	240
2.4. El acceso del derecho de uso al Registro de la Propiedad	243
2.4.1. INSCRIPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES	244
2.4.2. INSCRIPCIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS.....	246
2.4.2.1. <i>Posturas tendentes a justificar el acceso del uso al Registro, aun no considerándolo un derecho real.....</i>	246
2.4.2.2. <i>Consideración del párrafo cuarto del art. 96 CC como una prohibición legal de disponer</i>	249
2.4.2.3. <i>Reconocimiento de la naturaleza real como única posibilidad del derecho de uso de acceder al Registro</i>	255
2.4.3. ESPECIALIDAD DEL USO PARA SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD	258
2.4.4. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE USO CON EL DERECHO DE PROPIEDAD	259
II. La existencia del art. 96.IV CC como obstáculo al reconocimiento de la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar	262
1. Interpretación del art. 96.IV CC	263

1.1. El paralelismo entre el art. 96.IV CC y el art. 1320 CC.....	263
1.2. Alcance de la “disposición”: su interpretación finalista.....	267
2. La pretendida incompatibilidad del art. 96.IV CC con la naturaleza real	272
III. El reconocimiento de la eficacia <i>erga omnes</i> por la jurisprudencia	275
1. Disposición por parte del cónyuge titular	275
2. Acción de división de la cosa común	279
2.1. Sobre la posibilidad de disolver la comunidad.....	280
2.2. Sobre la subsistencia del derecho de uso atribuido.....	281
2.3. El fundamento jurídico de la subsistencia del derecho de uso: el art. 405 CC.	284
3. Ejecución forzosa	287
3.1. Vivienda propiedad de uno o ambos cónyuges.....	287
3.1.1. EJECUCIÓN FRENTE AL CÓNYUGE PROPIETARIO NO BENEFICIARIO....	287
3.1.2. EJECUCIÓN FRENTE AL CÓNYUGE NO PROPIETARIO BENEFICIARIO DEL USO	292
3.2. Vivienda propiedad de un tercero.....	293
4. Conclusión	295
TERCERA PARTE	
EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: RÉGIMEN JURÍDICO	297
CAPÍTULO SEXTO	
CONSTITUCIÓN Y ELEMENTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DERECHO	299
I. Determinación del tipo de derecho real	299
1. La teoría del <i>numerus apertus</i> : su intrascendencia en nuestra tesis.....	300
2. El derecho del art. 96 CC como derecho real de uso especial.....	303
II. Constitución del derecho	308
III. Elemento objetivo	311
1. La vivienda	311
1.1. Una cuestión previa: el derecho real limitado sobre vivienda parcialmente propia.....	311
1.2. La vivienda como objeto del derecho real de uso.....	314
1.3. La extensión del derecho real de uso sobre la vivienda.....	317
1.3.1. LOS ANEXOS DE LA VIVIENDA	321
2. El ajuar	325
3. Sobre la atribución de una vivienda diferente a la familiar	326
3.1. El inmueble aún no ocupado	326
3.2. Las “segundas viviendas”	328

3.2.1. LA POSIBLE ATRIBUCIÓN DE SU USO	328
3.2.2. SU TRATAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA.....	331
IV. Elemento subjetivo	335
1. Titularidad exclusiva de los hijos.....	335
2. Titularidad de los hijos y del cónyuge beneficiario	335
3. Titularidad exclusiva del cónyuge beneficiario	337
V. Especial referencia a las parejas de hecho	342
1. Evolución jurisprudencial: de la analogía a la inexistencia de laguna legal .	344
2. La (in)aplicación por analogía del art. 96 CC	347
2.1. Pareja de hecho sin descendencia común menor de edad.....	348
2.2. Pareja de hecho con descendencia común menor de edad	349
2.3. El tratamiento de la pareja de hecho en la vivienda arrendada	352
3. El tratamiento de la cuestión en el Derecho territorial.....	353
3.1. En Cataluña.....	354
3.2. En Aragón.....	355
3.3. En el País Vasco	356
3.4. En Valencia, y su régimen anulado por inconstitucionalidad.....	356
3.5. Y en otras Comunidades Autónomas.....	357
CAPÍTULO SÉPTIMO	
CONTENIDO DEL DERECHO	359
I. Derechos del beneficiario del uso.....	359
1. Uso	360
1.1. Semejanzas entre el uso y la habitación.....	360
1.2. Diferencias entre el uso y la habitación.....	363
1.2.1. DIFERENCIA CUANTITATIVA	363
1.2.2. DIFERENCIA CUALITATIVA.....	363
2. Frutos	366
II. (In) disponibilidad de la vivienda atribuida en uso.....	369
1. La intransmisibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar	369
2. La (in) transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación.....	371
2.1. Orígenes.....	371
2.2. Sobre el carácter imperativo (o no) del art. 525 CC	372
2.3. Sobre el carácter esencial (o no) de la intransmisibilidad	374
2.3.1. CORRIENTE FAVORABLE AL CARÁCTER ESENCIAL DE LA INTRANSMISIBILIDAD.	376
2.3.2. CORRIENTE CONTRARIA AL CARÁCTER ESENCIAL DE LA INTRANSMISIBILIDAD.	378
3. La aplicabilidad de la tesis al derecho del art. 96 CC	382

4. Sobre el arrendamiento de parte de la vivienda familiar	383
IV. Obligaciones del beneficiario del uso	388
1. Obligación de inventario y fianza.....	388
2. Utilización y aprovechamiento diligente	390
3. Pago de gastos vinculados a la vivienda familiar atribuida	390
3.1. Reparaciones.....	392
3.2.. Cargas, contribuciones y otros gastos.....	394
3.2.1. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO REAL DE USO....	394
3.2.1.1. <i>A cargo del usuario</i>	395
3.2.1.2. <i>A cargo del propietario</i>	399
3.2.2. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO REAL DE USO AL ART. 96 CC.....	400
3.3. Préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar.....	405
3.3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	405
3.3.2. SU NO CONSIDERACIÓN COMO CARGA DEL MATRIMONIO.....	407
3.3.3. EL PAGO DE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO COMO DEUDA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES	409
3.3.4. CONCLUSIÓN	412
4. Devolución del bien objeto del derecho de uso.....	413
CAPÍTULO OCTAVO	
PÉRDIDA DEL DERECHO: MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN.....	415
I. Causas de extinción del derecho real de uso.....	415
1. Muerte del cónyuge titular del derecho real de uso	420
1.1. Muerte del cónyuge excluido del uso	423
2. Expiración del plazo para el que se constituyó o cumplimiento de la condición resolutoria consignada en el título constitutivo	425
2.1. Existencia de hijos menores de edad.....	429
2.1.1. SOBRE LA POSIBILIDAD DE LIMITAR TEMPORALMENTE LA ATRIBUCIÓN .	429
2.1.2. SOBRE EL MOMENTO EN QUE SE EXTINGUE EL DERECHO DE USO	434
2.2. Inexistencia de hijos o la sola existencia de hijos mayores de edad	438
2.3. Temporalidad, principio de especialidad y Registro de la Propiedad.....	442
3. Reunión del derecho real limitado y la propiedad en una misma persona ..	444
4. Renuncia del derecho	445
5. Pérdida total de la cosa objeto del derecho	449
6. Resolución del derecho del constituyente	451
7. Prescripción	453
8. Abuso grave de la cosa.....	457

II. Modificación y extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por variación sustancial de las circunstancias.....	461
1. Cese de la convivencia de los hijos con el cónyuge beneficiario	465
2. Convivencia marital, en la vivienda familiar, del cónyuge beneficiario del uso de la misma con una tercera persona	466
2.1. Desde el punto de vista del régimen jurídico del derecho real de uso....	467
2.2. Desde el punto de vista del fundamento y la finalidad del art. 96 CC ...	469
2.2.1. VIVIENDA ATRIBUIDA EN VIRTUD DEL ART. 96.I CC	469
2.2.2. VIVIENDA ATRIBUIDA EN VIRTUD DEL ART. 96.III CC	475
2.3. Existencia de pacto sobre el particular.....	478
2.4. Incidencia en la pensión de alimentos.....	479
CONCLUSIONES.....	483
BIBLIOGRAFÍA	489

