

ALGUNAS HERRAMIENTAS DEL DERECHO CIVIL EN FAVOR DE LA VIVIENDA

Miguel Gómez Perals

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna

RESUMEN

El Código civil y la legislación especial intentan satisfacer la necesidad de vivienda. Además de la adquisición de la propiedad, existen figuras como el derecho de habitación (Derechos reales) o el arrendamiento urbano y sus modalidades de cesión y subarriendo, el préstamo gratuito (Derecho de contratos) o la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores y a los hijos (Derecho de Familia). Se examinan sus requisitos y efectos para aprovechar posibilidades y detectar abusos.

PALABRAS CLAVE: vivienda, arrendamiento, préstamo gratuito, cesión de uso.

ABSTRACT

«Several Legal Concepts Of Civil Law About Housing». The Civil Code and special legislation attempt to meet housing needs. As well as purchasing a property, there are legal concepts, such as the right of habitation (Property Law), residential letting and its forms of assignment and subletting, free loan (Contract Law) or the assignment of the use of the family residence to one of the parents or children (Family Law). The requirements and effects of these concepts are investigated in order to take advantage of their opportunities and to detect abuses.

KEY WORDS: Housing, letting, free loan, assignment of use.

1. INTRODUCCIÓN

Contando con la multidisciplinariedad de esta materia, este trabajo se centrará en algunas figuras del Derecho Privado, tanto estatal como foral, que sirvan de título para el disfrute de una vivienda digna y adecuada, entendida como edificación fija destinada a que residan en ella personas físicas para satisfacer sus necesidades



personales ordinarias de habitación en las distintas etapas de su vida, como consagra el art. 47 CE entre otros textos nacionales e internacionales.

2. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. ESPECIAL REFERENCIA AL ARRENDAMIENTO, COMODATO Y PRECARIO

Es en el ámbito de las obligaciones y contratos donde las figuras que proporcionan acceso al disfrute de vivienda se presentan con mayor flexibilidad, como prueba de su utilidad en el intercambio de bienes y servicios, en especial el arrendamiento. La legislación especial (Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en adelante LAU)¹ distingue los de vivienda y los de uso distinto de vivienda (aunque algunos de éstos también pueden cubrir aquella necesidad residencial, como el de temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, o el de industria doméstica de hospedaje, sin perjuicio de ciertos supuestos excluidos del ámbito de la LAU que se regirán por el Cc (arts. 1542 a 1582).

Los arrendamientos para uso de vivienda presentan mecanismos que pretenden garantizar la estabilidad del arrendatario en el disfrute efectivo y estable de dicha vivienda, tales como la prórroga forzosa (art. 9.1 LAU)², su mejor adecuación (obras de mejora y en especial las de adaptabilidad a minusvalías, arts. 22 a 24 LAU), incluso la definitiva consolidación de su disfrute mediante el acceso a la propiedad (a través del derecho de preferente adquisición, art. 25 LAU). Y hay figuras que extienden ese acceso y disfrute a otros sujetos, en ocasiones sólo a los familiares más próximos del arrendatario (asimilando a estos efectos el matrimonio con la convivencia *more uxorio*); figuras tales como la cesión y subarriendo, las subrogaciones *inter vivos* y *mortis causa*³, sin olvidar el apoyo que pueden prestar a este fin el Registro de la propiedad u otros especiales. Preceptos que la ley dota del carácter imperativo para garantizar su efectiva aplicación (art. 6 LAU).

¹ La legislación arrendataria, con su carácter pendular, retrata la sensibilidad del legislador ante las circunstancias sociales y económicas de la vivienda. Recordemos en una rápida visión: las leyes de 1946 y 1964 (pro-arrendatario); el RDL 2/1985 (pro-arrendador); la Ley de 1994 (moderadamente pro-arrendatario). A ello hay que añadir la Ley 19/2009 de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficacia energética de los edificios, que pretende el fortalecimiento de la posición del arrendador-propietario pero sin desproteger al inquilino de buena fe, en la búsqueda de ese delicado equilibrio entre los intereses de ambos y como el mejor incentivo del alquiler. Entre sus novedades, se agiliza el desahucio evitando frecuentes fraudes y dilaciones (compromiso de desahucio voluntario sin cumplirlo después; enervación reiterada mediante el pago *in extremis* de la renta, etc.). Un comentario claro de esta cuestión es el de DE SALAS MURILLO, S., «El arrendamiento en el marco del derecho a la vivienda», *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 276 a 282.

² Esta prórroga (forzosa para el arrendador) garantiza al arrendatario, si lo desea, una duración mínima de cinco años, salvo excepciones, aunque el plazo contractual fuera anual y menor.

³ En caso de desistimiento y no renovación, por el arrendatario (art. 12 LAU), de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 15 LAU) o muerte del arrendatario (art. 16 LAU).

Otra vía eficaz para garantizar un adecuado acceso al disfrute de una vivienda es el control del contenido contractual. Tradicionalmente el sector del arrendamiento ha estado al margen del Derecho del Consumo, pero en realidad la intervención de inmobiliarias reproduce el esquema empresario-usuario entre el arrendador y el arrendatario. Por ello a esta materia le es de aplicación la normativa de protección del consumidor⁴, sin perjuicio de la legislación autonómica de vivienda. En el ejemplo catalán interesan los preceptos referentes a la publicidad (eficacia vinculante, sujeción al principio de veracidad, expresión de menciones obligatorias) y a la oferta. Respecto a ésta la circunstancia de la posible entrega a cuenta de cantidades por el usuario al vendedor o arrendador exige un aumento progresivo de información tanto sobre las condiciones esenciales de la vivienda (en construcción o terminada) como del contrato en sí, contando con su documentación (que incluirá cédula de habitabilidad o acreditación equivalente) y prestación obligatoria de una fianza que se depositará en el registro correspondiente⁵.

Concretamente, en defensa del arrendatario se detecta que las cláusulas abusivas más frecuentes en el ámbito del alquiler son las que facultan unilateralmente al arrendador a incrementar la renta durante la vigencia del contrato (art. 85.10 TRLDU), o imponen incrementos por servicios que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el arrendatario con independencia de la principal (art. 89.5 TRLDU), así como la repercusión al arrendatario de errores administrativos y bancarios que no le sean directamente imputables (art. 89.2 TRLDU)⁶.

Otro contrato derivado del arrendamiento es el subarrendo; en la modalidad parcial el inquilino sólo cede el uso y disfrute de alguna de las habitaciones de la vivienda alquilada; en el hospedaje además presta al huésped algunos servicios, tales como limpieza y arreglo de la habitación, lavado y planchado de ropa y mantenimiento⁷; en el subarrendo a tiempo «parcial» o alternativo no existe convivencia entre los diversos huéspedes⁸.

Diferente de las anteriores y a modo de cajón de sastre está la extensión gratuita del disfrute del titular de la posesión a su familia conviviente en razón a

⁴ RD 515/1989, de 21 de abril relativo a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, en adelante, TRLDU.

⁵ Arts. 58 a 66 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda de Cataluña 2007).

⁶ VV.AA. *Reclamaciones de Consumo*, BUSTO LAGO, José Manuel (coord.), ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 849 a 852.

⁷ STS de 29 octubre 1962 (RJ 1962, 4414).

⁸ SAP Barcelona de 8 mayo 2008 (JUR 2008\196063): En este supuesto (en realidad parcial en un doble sentido, espacial y temporal) el elemento cedido (la habitación) carece del carácter de «edificación habitable», es decir, de adecuación a las necesidades de morada donde la persona o familia desarrollan la intimidad de su existencia constituyendo su hogar; necesidades que solo son suplidas por la concesión del derecho a utilizar otras dependencias del inmueble en forma compartida y simultánea con los demás ocupantes.



los vínculos que generan entre ellos un verdadero deber de asistencia. El órgano jurisdiccional debe ponderar cuidadosamente las circunstancias concurrentes en cada caso debiendo decantarse por una presunción de gratuidad cuando los que convivan sean parientes próximos⁹.

El punto pivotante será, por tanto, la onerosidad. La realidad social y económica hace inconcebible la entrega del bien inmueble constitutivo de vivienda a una persona extraña privándose voluntariamente su titular de obtener un beneficio económico, sin un motivo racional y lógico que lo justifique. Por tanto, cabe presumir que la ocupación del inmueble por un extraño, especialmente si se prolonga en el tiempo, supone la existencia de un vínculo contractual (al menos de alguna relación jurídica entre las partes¹⁰) de carácter oneroso, de modo que el actor habrá de probar el hecho positivo, la causa de la liberalidad que se afirma, relaciones de parentesco, amistad, gratitud, etc., pues en su defecto habrá que presumir la existencia de una contraprestación.

Sin embargo, no habrá arrendamiento (ni por asimilación, subarriendo) por falta de renta cuando concurren gastos o pagos realizados por el ocupante para su propia utilidad, la realización de obras de acondicionamiento, mejora o mantenimiento de la finca, ni el pago de gastos de comunidad, IBI, luz, teléfono y gas (ni las entregas de dinero en tales conceptos) si no consta que se hicieran expresamente como pago de la renta y fueran aceptadas expresa o tácitamente (arrendamientos verbales, encubiertos, etc.) por la propiedad como contraprestación por la cesión del uso de la vivienda por un arriendo constituido o propuesto y aceptado en tal cualidad por la persona a quien se destinan¹¹.

Abandonando el ámbito del arrendamiento nos encontramos con otras fórmulas contractuales en la esfera del préstamo, necesariamente gratuito, concretamente el comodato¹². Dentro del marco genérico de la cesión de entre familiares de una vivienda, caracterizada por la ausencia de formalismos y la escasa intensidad y estabilidad de la relación jurídica creada, tiene especial interés la cesión, gratuita y sin fijación explícita de plazo, de vivienda por los progenitores de uno de los cónyuges (o miembros de una pareja de hecho) para que éste lo ocupe con su esposa e hijos (nietos de los cedentes). La jurisprudencia ha vacilado entre la calificación de precario y la de comodato, debate cuya trascendencia práctica es la mayor o menor

⁹ SAP Asturias 3 septiembre 1998 (AC 1998\8799).

¹⁰ STS 11 noviembre 1990 (RJ 1990, 7857); y SAP Cádiz 18 abril 2000 (AC 2000\3920).

¹¹ Entre otras, SAP Toledo 10 diciembre (AC 1999\2540), SAP Madrid 17 febrero 1999 (AC 1999\1989) y SAP Granada 18 enero 1999 (AC 1999\44).

¹² Una afirmación evidente, la de que es admisible tanto el arrendamiento como el comodato de la vivienda, requiere, no obstante, un doble salto interpretativo. Rechazado el arrendamiento sobre bienes fungibles que se consumen con el uso y concebido el comodato en el art. 1740 Cc como el contrato de préstamo de cosa no fungible; y aunque referida en el art. 337 Cc la clasificación de bienes fungibles y no fungibles a los bienes muebles, entendiendo incorrectamente que las cosas no fungibles son aquéllas de las que puede hacerse uso adecuado sin que se consuman (siendo por ello, en realidad, inconsumibles), puede concluirse, por último, que la vivienda (el inmueble que la constituye) puede ser objeto de comodato (SAP Cádiz 2 enero 2004, AC 2004\612).

(respectivamente) facilidad de recuperación de la cosa prestada por parte del cedente. Puede considerarse que la STS de 26 de diciembre de 2005 ha decantado, en interés casacional, la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales hacia la consideración de precario.

Ya la STS 30 noviembre 1964 (RJ 1964, 5552) en esta línea consideraba que el precario es lo menos gravoso para el concedente —quizás porque éste más que un contrato sobre un uso con destino y plazo determinado supone un acto tolerado y no debido— que cesará cuando quieran ponerle fin el cedente o el cesionario y, desde luego, no puede inferirse mientras otra cosa no conste, que se establece un derecho real de habitación, que después estudiaremos. Y en este mismo sentido la STS 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330) confirma que la atribución judicial del uso de la vivienda familiar al otro cónyuge no puede generar un derecho antes inexistente (ni, en consecuencia, una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario originario proporciona y sí sólo proteger el que la familia ya tenía), ni altera la titularidad¹³ en virtud de la cual el/los cónyuge/s ostenta/n la posesión del inmueble destinado a vivienda habitual¹⁴. Dicha sentencia nos da un argumento práctico de gran utilidad: lo contrario traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso, máxime cuando pese a no recibir contraprestación, queda después de la cesión en situación más gravosa que un cedente a título oneroso.

Por tanto, por regla general se trata de precario y ello aunque el juez adopte, o se acuerde en el convenio regulador de la separación o divorcio homologado judicialmente, la atribución del uso de dicha vivienda al otro cónyuge, no descendiente ni pariente del cedente. En la práctica, con independencia de cuál fuera la calificación de esta figura en el momento inicial de la cesión gratuita (es decir, su configuración originaria por el cedente), se reconduce hacia el precario al considerar que la crisis matrimonial pone fin al uso pactado o ejercido, pues por muy dignas de protección que sean las necesidades familiares (*ex arts. 39 y 47 CE*)¹⁵, no pueden

¹³ Titularidad es, en muchas ocasiones, un concepto ajeno a estas situaciones en que con frecuencia es el cónyuge no titular de (un derecho patrimonial sobre) la vivienda el atributario de un *ius possidendi* legal, ligado al originario carácter familiar de la vivienda, por su anterior condición de cónyuge del titular, sobre la base de un título (el acuerdo homologado o la sentencia judicial). Vid. ESPIAU, S., «Comentario de la STS 11 diciembre 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, núm. 31, § 815, pp. 93 a 100, y «Comentario de la STS 31 diciembre 1994», en la misma revista, 1994, núm. 38 § 1029, p. 667 y ss.

¹⁴ Más modernamente, en este sentido, vid. SSTS 2 octubre 2008 (RJ 2008, 5587) y 30 junio 2009 (RJ 2009, 4244). Se admite la aplicación analógica del régimen de las uniones conyugales a las no matrimoniales (ATC 321/1996 de 8 noviembre, RTC 1996\321).

¹⁵ Hasta tal punto que se llega a afirmar que la atribución por el juez al *ex cónyuge* del uso de la vivienda en situación de crisis matrimonial constituye un derecho asimilable a los derechos reales (una especie de derecho real familiar de uso) oponible a terceros (STS 18 octubre 1994, RJ 1994, 7722), pero no parece ser éste el sentir dominante.



hacerse recaer sobre terceros propietarios ajenos al vínculo matrimonial, según resalta la jurisprudencia civil¹⁶ y constitucional¹⁷.

La consideración de precario evita apreciar abuso o fraude en el ejercicio del derecho del propietario si reclama la restitución del uso de la vivienda cedida. Otra cosa sería que por la vía indirecta de que el ascendiente abuelo cedente deba, en su caso, prestar alimentos a sus nietos, lo haga contribuyendo mediante la cesión de este uso, e indirectamente, al progenitor que vive con ellos¹⁸.

Problema resuelto en el Derecho catalán en el art. 233-21 CCC): si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedan limitados por lo dispuesto por dicho título, de acuerdo con la ley. Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero (vg., suegros), los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama su restitución. (Lógicamente), en este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2 CCC, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias (art. 233-21.2 CCC).

Es más, anticipadamente, en previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni

¹⁶ La atribución judicial del uso de la vivienda a uno de los cónyuges no puede considerarse un derecho real oponible al legítimo titular del inmueble, por lo 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 (STS 18 de enero de 2010, RJ 2010\1274 y 8 octubre 2010 RJ 2010\7445). Otra cosa es el que el inmueble pertenezca a uno de los cónyuges (STS 30 octubre 2008, RJ 2009\403). En el análisis de esta jurisprudencia nos hemos apoyado en RUBIO TORRANO, Enrique, «Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009)», *Aranzadi civil*, núm. 2/2010 (Comentario). Ed. Aranzadi, S.A. Pamplona, 2010. Más recientemente, la STS 14 enero 2010 (RJ 2010\2323), desde el punto de vista patrimonial, dice que el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al cónyuge no titular impone al cónyuge titular la limitación de disponer consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge usuario (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN 10 de octubre 2008).

¹⁷ En tales procesos se atribuye el uso de la vivienda y el ajuar doméstico a uno de los cónyuges, atendiendo al uso que se detente en el momento inmediatamente anterior al de entablarse el proceso, sin que, por el contrario, en virtud de tal atribución que podría efectuarse de mutuo acuerdo por los cónyuges, puedan éstos fraudulentamente pretender crear «ex novo» un nuevo título sobre los mismos, para garantizarse su irreivindicabilidad. Pero en el caso de la realización de las obras necesarias para la división en dos viviendas de la finca ocupada por los esposos en precario hay que distinguir entre el pronunciamiento que atribuye el uso separado de cada una de las viviendas resultantes a los esposos y el pronunciamiento judicial que ordena la realización de las obras necesarias para la división de la finca en dos viviendas. Y es que la propietaria de la finca y, por tanto, afectada en sus intereses patrimoniales está habilitada para ser parte en el procedimiento de ejecución (24.1 CE (STC 166/2003, de 29 septiembre. RTC 2003\166).

¹⁸ Es claro que si el desahucio provocare una alteración sustancial de las circunstancias, la parte afectada está facultada para instar una mejora de la pensión compensatoria, si a ello hubiere lugar (SAP A Coruña 29 enero 2002, AC 2002\795).

tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometan las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso (art. 233-21.3 CCC).

Continuando ahora con la distinción entre comodato y precario, parece que el criterio básico es la fijación de una delimitación temporal específica. No en vano el precario ha sido construido jurisprudencialmente como un comodato sin plazo de duración en que la cosa se concede *in genere*, a título de tolerancia, sin determinación del tiempo, finalidad ni modo. Por el contrario, al comodato no le basta la indicación genérica del uso de la cosa ni por tanto la subsistencia de la necesidad del usuario si ésta no implica dicha precisión temporal, pues de este modo el usuario puede prolongar su aprovechamiento prácticamente de manera indefinida mientras la cosa le resulte útil¹⁹. Se exige, pues, un destino o servicio a especificar de varios modos. Primero, por pacto entre las partes, mediante la fijación de una fecha determinada, con posibilidad de prórrogas, o a través de la concurrencia de circunstancias concretas (vg., nacimiento de un hijo ya concebido, entrega de una nueva vivienda ya en construcción) dignas de configurar un término y no una condición (dada la incertidumbre de la realización de esta última). Otra vía sería la determinación (expresa o tácita) del uso a que ha de destinarse la cosa prestada cuyo cumplimiento ha de ir asociado a un período de tiempo concreto (vg., para pasar las vacaciones estivales). Un tercer modo sería la fijación según costumbre de la tierra, por las prácticas usuales²⁰. Podríamos considerar otra posibilidad: la precisión por el juez de un plazo en los casos en que la obligación no lo señalare pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, e incluso cuando la duración de dicho plazo haya quedado a voluntad de éste (art. 1128 Cc)²¹.

Por el contrario, si dicha determinación temporal no es posible por alguna de las anteriores vías, el comodante (en este caso, cedente en precario) podrá reclamar a su voluntad el uso de la cosa (art. 1750 Cc).

Por regla general, en estas situaciones la verdadera voluntad de las partes (extraída de la realidad social ex art. 3 Cc) no es siempre la de una cesión vitalicia, ni de forma absolutamente gratuita (aunque la contribución a gastos y otras cargas no implica propiamente onerosidad), sin posibilidad de recuperación. Precisamente por su gratuidad debe atenerse a la regla de la menor transmisión de derechos, es decir, de la menor gravosidad para el cedente y, por tanto, no limitar su recuperación al caso de urgente necesidad²², como correspondería en el supuesto de estimar la existencia de comodato (ex art. 1749 Cc). Tampoco han de incluirse supuestos ni

¹⁹ SAP Valencia 21 febrero 2007 (AC 2007,1378).

²⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J. «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿comodato o precario?», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2008, pp. 21 a 24.

²¹ RAMS ALBESA, J. «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, § 806, pp. 1075 a 1083.

²² Concepto indeterminado de cariz subjetivo, carece de definición legal y permite un amplio margen de interpretación, pudiendo entenderse como tal el simple deseo de los propietarios de



sujetos, cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, diferentes de aquéllos sobre los cuales los interesados se propusieron contratar (art. 1283 Cc).

Sin prejuizar que el comodato sea un contrato celebrado siempre en interés del prestatario, máxime dado el gran valor económico del bien cedido (vivienda), es frecuente su carácter personalísimo: normalmente se constituye en atención a la cualidad personal del comodatario (en este caso por su condición de hijo o pariente muy próximo del cedente) y a la duración de la relación matrimonial o de pareja estable que dicho hijo mantenga.

La jurisprudencia, especialmente la menor, aplica estos criterios de distinción entre comodato y precario a situaciones de parentesco no estrictamente matrimoniales o asimiladas, sino a otras tales como afinidad o colateralidad, y nada impide tampoco su extensión más allá de la familia. Algunos contratos concertados por parroquias y organizaciones benéficas manejan formularios de contratos semejantes, cuyas ventajas e inconvenientes en su proyección a personas necesitadas de vivienda pueden extraerse de las anteriores consideraciones (vg., conveniencia de fijación de plazo para mayor facilidad de recuperación del inmueble cedido y recíprocamente mayor inestabilidad en el disfrute del cesionario).

A su vez, el concepto de precario presenta varias acepciones y ello le permite cubrir un amplio espectro de situaciones que se diferencian, en ocasiones, sólo por matices pero que pueden traducirse en una amplia gama de efectos (y no sólo en el orden civil). La que acabamos de ver, el comodato, es sólo una de dichas acepciones, la contractual²³.

Otra es la de posesión meramente tolerada, iniciada por el precarista gratuitamente y sin expresa concesión previa, pero que cuenta con el conocimiento de quien ostenta el derecho a la posesión, que puede reclamar la cosa en cualquier momento, pues la mera tolerancia basada y equivalente a abstención o pasividad (v. gr. por cortesía o relaciones de vecindad) no crea ningún derecho²⁴.

disponer de dinero en metálico, producto de la venta del inmueble con fines variados (SAP Asturias 26 junio 2006, AC 2006\1589).

²³ Muy claramente al respecto, COSTAS RODAL, L., «Recuperación posesoria de la vivienda cedida gratuitamente por los padres al hijo casado, en caso de crisis matrimonial», *Aranzadi Civil* 2010-5, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Una cuestión procesal frecuente en estos temas es la de la «complejidad» de la relación jurídico material existente entre los sujetos intervinientes, lo que obliga a la remisión al proceso declarativo por considerarse que su conocimiento completo no puede atenderse en el juicio verbal por desahucio (STC 163/1996 de 28 octubre. RTC 1996\163). Supuesto de la ocupación de una vivienda en virtud de la relación laboral que le unía a su propietario que le descontaba de la nómina una cantidad, quedando extinguido el título de ocupación al extinguirse la relación laboral (SAP Asturias 6 octubre 1992. AC 1992\1487).

²⁴ A veces el uso sólo alcanza una baja entidad, pero aun así es útil para el fin de vivienda como es el caso del servidor de la posesión. Vid. el supuesto de la STS 30 octubre 1986 RJ\1986\6017 se refiere a un hijo poseedor de fincas de su padre. Respecto de un usuario a quien el propietario había cedido la casita junto al chalet a cambio del cuidado del jardín y que continúa en su disfrute al fallecimiento de aquél, vid. SAP Málaga 30 abril 1997. AC 1997\863).

Y todavía un grado más; el precario incluye la posesión contra o al menos sin la voluntad del legítimo titular de la posesión: el precarista nunca tuvo título, o si lo tuvo perdió ya su eficacia, pero continúa en el disfrute después de haberse extinguido el derecho que lo justificaba²⁵.

Esta situación desemboca en el supuesto de la usurpación de bienes inmuebles art. 245.2 CP 1995. Al respecto, el propio movimiento «okupa» propugna soluciones a través del contrato de precario, no propiamente para otorgar ni privar de derechos u obligaciones ni a propietarios ni a ocupantes, sino para clarificar sus respectivas posiciones y normalizar la situación de los ocupantes, descartando el matiz de ilegalidad y de inquietud por la actuaciones de desalojo policial. De este modo no sólo las garantías legales del propietario no disminuyen sino que aumenta su certidumbre sobre gastos, daños y otras incidencias, estableciendo un cuadro —intuitivo pero de conveniente plasmación escrita— de derechos y deberes. Así, el usuario no pagará renta pero sí gastos derivados del uso y disfrute de la vivienda, tales como de reparaciones ordinarias, suministros e incluso el seguro de responsabilidad civil por daños causados por/desde la vivienda. Por el contrario, corren por cuenta del propietario los gastos derivados de la propiedad de la vivienda (IBI, seguro contra incendios) y las reparaciones extraordinarias (estructura, fachadas, cubiertas del edificio)²⁶.

3. DERECHOS REALES. EN ESPECIAL EL DERECHO DE HABITACIÓN

Entre los Derechos reales, en lugar preeminente está la propiedad en sus diversas modalidades, tanto exclusiva como en comunidad (ya sea ordinaria, ya en propiedad horizontal²⁷).

²⁵ A este sentido se refiere el artículo 250.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 cuando precisa que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

²⁶ A veces se hacen proposiciones audaces como que el término de la ocupación sea que el propietario presente un proyecto de utilización para la vivienda con una fecha de inicio concreta (esta cláusula lo convertiría en un comodato pero parece poco efectiva una cláusula penal por retraso en la devolución). Más realista es la contemplación de un plazo de previo aviso al precarista (vg., 60 días de antelación) y la especificación de las normas de convivencia y adecuada utilización de los servicios y elementos comunes. Vid. <http://www.okupaziobulegoa.org/es/node/49> (consulta 2.2.11). En conexión con este problema se haya el concepto de alquiler justo a que alude el Decreto 13/2010, de 2 de febrero, del Plan para el derecho a la vivienda de 2009-2012 para la aplicación en Cataluña del Programa de ayudas para el pago de la vivienda, estableciendo que en el sistema de prestaciones permanentes para el pago del alquiler, se entiende que hay riesgo de exclusión social cuando la unidad de convivencia a que pertenece la persona que solicita la ayuda paga un alquiler superior al definido como alquiler justo (importe que no tendría que superar el 20% o el 30% de sus ingresos, según, respectivamente, éstos estén por debajo de 0,94 veces el Indicador de renta de suficiencia de Cataluña (IRSC), o entre 0,94 y 2,35 veces el mencionado índice (art. 76.3).

²⁷ Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal y art. 396 Cc.



A su vez, dentro de los derechos reales limitados, más concretamente los de goce, y de contenido más restringido que el usufructo, estudiamos aquí los derechos de uso y, sobre todo, el de habitación más específicamente destinado al alojamiento, dado que sólo puede constituirse a favor de personas físicas. Está regulado, en el ámbito del Derecho común, por su título constitutivo (523 Cc) con remisión al usufructo en lo que no se oponga a su naturaleza (528 Cc) y se considera temporal, en principio intransferible (525 Cc)²⁸ y normalmente gratuito.

En cuanto a los Derechos Forales, valgan algunos ejemplos. En Cataluña la regulación del derecho de habitación ha correspondido sucesivamente al Código Civil (por remisión) hasta la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, reguladora del Usufructo, Uso y Habitación, y actualmente al Código Civil de Cataluña (Libro Quinto-Derechos Reales, Ley 5/2006, de 10 de mayo, arts. 562-9 a 562-11, en adelante CCC). En extracto, se distingue entre el uso de vivienda que se extiende a la totalidad de ésta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos (art. 562-7 CCC), y el derecho de habitación o a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indican en el título de constitución o los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos, aunque el número de éstas aumente después de la constitución (art. 562-9 CCC).

En Navarra existe la figura consuetudinaria «acogimiento a la casa», que combina un aspecto subjetivo (pluralidad de personas de diversas generaciones, incluso de distintas líneas) y otro objetivo (patrimonio material que incluye la casa vivienda y anejos, junto al patrimonio moral). La jurisprudencia foral considera que tal institución incluye el derecho de habitación²⁹ y que éste a su vez resiste muchas vicisitudes que sufre aquella figura mayor que lo comprende³⁰.

Lejos de haber quedado anquilosado, la jurisprudencia menor demuestra cómo a través del derecho de habitación pueden resolverse las más variopintas situaciones familiares y sociales³¹, acogiendo combinaciones de intereses y expectativas

²⁸ Según el art. 562-4 CCC, los usuarios y los que tienen derecho de habitación sólo pueden gravar o enajenar si lo consienten los propietarios.

²⁹ Del tratamiento de esta figura en Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, destacamos el concepto y el sistema de resolución de cuestiones. Respecto del acogimiento, cuando se establezca en favor de alguna persona derechos de vivir en la Casa (de ser alimentada y atendida, tanto en salud como en enfermedad u otros similares, con o sin obligación de trabajar para la Casa), se estará a la disposición que los conceda y a la costumbre del lugar (art. 131 CN). Todas las cuestiones que se susciten sobre interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los derechos en esta materia se someterán a la decisión de los Parientes Mayores (art. 132 CN).

³⁰ En el caso de la SAP Navarra 18 enero 2000 AC 2000\491, el ejecutante permite la permanencia de los ejecutados en la casa, compartiendo su uso con ellos.

³¹ Se dispuso por la esposa premuerta que su viudo tuviera el goce de todas las dependencias del inmueble con la finalidad de evitar que éste compartiera la vivienda con persona ajena a la familia, de manera que solamente le lega la *libertad* para, si a su interés conviniera, compartir la vivienda con algún familiar. Cabe dudar si estamos ante una cuestión de celos o de desinteresada protección a favor de su desconsolado viudo (SAP Barcelona 17 septiembre 2009 AC\2009\2017).

legítimas, a veces de difícil encaje en otras figuras. En cualquier caso, parece que por la vía sucesoria se ha producido un resurgimiento, como veremos en su lugar.

Las situaciones de convivencia subyacentes pueden tener muy diverso origen³² pero el derecho de habitación va adaptándose a la evolución de la familia o persona de acogida a lo largo de los años, y a todas sus vicisitudes personales y patrimoniales (matrimonio de hijos o muerte de los padres constituyentes, cambios de residencia, sobreveniencia de nuevos descendientes de los constituyentes o de los habitacionistas, transmisiones *inter vivos* o *mortis causa* del inmueble disfrutado, constitución sobre él de nuevos derechos de mayor o menor contenido, etc.).

Su constitución requiere la voluntad expresa de las partes o del testador, según se constituya por una u otra vía. La constancia documental (no es necesaria forma pública) vale como medio de prueba e interpretación pacífica, tan necesaria para crear un ambiente de confianza que prestigie una figura y estimule su continuidad.

En cuanto a los modos y estipulaciones más frecuentes en su constitución, figura la voluntad del constituyente de que el interesado ocupe la vivienda hasta su muerte³³, o incluso más prolongadamente, con cláusula específica respecto a la propia sucesión en el uso por causa de muerte del titular del derecho de habitación a favor de sus descendientes³⁴ o, a la inversa, mediante concesión hereditaria a favor de una hija sólo mientras permanezca soltera³⁵.

Otra modalidad es la constitución a título oneroso, el contrato de habitación con contraprestación, por el que el titular del goce (vg., la viuda usufructuaria) de la vivienda permite que el habitacionista conviva con él a cambio de realizar las obras de reparación y atenderle personalmente (ambas contraprestaciones pueden llegar a tener una entidad importante). Creemos que el carácter oneroso del contrato no excluye, en principio, la naturaleza real del derecho resultante³⁶. En cualquier caso, la realización de obras, como regla general, no equivale a la renta salvo que se acredite fehacientemente el acuerdo como tal contraprestación.

La exigencia de delimitación de las dependencias que necesite el habitacionista dentro del inmueble implica, *sensu contrario*, que la extensión de su derecho a la totalidad de la vivienda haya de pactarse de forma expresa y clara. O dicho de otro

³² Pensemos en la vieja figura de la colocación familiar (regulada esencialmente en la Orden de 1-4-1947 respecto a los menores de 16 años) que no creaba vínculos familiares (reservados a la adopción plena, con lo que el derecho de habitación quedaría subsumido en la función de vela y compañía ínsita en la patria potestad), pero sí podía derivar en unos vínculos cuasifamiliares.

³³ SAP Madrid 24 junio de 2005 (JUR 2005\186389).

³⁴ En el caso de la SAP Barcelona 29 abril 2009 (JUR 2008\170627) se trata de un contrato de febrero de 1941 con la Societat Privada Municipal, SA, del siguiente tenor (preconstitucional): «Los usuarios de viviendas gozarán para sí y sus descendientes legítimos y directos de las mismas y su mobiliario, pudiendo designar libremente a su muerte sucesor entre sus hijos casados, y caso de fallecer sin hacerlo, hará la designación la Comisión Permanente del Ayuntamiento». En general, se presupone la convivencia de los sucesores con el titular de la habitación (SAP Murcia 26 marzo 2003, JUR 2003\198044).

³⁵ SAP Madrid 3 julio 2000 (JUR 2000\277431).

³⁶ SAP Cantabria 6 mayo 2004 (JUR 2004\5628).



modo, las dependencias no necesarias quedarán libres de este derecho y disponibles para el propio concedente o para otros usuarios, que convivirán con el primero: la convivencia no desnaturaliza el derecho de habitación³⁷.

Por eso es esencial atender a la configuración física del inmueble. De modo que el solo hecho de que la vivienda, por sus características y distribución, no sea susceptible de división y de aprovechamiento independiente, no supone que el derecho de habitación tenga que abarcar la totalidad de la misma y ello en exclusiva (vg., la vivienda únicamente dispone de un baño, de una cocina y de un salón comedor, por lo que es obvio que no se pueden constituir dos unidades independientes con los correspondientes servicios que la hagan habitable).

Admitirlo sería desnaturalizar el derecho de habitación, haciendo inútil su regulación legal al confundirlo con otros derechos, incluso de mayor amplitud, como el usufructo. A mi juicio, ser rigurosos es la mejor forma de generar y mantener la confianza entre las partes y evitar los conflictos previsibles.

Por ello, la exclusividad de uso por el habitacionista se limita a las dependencias que sean susceptibles de uso independiente y privativo, produciéndose con respecto a las demás que también le sean necesarias (como el baño y la cocina) una utilización común o compartida con el propietario u otro ocupante, que a su vez disfrutará en exclusiva de las estancias libres o no necesitadas por aquel habitacionista³⁸.

Otra cuestión son los problemas de convivencia. No en vano la Ley catalana de 20 de noviembre de 2000 en su art. 45 establecía que en caso de convivencia entre el propietario y el habitacionista, ambos deben ejercer su derecho de forma correcta, a fin de facilitar una relación normal entre uno y otro y con las personas que convivan con ellos. A veces la gravedad del deterioro de las relaciones obliga a la resolución del contrato, por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (art. 1184 Cc, doctrina *rebus sic stantibus*) especialmente en los casos en que el habitacionista haya pactado una contraprestación de asistencia a favor de los constituyentes del derecho de habitación.³⁹ Una interpretación amplia del término «familia» no comprende a todos los familiares de una persona, y menos a las amistades de éstos, sino a las personas que vivan o deban vivir con ella⁴⁰.

³⁷ Se trata, si se quiere, de una de las modalidades de lo que recientemente se conoce como *vivienda compartida*. El reto es encajarla entre nuestras figuras sin necesidad de importarla de otros ordenamientos.

³⁸ El término *casa* requiere una interpretación adecuada a la realidad social. Con alguna frecuencia hoy las viviendas disponen de más de un baño pero no ocurre así con otra dependencia tan necesaria como la anterior, la cocina, incluso en las viviendas que tienen varias plantas (SAP Barcelona 4 octubre 2007 JUR 2007\145352). En el caso de plantas independientes en un edificio con locales de negocio, puede entenderse cada una de cuyas plantas constituye un inmueble —una casa— propiamente, con diferentes estancias (SAP Barcelona 17 septiembre 2003 AC\2003\1817).

³⁹ La situación tiene variadas causas (vg., retorno de hijo de los habitacionistas, variación de las circunstancias iniciales) y consecuencias (vg., insultos, lesiones y daños). Vid. SAP Cantabria 6 mayo 2003 (JUR 2004\5628).

⁴⁰ Por ejemplo, se incluyen los sirvientes que asisten a una persona de avanzada edad que lo requiere, pero no los familiares que pernoctan o la visitan, no extendiéndose la necesidad del

Para una correcta valoración de este derecho es preciso comprobar su posible concurrencia en un mismo supuesto con otras figuras, especialmente de Derecho de Familia y Sucesiones, tan íntimamente ligadas entre sí, pues pueden absorberlo o hacerlo innecesario, incluso oponerse a su configuración⁴¹.

En cambio, en otros casos no es tan relevante la calificación jurídica de este derecho, sino el propio dato de la realidad de que el interesado ni habita ni necesita habitar, porque ello le priva de causa: la necesidad del inmueble, pues su uso o habitación carece de efectividad para él al residir en otra localidad o disfrutar de otra vivienda.

Desde luego la interpretación será clara si las propias partes califican expresa y correctamente, con voluntad indubitada, el derecho que constituyen como «derecho real de habitación» excluyendo o al menos distinguiéndolo de figuras en cierto modo afines (vg. arrendamiento, precario, usufructo)⁴².

El derecho de habitación no se extiende propiamente a la percepción de los frutos, lo que sirve para delimitar por vía negativa su ámbito espacial (vg., se extenderá a todo o parte de la casa, pero no a huertos, cuadras, ni a otros anejos). El uso de estos otros elementos constituye actos meramente tolerados por los propietarios de la finca, pero no forman parte del contenido específico del derecho real de habitación. Puede decirse que desde la óptica espacial a lo que no se extiende el derecho de habitación se extiende el precario, por tanto con diferentes niveles de intensidad en la protección de ese disfrute (desde ser contenido propio de un derecho subjetivo hasta la mera posesión tolerada).

En cuanto a su eficacia respecto a terceros, presuponiendo su carácter real, el remate de su oponibilidad se obtiene con el consiguiente acceso al Registro de la Propiedad. Si no se inscribe su derecho el habitacionista puede quedar desprotegido⁴³ frente al adquirente de un derecho que comprenda el suyo (art. 32 LH) aunque dicho adquirente carecerá de buena fe cuando conociese el derecho de habitación sobre el piso (vg., *podía ver en él a su ocupante, incluso se conocían*).

Otro aspecto es el significado de la mención *libre de cargas y gravámenes* en los instrumentos de tráfico del inmueble, que hace pensar que el habitacionista carece de título alguno que legitime su posesión. En la mayoría de los casos una valoración conjunta de la prueba delata que esa manifestación es genérica, a modo de cláusula de estilo, y puede suponerse que, por la relación cuasifamiliar existente entre el transmitente y el habitacionista, no se concibió como carga o gravamen el

habitacionista a la ocupación de un cuarto de huéspedes, máxime si su habitación es doble y dichos familiares pueden dormir con ella (SAP Lugo 17 enero 2000, JUR 2000\186988).

⁴¹ Por ejemplo, los interesados renuncian explícitamente al derecho expectante de viudedad foral aragonesa (79 y ss Compilación Foral de Aragón) y se establece a favor de la esposa una renta mensual de 30.000 pesetas, si quedase viuda, a cargo de sus herederos: (es el caso de la SAP Zaragoza 19 abril 2000 (AC\2000\3180).

⁴² SAP Cantabria 27 mayo 2004 (JUR 2004\180436).

⁴³ El art. 513.6º Cc alude a la extinción del usufructo por la resolución del derecho del constituyente (SAP Zaragoza de 12 febrero 2002, JUR 2002\101213).



derecho de éste a seguir morando en la vivienda, concedido con ánimo de liberalidad. Existen supuestos de simulación y fraude cuando de las circunstancias resulta que la falta de acreditación de la autenticidad del documento del que resulta la constitución del pretendido derecho de habitación tiene por finalidad sólo obstaculizar la plenitud en la ejecución o ejercicio de un derecho preferente⁴⁴.

Por último, el derecho de habitación se extingue por las mismas causas que el usufructo⁴⁵; además, por (su) abuso grave (de la cosa y de la habitación), y en general cuando cese la necesidad de vivienda, dado su carácter personalísimo.

La muerte del habitacionista extingue este derecho sobre todo en los casos de duración vitalicia; otros convivientes del premuerto podrían continuar el disfrute a modo de mera tolerancia expresa o tácita del hecho en sí del disfrute que ni afecta a la posesión (art. 444 Cc), ni crea derechos en el detentador ni en sus herederos. Puede concluirse desde este aspecto (de la extensión temporal) que a lo que no se extiende la habitación se extiende el precario.

En relación al abuso grave de este derecho, hay coincidencia en que el arrendamiento u otra forma de cesión inconstituida a tercero del inmueble disfrutado implica vulneración del título constitutivo, en este caso por extensión a favor de terceros, dada la natural intransmisibilidad de este derecho (*ex* art. 525 Cc), a diferencia del usufructo (arts. 480 y 498 Cc)⁴⁶. Se interpreta en forma restrictiva esta sanción, no mereciéndola los hechos que, más que actos, constituyen omisiones como los deterioros en la cosa especialmente si se deben a falta de las debidas reparaciones⁴⁷, dado que el habitacionista, en ciertos supuestos, debe contribuir con el propietario a pagar reparaciones y contribuciones (527Cc)⁴⁸.

Cosa diferente es que los deterioros se agraven y el derecho de habitación se extinga por la pérdida o ruina de la cosa sobre la que recaía, sin perjuicio de la responsabilidad del habitacionista⁴⁹. Tampoco tiene el carácter de abuso grave el impago de gastos no prescritos (en especial, cuotas comunitarias e impuestos inmobiliarios, si así se pactó), salvo voluntad deliberadamente rebelde a su pago⁵⁰.

Claro está que en los supuestos de expulsión ilegítima (no abandono voluntario) del habitacionista de la vivienda, debe restituirse, cuando proceda, el mobiliario y objetos personales, los gastos derivados de la ocupación de otra vivienda, el daño

⁴⁴ En el caso de la SAP Vizcaya 1 septiembre 2002 (AC 2000\4733) se trata de la ejecución de una adjudicación de la vivienda en vía judicial sumaria.

⁴⁵ Remisión a los arts. 513 a 522 Cc. Un supuesto de ello es la extinción por consolidación en caso de atribución del pleno dominio al habitacionista (*ex* art. 513.3º Cc).

⁴⁶ SAP Barcelona 26 enero 2001 (JUR 2001\145932).

⁴⁷ Desde una antigua jurisprudencia (STS 30 de abril de 1910) hasta nuestros días (vg., SAP Zaragoza 20 enero 2006, JUR 2006\150318).

⁴⁸ El habitacionista soportará los gastos de la vivienda que sean individualizables y que deriven de la utilización que hace de la misma, así como los gastos correspondientes a los servicios que haya instalado o contratado (art. 562-11 Código Civil Catalán).

⁴⁹ Aplicación del art. 513.5º Cc (SAP Madrid 4 abril 2000, JUR 2000\207535).

⁵⁰ SAP Almería 6 mayo 2002 (JUR. 2002\174152).

moral y los pagos hechos en consideración a obras; todo ello atendiendo a las especiales circunstancias del caso (vg., larga estancia, avanzada edad del habitacionista⁵¹, etc.).

4. DERECHO DE FAMILIA

La preocupación por la vivienda familiar se hace patente desde la fijación del domicilio conyugal de común acuerdo entre los cónyuges, resolviendo el juez en caso de discrepancia (art. 70 Cc) y siempre en interés de la familia, hasta el ejercicio de las relaciones paternofiliales a través de la obligación de los padres respecto a los hijos no emancipados de «tenerlos en su compañía» (art. 154 Cc), o el desempeño de la tutela (pudiendo inducirse de la «obligación de velar» por el pupilo, art. 269 Cc), y del acogimiento familiar o institucional (172 a 174 Cc). El régimen económico-matrimonial, cualquiera que sea éste⁵², regula con detalle la necesidad residencial en aras de la estabilidad familiar, tanto en la normalidad como en las situaciones de crisis. Pero es en estas últimas cuando se hace más acuciante. Es conocida la frecuencia con que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella correspondan a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 Cc)⁵³, incluyendo la modalidad de *custodia compartida*.

Externamente al círculo matrimonial, la vivienda es objeto de atención con ocasión de los alimentos entre parientes (aludiendo no sólo al cónyuge sino a los ascendientes, descendientes y hermanos, éstos con alguna restricción), al incluirse en el contenido de tales alimentos lo indispensable para la habitación (art. 142 Cc) y, por tanto, el mobiliario imprescindible. Incluso se prevé una modalidad de cumplimiento de dichos alimentos a través del pago de la pensión que se fije o *recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos* (art. 149 Cc). Dicha modalidad, aunque no se refiere exclusivamente a la habitación, la convierte en presupuesto de la prestación de otras necesidades, salvo que dicha convivencia contradiga la situación establecida por las normas aplicables o la resolución judicial (vg., de separación o divorcio), o bien perjudique al alimentista menor de edad, o concurra otra justa causa⁵⁴.

⁵¹ SAP Barcelona 10 abril 2000, JUR 2000\190984. También en relación a otras figuras, la jurisprudencia constitucional es consciente, a efectos de suspensión de la medida de lanzamiento, de que la pérdida de posesión, en caso de ejecución de la vivienda que constituye el domicilio personal y familiar ocasionaría de inmediato una precaria situación familiar (Autos núm. 226/2000 de 2 octubre, RTC 2000\226; y núm. 106/2005 de 14 marzo. RTC 2005\106).

⁵² Vid. *Disposiciones generales* (arts. 1315 a 1324 Cc). El Cc regula en los arts 1344 a 1444, además del régimen de sociedad de gananciales, los de participación y de separación, pero pueden pactarse otros en capitulaciones matrimoniales con los límites del art. 1328.

⁵³ En el caso de que algunos de los hijos queden en la compañía de un cónyuge y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente (96.2 Cc).

⁵⁴ La jurisprudencia es muy expresiva: vg., respecto al caso de cónyuges en referencia a la situación incómoda que hiciera amargos a un cónyuge los alimentos suministrados por el otro si no son prestados con sentimientos de cordialidad, además de con suficiencia difícilmente comprobable



5. DERECHO DE SUCESIONES

Con carácter general puede decirse que las vías de acceso a la vivienda en esta parte del Derecho civil son la sucesión testada e intestada a las que se refiere el art. 609 Cc, sin olvidar en ambos casos la atribución legitimaria en el ámbito estrictamente familiar.

Interés especial presenta la figura⁵⁵ de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que el titular de la misma haga a favor de un legitimario persona con discapacidad (que convive con aquél), lo que incluso tendrá lugar por ministerio de la ley si el discapacitado lo necesita, aunque tampoco podrá impedir que continúen viviendo en ella los demás legitimarios mientras ellos también lo necesiten, o que se atribuya dicha vivienda al cónyuge viudo si en ella tuviese su residencia habitual (1406) en propiedad o a través de otro derecho de uso y habitación (1407). Se observa la correlación de intereses entre los distintos necesitados y su tendencia a la satisfacción compatible, en aras del mantenimiento del hogar familiar si fuese posible. Sin embargo, esto puede resultar contraproducente cuando las necesidades habitacionales de ambos titulares y sus respectivas familias sean incompatibles con la estructura arquitectónica de dicha vivienda habitual. La doctrina evita esta solución limitándola a los casos en que el cónyuge superviviente sea progenitor del discapacitado (no, vg., su padrastro o madrastra)⁵⁶.

En sede de partición hereditaria podemos considerar tan aplicable a la vivienda familiar como a otro inmueble que integre el caudal relicto, la facultad del causante de su adjudicación a un legitimario con la obligación de pago en metálico (incluso extrahereditario) de la legítima de los demás interesados (art. 841 y ss, y 1056.2 Cc aunque éste se refiere expresamente a una empresa o explotación familiar)⁵⁷.

6. OTRAS FIGURAS

Explorando otras formas de satisfacción de habitación, el Código civil ha introducido⁵⁸ una figura ya reconocida por la jurisprudencia y doctrina: el art. 1791

(STS 21 diciembre de 1953); o respecto de un menor lesionado que había sido obligado por el padre a trabajos agrícolas de fuerza y objeto de vejaciones por sus hermanos (STS 5 abril 1923), no digamos nada en situaciones de malos tratos o abusos deshonestos, respectivamente.

⁵⁵ Su reconocimiento legal se consagra en el art. 822 Cc (en aplicación del mismo vid. SAP Murcia 9 octubre 2008 JUR 2008\59072).

⁵⁶ BUSTO LAGO, J.M., «Arts. 806 a 822», *Comentarios al Código civil*, Ed. Thomson, Aranzadi, 2006, pp. 1009 a 1011.

⁵⁷ En el Derecho foral, según la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, el cónyuge viudo podrá optar por hacer efectiva su legítima sobre la vivienda habitual, entre otros bienes, en tanto no exceda de su cuota usufructuaria (art. 257).

⁵⁸ En virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.



establece que por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.

Fuera ya de la regulación del Cc, existen figuras principalmente aportadas por los derechos autonómicos (en su caso, forales) que atienden a esta necesidad de vivienda, presentando aspectos tangenciales con el Derecho de Familia, Sucesiones o de la Persona (domicilio, acogimiento, incapacitación).

Una de ellas son las situaciones convivenciales de ayuda mutua⁵⁹. Se trata de relaciones de convivencia de dos o más personas (máximo 4) mayores de edad, en una misma vivienda habitual que, sin constituir pareja ni familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico. Estas personas no son parientes entre sí en la línea recta (ni constituyen pareja matrimonial o de hecho) pero pueden serlo en la línea colateral sin límite de grado, o tener relaciones de simple amistad o compañerismo. Los convivientes pueden establecer y modificar (verbalmente o por escrito público o privado) los pactos reguladores de la convivencia, los respectivos derechos y deberes, incluso las causas y normas de extinción de ésta⁶⁰.

Esta solución se especializa respecto de determinados colectivos, principalmente los mayores, pero su funcionamiento y efectos son muy parecidos, salvando algunos matices, como la dependencia entre acogidos y acogedores y un mayor detalle en la regulación del aspecto sucesorio. Así, vg., respecto de la extinción, en caso de defunción de la persona acogida o de la última de ellas, siendo dos, si éstas eran propietarias de la vivienda, la persona o personas acogedoras tienen derecho a vivir en ella y a utilizar el menaje de casa durante un año. Y a la inversa. En cambio, si las personas acogidas o acogedoras eran titulares del arrendamiento de la vivienda, se estará a lo dispuesto por la legislación vigente en materia de arrendamientos urbanos⁶¹.

CONCLUSIONES

La vivienda es una necesidad que puede cubrirse con una amplia gama de figuras del Derecho Privado (desde la solidez y plenitud de la propiedad hasta la fragilidad del precario). Es importante el aprovechamiento de sinergias, descubriendo recursos o cruzando posibilidades, por una parte, con necesidades y conflictos, por

⁵⁹ Reguladas entre otras, por la Ley 19/1998, de 28 diciembre, de Situaciones convivenciales de ayuda mutua de la Generalitat de Cataluña.

⁶⁰ Dicha situación puede acreditarse para los efectos oportunos, por medio de la escritura pública o documento público notarial, o por el transcurso de un período de dos años de convivencia mediante acta de notoriedad. En cuanto a la extinción de esta convivencia, rige la autonomía de la voluntad, pero sin perjudicar ni a los convivientes que se hayan apartado de la convivencia ni a los demás convivientes que continúen en ella.

⁶¹ Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores (Cataluña) y Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores.



otra, para su satisfacción, compaginando diversos niveles de economía y garantía, así como la creación de un ambiente de confianza entre las partes de estas figuras que las prestigie y estimule su aplicación, venciendo resistencias por su desconocimiento o por la ineffectividad en la reclamación recíproca de derechos. Los abusos por ninguna de las partes son tolerables pero además, al lesionar el deseable equilibrio, desincentivan la cesión —onerosa y *a fortiori* gratuita— de la vivienda.

En esta labor es necesaria la contribución coordinada de todos los agentes que intervienen o se hallan implicados (propietarios, inmobiliarias, políticas públicas de la Admón, comunidades de propietarios, asociaciones de vecinos, etc.) en orden al cumplimiento de los principios sociales y económicos, en mutua interdependencia. Así, en la lucha contra fenómenos como la infravivienda o el hacinamiento y otras formas de exclusión residencial⁶², además del fomento de la propiedad o del alquiler público, surgen figuras como la mediación residencial que maneja factores propios de los diversos ámbitos jurídicos (vg., situaciones de desahucios y ejecuciones hipotecarias con posible aplicación de la legislación concursal a la insolvencia de las personas físicas, acoso inmobiliario, usurpación de inmuebles, etc.).

Si la vivienda ha de ser la más adecuada a cada edad y situación, habrá que ir desarrollando nuevas figuras jurídicas o adaptando las existentes a las necesidades cambiantes (vg. contrato mixto prestación de asistencia y habitación) para ofrecer respuestas o soluciones habitacionales o convivenciales para un público muy variado (vg., rehabilitación y adecuación de viviendas para personas mayores y dependientes, discapacitados; viviendas tuteladas, semituteladas y compartidas para menores o mayores en los distintos estadios de autonomía).

Recibido: 28-3-2011. Aceptado: 28-10-2011.

⁶² La Tipología Europea de Sinhogar y Exclusión Residencial distingue: a) sin techo (vive en un espacio público); b) sin casa (en alojamiento temporal, albergues); c) en alojamiento inseguro (bajo amenaza severa de exclusión por desahucio, arrendamiento precario, violencia doméstica); y d) en alojamiento inadecuado (en vivienda no apta por su habitabilidad o asentamientos ilegales). Vid. http://www.feantsa.org/files/indicators_wg/ETHOS/ethos_spain.pdf (consulta 2.2.11).