

LA TRANSMISIBILIDAD DE LOS DERECHOS REALES DE USO Y HABITACIÓN (ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 523 Y 525 DEL CÓDIGO CIVIL)

DR. JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
Profesor Titular de Derecho Civil

Sumario: 1. Introducción. I. ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN. 2. Concepto de uso y de habitación. 3. Régimen jurídico de estos derechos. 4. Constitución de estos derechos reales. 5. Facultades que forman parte del contenido del derecho de uso: la facultad de uso y una facultad limitada de apropiación de frutos. 6. Extensión de la facultad de apropiación de frutos: segundo criterio, el alcance de la familia. 7. Contenido del derecho de habitación. 8. Extinción de los derechos de uso y habitación. Remisión a las causas previstas para la extinción del usufructo. 9. Extinción del uso y de la habitación por abuso grave. II. ¿SON INTRANSMISIBLES LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL? 10. Las diferentes posiciones y argumentos de la doctrina. 11. El ámbito de la autonomía privada en la configuración de los derechos reales de uso y de habitación: ¿Es posible constituir un derecho de uso transmisible? 12. El carácter dispositivo o imperativo del art. 525 C.C. 13. La cesión o transmisión de los derechos de uso y habitación en otras legislaciones civiles españolas. 14. La sujeción a hipoteca de los derechos de uso o habitación: el artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria. 15. El embargo de los derechos de uso y habitación. 16. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

La imposibilidad de transmitir los derechos de uso y habitación sancionada por el artículo 525 del Código Civil ha sido el ejemplo más conocido del que nos hemos servido académicamente para ilustrar un supuesto de un derecho que, siendo de contenido patrimonial, era de carácter personalísimo en la medida en que no podía ser ejercido o aprovechado más que por su titular. Lo cual, como veremos, en rigor de conceptos impediría sólo la cesión de su ejercicio, sea a título gratuito u oneroso, pero no impediría la transmisión de la titularidad para que el nuevo titular se sirviera de él, también para satisfacer sus necesidades personales y las de su familia ya que éste constituye el límite de la extensión de sus facultades de uso y de apropiación de frutos, que lo caracteriza frente al usufructo que concede estas facultades en toda su extensión. Bien es verdad que dicha posible transmisión de la titularidad a otros sujetos habría de tener un límite temporal, propio de todos los derechos que limitan o gravan el dominio, pero que,

igualmente, no impediría su transmisión a sucesivos titulares, sabiendo que cumplido el plazo o término fijado en el título constitutivo originario, el derecho se extinguiría, cualquiera que fuera su titular actual.

De esta prohibición de cesión de su ejercicio y/o transmisión de su titularidad como nota caracterizadora de estos derechos reales de uso y de habitación se ha hecho eco nuestra doctrina¹ al recoger que el artículo 525 del Código Civil sanciona la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación como proyección de su carácter personalísimo. Ciertamente la literalidad del precepto nos conduce a esa primera impresión: *Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*. Pero la fuerza de esta aseveración se va diluyendo a medida que procedemos a una interpretación sistemática del precepto, incardinándolo correctamente en la entera institución de la que tratamos. En efecto, el primer artículo dedicado a la regulación de estos derechos reales de uso y habitación, el artículo 523, señala, también con claridad meridiana, que el régimen jurídico de los derechos de uso y habitación *se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*.

En consecuencia, la afirmada intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación debe ser cuestionada, al menos, cuando el propio título constitutivo permita la cesión de su uso o la transmisión de su titularidad a otros sujetos, sea a través de actos jurídicos a título gratuito o a título oneroso. Por consiguiente, en adelante me propongo examinar si es posible o no pactar en el título constitutivo de estos derechos su transmisión, y analizar si esto supone vulnerar la función del tipo, esto es, si un derecho de uso o habitación transmisible sería una cosa distinta de la institución regulada en el Código Civil en los artículos 523 a 529. Previamente, nos ha parecido oportuno introducir algunos apuntes sobre la configuración general de los derechos reales de uso y de habitación, necesariamente breves y que deben remitir a las obras, pocas hasta ahora, que con carácter monográfico o más extensamente han estudiado esta institución².

1 ESPÍN CÁNOVAS. *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen II. Edersa. 1985, pág. 450; MARÍN PÉREZ. *Derecho Civil*, Volumen III. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 147; PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III. Volumen II. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 379; O'CALLAGHAN MUÑOZ. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. Edersa, 1988, pág. 244; LASARTE ALVAREZ. *Principios de Derecho Civil*, Tomo 4, Trivium, Madrid, 1996, pág. 346 ("no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, mucho menos, ceder o enajenar"); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, 3ª ed., Centros de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 643; ROGEL VIDE. *Derecho de cosas*. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 233; OSSORIO SERRANO. *Curso de Derecho Civil*, Tomo III, coordinados por MORENO QUESADA, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 341. lo considera intransmisible e indisponible, aunque advierte que cierta doctrina considera al artículo 525 supletorio de la voluntad de los interesados.

2 En esta materia destacan los trabajos de RAMS ALBESA: *Uso, habitación y vivienda familiar*. Tecnos, Madrid, 1987. 124 págs.: "Comentarios a los artículos 523 a 529", en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I. Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1382-1392; y su participación en la actualización de la obra colectiva. *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales*. Volumen 2, 2ª ed. 1991, sobre la 1ª edición obra de LACRUZ BERDEJO. 1989. Más recientemente la monografía de FERNÁNDEZ DOMINGO. *Los derechos reales de uso y habitación*. Dykinson, Madrid, 1994, 164 págs.: o los comentarios a este capítulo dentro de comentarios generales al Código Civil, especialmente DORAL GARCÍA. "Comentarios a los artículos 523 a 529", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO. Tomo VII. Volumen I, Edersa. 1ª ed. 1980, 2ª ed. 1992. Entre

I. ASPECTOS GENERALES DE LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN.

2. CONCEPTOS DE USO Y DE HABITACIÓN.

Para entender la actual configuración de los derechos reales de uso y de habitación en nuestro Código Civil consideramos indispensable unas breves referencias a su aparición y formación en el Derecho romano. En efecto, el derecho de uso fue originariamente configurado como una servidumbre personal, igual que el derecho de usufructo, pero a diferencia de éste, sólo concedía a su titular la facultad de usar la cosa ajena, servirse de ella limitadamente, sin poder disfrutar de la misma, es decir, sin poder percibir ni apropiarse de los frutos, naturales, industriales o civiles, que la cosa producía (*usus, uti potest, frui non potest*). La evolución posterior, en los propios textos romanos, permitió al titular del derecho de uso apropiarse de algunas utilidades o frutos que la cosa objeto de su derecho producía, atendiendo a que tales frutos estaban relacionados directamente con el consumo ordinario y cotidiano del titular y de su familia.

La doctrina ha señalado este tránsito, esta ampliación del ámbito de las facultades integradas en el contenido del derecho de uso, en las propias fuentes romanas: "En un primer momento el contenido de este derecho respondía exactamente a su denominación: el uso, en efecto, no daba derecho más que a un uso. Ante la circunstancia de existir cosas en las que el simple uso no reportaba ventaja apreciable, los juristas hicieron una prudente extensión del viejo concepto, concediendo al usuario, en ciertos casos, el derecho a percibir los frutos que bastasen a sus necesidades y a las de su familia"³.

Esta evolución significó, en consecuencia, una extensión del contenido y del propio concepto del derecho de uso que, como hemos señalado, se produjo en el mismo Derecho romano, que fue recogido por los juristas del Derecho común y recibido en las codificaciones decimonónicas. ¿Es nuestro Código Civil de 1889 heredero en este punto de la tradición jurídica latina? Veámoslo.

El capítulo dedicado a la regulación de los derechos de uso y habitación no comienza con una definición legal de los mismos, sino con un precepto dedicado a señalar el régimen jurídico de estos derechos, como si el legislador presumiera el concepto de éstos. Esta carencia de definición legal es generalizada, y acontece en otros códigos civiles contemporáneos de nuestro entorno. El propio García Goyena lo puso de manifiesto respecto del Proyecto de 1851, y acabó recogiendo las definiciones tradicionales de derecho de uso como *ius alienis ad necessitatem utendi, salva earum substantia*; y derecho de habitación como *ius alienas aedes inhabitandi, salva earum substantia*⁴.

los manuales genéricos merecen ser destacados, al menos, ALBALDEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, Tomo III, Volumen 2, 7ª ed., 1991; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo II, Volumen 2, 14ª ed., Reus, Madrid, 1988.

3 PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo III, Volumen 1, Edersa, Madrid, s/f, pág. 371. Esto permite al autor calificar al uso de nuestra codificación como un pequeño usufructo.

4 GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios*, Tomo I, Madrid, 1852, pág. 415. Vid. voz "uso" por COCA PAYERAS, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Civitas, Madrid, 1995, págs. 6759-60.

No puede admitirse como concepto del derecho de uso, el párrafo primero del artículo 524 cuando señala que el uso sería el derecho que permite a su titular percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a sus necesidades y a los de su familia; como si el derecho de uso no comportara también que su titular pueda usar de los bienes objeto de su derecho, al menos de forma compartida. Esto ha ocasionado cierta polémica doctrinal, al poder interpretarse tal concepto incompleto en el sentido de que los bienes objeto del derecho de uso seguirían siendo usados y administrados en exclusiva por el propietario, pudiendo el titular del derecho de uso solamente reclamar una porción de los frutos producidos⁵.

La razón de que no se aluda a la facultad de uso al describir el contenido del derecho de uso en el artículo 524 del Código Civil es que nuestro cuerpo legal, siguiendo el modelo de otros códigos latinos y del proyecto de 1851, no hace sino señalar el aspecto relevante o conflictivo en la evolución de la extensión de su contenido (ya que originariamente este derecho solo atribuía a su titular la facultad de uso, pero no la facultad de disfrutar de la cosa, aunque sea de forma limitada), dando por supuesto que el derecho de uso permite por un lado el uso de la cosa objeto del derecho (como el propio término indica) pero además, y por ello precisa una aclaración, los frutos que la cosa produzca, pero no todos (en cuyo caso nos encontraríamos en presencia de otro derecho, cual es el usufructo) sino sólo aquellos necesarios para cubrir las necesidades del titular.

Autorizada doctrina señala que la desaparición en el concepto del derecho de uso, del aspecto *uti* para sólo señalar el aspecto *fruendi*, se debe a que debido a la afinidad institucional entre usus y usufructus, fue necesario hacer hincapié en la diferente medida de los frutos que los respectivos titulares pueden percibir, para señalar su diversidad⁶.

En cambio, otros códigos más modernos, como el italiano de 1942, sí incluye en el concepto del derecho de uso (artículo 1021, primero del correspondiente capítulo, y en artículo separado al que incluye el concepto de derecho de habitación) este primer aspecto consustancial al derecho de uso: “quien tiene derecho de uso de una cosa puede servirse de ella y, si ésta es fructífera, puede recoger los frutos que sean necesarios para satisfacer sus necesidades y las de su familia”⁷.

Difícilmente se encontrará una definición más completa del derecho de uso que la

5 Esta concepción es seguida por parte de nuestra doctrina. La parece admitir FERNÁNDEZ DOMINGO (*Los derechos reales...* pág. 131), cuando afirma que en puridad el derecho de uso no recae sobre el inmueble, sino sobre una parte de los frutos, luego no “recae ni directa ni inmediatamente sobre el inmueble en sí”. En consecuencia, esta sería una diferencia con el derecho de habitación, que no recae sobre una parte de los frutos de la vivienda, sino directamente sobre su uso. A la cuestión de si el titular del derecho de uso puede usar la cosa, en exclusiva o compartidamente con el propietario, alude también RAMS ALBESA (*Comentario...* Ministerio de Justicia, Tomo I, pág. 1385), recogiendo las diferentes posiciones sostenidas en la doctrina.

6 RAMS ALBESA, *Uso, habitación...* pág. 13.

7 O como señala el artículo 2948 del código civil argentino: “el derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna [esto es, como servidumbre personal, no predial] con el cargo de conservar la sustancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia”.

que nos ofrece RAMS ALBESA: es un derecho real en cosa ajena, sin injerencias de tercero, incluido a estos efectos el propietario de la cosa objeto del derecho, que menoscaben o hagan imposible el goce directo, que se concede en forma estrictamente personal al usuario para que obtenga de la cosa cuantos servicios sea capaz de aprovechar para la satisfacción directa e inmediata de sus necesidades personales y familiares, incluso haciendo suyos los frutos naturales o industriales que sea susceptible de producir, si bien la apropiación de los frutos se limita, por regla, al límite del consumo anual posible por el usuario y su familia"⁸.

Se trata, por tanto, de derechos reales sobre cosa ajena que, en consecuencia, gozan de los caracteres propios de estos derechos de modo que recaen directamente sobre los bienes objeto del derecho, son derechos que tienen acceso al Registro de la Propiedad, y que por un lado son susceptibles de ser adquiridos mediante usucapión (aunque sea un supuesto difícil de concebir) y, por otro, prescriben en los plazos y condiciones propios de los derechos reales (artículos 468 y 513 del Código Civil, por remisión del propio artículo 528).

Finalmente, el derecho de habitación sería aquel derecho real que permite a su titular ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia⁹. Aunque en su origen difería del derecho de uso no sólo en la diferente naturaleza de la cosa objeto del derecho (una casa), sino también en algunos aspectos de su régimen jurídico (particularmente en la posibilidad que Justiniano concedió al habitacionista de habitar por sí mismo la pieza de la casa o arrendarla a otra persona, si bien no le permitía la cesión de su uso a título gratuito), en la actualidad, en los códigos latinos se ha suprimido esta particularidad, de modo que se ha establecido también para el habitacionista la prohibición de cesión o traspaso de su derecho a otra persona (artículos 634 del código civil francés, 525 del código español, 1024 del código italiano de 1942), lo cual ha propiciado que se cuestione la conveniencia de mantener la dicotomía entre derecho de uso y habitación, considerando que la habitación vendría a ser el derecho de uso para las casas¹⁰.

En nuestra opinión sí es posible encontrar una diferencia cualitativa entre ambos derechos: el uso permite cualquier uso o utilización de la cosa objeto del derecho, en este caso, una casa; en tanto que el derecho de habitación se concretaría sobre una casa y sólo con el fin de alojamiento. No obstante, en otros ordenamientos (por ejemplo, el artículo 2963 del Código Civil argentino) se permite al habitacionista o habitador no sólo habitar en la casa o vivienda, sino también dedicarla a la actividad de industria o comercio, o a ejercer allí su actividad profesional (una academia de enseñanza, una consulta de facultativo, o un despacho de abogado).

8 En LACRUZ y otros. *Elementos...*, III-2º. 1991. pág. 107.

9 Sobre el concepto y régimen del derecho de habitación. Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, voz "Habitación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, Civitas, Madrid, 1995, págs. 3289-90.

10 Para GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, sub art. 472, pág. 416) "era imposible conservar las sutilísimas distinciones o diferencias de las leyes Romanas y de Partida entre el uso de una casa y la habitación, cuando en sencilla razón deber ser y son una misma cosa: la habitación no es otra cosa que el uso de una casa".

Dispondríamos, entonces, de dos criterios para distinguir ambas figuras de derechos reales; primero, en función del objeto, sería habitación cuando el derecho recayera sobre una casa, normalmente para habitarla, pero también para ejercer allí alguna actividad comercial, industrial o profesional; segundo criterio, el derecho de habitación se distinguiría del derecho de uso, no sólo por el objeto, sino también por el destino, de modo que si se constituye tal derecho de habitación, sobre una casa o vivienda, esta se podrá destinar sólo a alojamiento (aunque éste no tenga que ser necesariamente como vivienda habitual).

En cualquier caso, serán los respectivos títulos constitutivos los que señalen cuales son los usos o destinos permitidos sobre la cosa, por encima del *nomen iuris* dado por las partes al derecho. El régimen jurídico aplicable será el establecido por los interesados en el propio título constitutivo, y en su defecto, lo dispuesto en los artículos 523 a 529 del Código Civil que, fundamentalmente, dispone el mismo régimen jurídico para ambos derechos (aunque con diferente contenido). Esto parece propiciar la unificación o fusión de ambas figuras de derechos reales pero, al tiempo, hemos de reconocer que la experiencia revela la utilidad práctica de mantener estas diferentes denominaciones del derecho que implican diferentes contenidos y diversos destinos de la cosa, sin excluir que la autonomía privada pueda ulteriormente hacer una configuración adecuada a las circunstancias concretas y a la verdadera finalidad de las partes¹¹.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTOS DERECHOS.

La regulación legal de los derechos de uso y habitación comienza con la determinación, en el artículo 523 del Código Civil, del régimen jurídico aplicable a estos derechos, advirtiendo que la principal fuente para conocer cuáles serán las facultades y deberes de sus respectivos titulares será el propio título constitutivo, por encima de las disposiciones contenidas en el propio capítulo II, artículos 524 a 529. El régimen jurídico queda señalado, por completo, en el artículo 528 cuando señala que las disposiciones establecidas para el usufructo serán también de aplicación a estos derechos en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo. Remisión cuya ubicación sistemática más correcta hubiera sido a continuación del artículo 523, para terminar de dibujar el régimen aplicable; tal era la ubicación dispuesta en el Proyecto de Código Civil de 1851 (artículos 470 y 471, equivalentes, respectivamente, a los artículos 523 y 528 actuales).

¹¹ La doctrina ha puesto de relieve que la habitación constituye una especie del género derecho de uso; se trata de un derecho restringido a la finalidad exclusiva del alojamiento del titular y su familia (CAVANILLAS MÚGICA, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, dirigido por ALBÁCAR LÓPEZ, Trivium, Madrid, 1991, pág. 861); un derecho de uso sin percepción de frutos y aplicado a la vivienda (ALBALDEJO, ob. cit., pág. 94). Aunque se ha señalado que "el usuario podría ejercitar en la casa una actividad empresarial, con tal que no cambie su destino; mientras el titular de la habitación no podría sino habitarla, esto es, alojarse en ella con la propia familia y no hacer de ella la sede de una empresa" (BARBERO (*L'usufrutto e i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 48) que por eso afirma la autonomía de la habitación respecto del derecho de uso). Señalan también las diferencias de ambos derechos ROGEL VIDE, ob. cit., pág. 231, como que el titular del derecho de habitación será necesariamente una persona física; y CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., pág. 84-85.

En el artículo 471 del Proyecto de 1851, además, se señalaba específicamente los preceptos del usufructo que serían también de aplicación al uso y la habitación, frente a la remisión general a la regulación del usufructo que hace el artículo 528 que, por otra parte, da la razón a quienes caracterizan los derechos que tratamos, especialmente, el derecho de uso, como un usufructo limitado en cuanto a su extensión¹², y que por eso se sirve de la regulación establecida para éste.

En consecuencia, y aunque más adelante tendremos oportunidad de profundizar en ello¹³, hay que destacar que el propio legislador ha querido supeditar la regulación legal de estos derechos, a la configuración que las propias partes, o el constituyente unilateral en su caso, hayan querido establecer, dentro de los lógicos márgenes que imponen los diferentes tipos de derechos reales, siendo la autonomía privada, por tanto, la principal fuente de las facultades y obligaciones que corresponderán al usuario y al titular del derecho de habitación (al cual, por cierto, el legislador se cuida de no llamar "habitacionista", sino que prefiere utilizar siempre una perífrasis, llamándolo "el que tiene derecho de habitación", en el artículo 523; o "el que tuviere derecho de habitación", en el artículo 527).

Carácter dispositivo de dicha regulación legal que, en reiteradas ocasiones, ha puesto de manifiesto la jurisprudencia (entre otras, las S.S.T.S. de 23 de marzo de 1925¹⁴: "según prescribe el artículo 523 del Código Civil, las facultades y obligaciones del que tiene derecho de habitación se han de regular por el título constitutivo del derecho y, en su defecto, por las disposiciones que siguen del propio capítulo", y 4 de febrero de 1983¹⁵: "De toda la normativa relativa al derecho de uso, aun dentro de su carácter esporádico y asistemático, puede deducirse, sin duda, que se trata de un derecho real, [cuyo] régimen jurídico atiende, en primer lugar, a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real").

4. CONSTITUCIÓN DE ESTOS DERECHOS REALES.

Falta, para los derechos de uso y habitación, unos preceptos específicos que señalen los diversos modos de constitución de los mismos, a diferencia de lo que para el usufructo establecen los artículos 468 y 469. A la vista de esta carencia, valiéndonos de la remisión genérica del artículo 528, podemos considerar que son de aplicación los modos de constitución previstos para el usufructo¹⁶, a saber: "por ley, por la voluntad de

12 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 93; PUIG PEÑA (ob. cit., pág. 371, nota 32) lo considera como una modificación del derecho de usufructo, subordinado a éste, del cual recibe las notas características fundamentales, aunque tenga alguna diversidad su particular disciplina.

13 Al analizar en el apartado II la relación entre los artículos 523 y 525 del Código Civil.

14 S.T.S. 23 marzo 1925, Jurisprudencia Civil, núm. 175, Tomo 165.

15 S.T.S. 4 febrero 1983, R.J.Ar. núm. 803/1983, Ponente: Excmo. Sr. Santos Briz.

16 GAYO, Digesto. 8, 1, 1: *Constituitor etiam nudus usus, id est sine fructu, qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et usufructus.*

los particulares, manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción” (art. 468). Es decir, se puede constituir el derecho real de uso y el de habitación (además de por disposición legal y por usucapión) mediante negocio jurídico, ya sea unilateral o bilateral, inter vivos o mortis causa, a título gratuito o bien a título oneroso (y esta última diferencia es significativa y trasciende al régimen jurídico en cuanto a las facultades del usuario o habitacionista en muchas legislaciones civiles ampliando las facultades del usuario o habitacionista si el derecho se había constituido a título oneroso), aunque su modo ordinario de constitución es en testamento, en forma de legado.

Asimismo, podrá constituirse el uso a favor de una o de varias personas, simultánea o sucesivamente¹⁷, y en todo caso, desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición (artículo 469). El propio Código Civil ofrece un supuesto de constitución de un derecho de uso o habitación mediante legado, bajo esta modalidad: “por el tiempo que permanezca soltero o viudo” el beneficiario (artículo 793.II).

Respecto del primer modo de constitución, por ley, la doctrina venía señalando que no existía en nuestro Código Civil ningún supuesto de constitución legal de estos derechos, situación que vino a cambiar con las reformas del Código Civil de 1981, a partir de las cuales puede considerarse como tal los supuestos previstos en los artículos 90 B) y 96.I del código civil, en sede de las medidas que se deben adoptar en caso de separación o divorcio (aunque la doctrina discute, y la jurisprudencia no es tampoco unánime, respecto a la cuestión de la naturaleza jurídica de este derecho, si se trata de un derecho personal o por el contrario, se trata de un derecho real¹⁸); y en el artículo 1407 del Código Civil en relación con los números 3º y 4º del artículo anterior, en sede de disolución y liquidación del régimen de gananciales, que permite la atribución a un cónyuge de un derecho de uso o habitación sobre el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, o, en caso de muerte del otro cónyuge, sobre la vivienda donde tuviese la residencia habitual¹⁹.

Respecto de la constitución de los derechos de uso y habitación por medio de un acto *inter vivos*, sea a título oneroso o sea a título gratuito, hay que señalar que el supuesto más normal será aquél en que el disponente enajena el inmueble y se reserva el derecho de uso o habitación, normalmente con carácter vitalicio²⁰. Por otro lado, la

17 Vid. al respecto, las atinadas reflexiones de REVERTE NAVARRO, “Pluralidad de titularidades en el usufructo”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, págs. 1115-1130.

18 Vid. especialmente RAMS ALBESA, *Uso, habitación y vivienda familiar...*, págs. 99-121; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., pág. 642, nota 4, que recogiendo la opinión de Rams, ofrece algunas objeciones. Respecto a las posturas diversas en la última jurisprudencia, contrástese las S.T.S. de 31 de diciembre de 1994, 11 de diciembre de 1992, y 18 de octubre de 1994 (a favor de su carácter real, oponible a terceros, con acceso al Registro de la Propiedad como carga del inmueble), con la S.T.S. de 29 de abril de 1994 (en contra de su consideración como derecho real).

19 RAMS ALBESA, 1987, pág. 52; ROGEL VIDE, ob. cit., pág. 232.

20 Un supuesto así se plantea en la S.T.S. de 1 de abril de 1998, comentada por VERDERA SERVER, “Causas, móviles y resolución del contrato”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 325-330. Sobre el régimen fiscal, favorecido en estos casos, ya daba cuenta BAS Y RIVAS, “El usufructo, uso y habitación ante el impuesto de Derechos reales”, en *Revista de Derecho Privado*, 1948, págs. 438-452.

doctrina ha advertido que la constitución *inter vivos* y onerosa del derecho de uso sobre una vivienda, puede representar un supuesto de fraude de ley para evitar el régimen jurídico señalado para los arrendamientos urbanos en su ley especial²¹. Aunque la constitución de un derecho real de uso como alternativa a un derecho personal de arrendamiento, no siempre obedece a una intención fraudulenta, sino que también puede responder a la intención de asegurar su continuidad a pesar de la enajenación o gravamen del dominio de la cosa objeto de tales derechos, o facilitar su acceso al Registro de la Propiedad cuando, antes de la reforma de 1994, por su duración inferior a 6 años, no venía prevista la inscripción de tales derechos de carácter personal en el Registro.

En todo caso, el supuesto estadísticamente más frecuente de constitución de estos derechos de uso y habitación, tradicional ya desde sus orígenes romanos, es la constitución en actos de última voluntad, como disposición a título particular a favor de un legatario y gravando algunos de los bienes recibidos por otros herederos.

Finalmente, no existe, conceptualmente al menos, obstáculo alguno para admitir la posibilidad de adquirir mediante prescripción los derechos de uso o habitación, si bien es necesario reconocer que en la práctica es poco frecuente esta modalidad de constitución del derecho. A favor de la adquisición de estos derechos por medio de su usucapión se muestra decididamente la primera doctrina, al entender que "con toda claridad resulta por ser el uso y la habitación derechos reales, de los arts. 609 y 1930, y por serles aplicables las disposiciones del usufructo, de los arts. 528 y 486 (*rectius* 468). Y si legalmente es indiscutible la constitución del uso por prescripción, prácticamente también se observa su posibilidad, aunque otra cosa afirmen varios comentaristas"²².

Lo que sucede en tales casos es que se discute si, en efecto, se trata de una posesión en concepto de usuario o habitacionista *ad usucapionem* o si, por el contrario, estamos en presencia de una posesión tolerada o en precario que no permite la adquisición del derecho. La jurisprudencia ha tenido ocasión de incidir en esta cuestión para poner de manifiesto que "la cesión del uso y disfrute de una vivienda a un familiar muy allegado, sin señalamiento y exigencia de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente" y no de un derecho de uso o habitación (S.T.S. de 30 de noviembre de 1964²³). Por consiguiente, tal posesión tolerada tampoco serviría para fundar una posterior adquisición por medio de la usucapión.

21 RAMS ALBESA, *Comentario...*, Ministerio de Justicia. Tomo I, pág. 1383.

22 MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 4ª ed., Reus, Madrid, 1920, pág. 570.

23 R.J.Ar. 5552/1964. Ponente. Excmo. Sr. Taboada Roca. La sentencia señala: "Aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando, una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos una vivienda ocupada por otro y, sin embargo, no reclama reguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue".

5. FACULTADES QUE FORMAN PARTE DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE USO: LA FACULTAD DE USO Y UNA FACULTAD LIMITADA DE APROPIACIÓN DE FRUTOS.

Las facultades que el derecho real de uso otorga a su titular son las que se deducen a partir de lo dispuesto en el artículo 524 del Código Civil; pero ya hemos advertido antes que su concepto, y ahora su contenido, debe ser más extenso que el descrito en tal precepto porque también es propio del usuario, como su propio nombre indica, la facultad de usar la cosa objeto de su derecho. La no mención de esta facultad de uso en el precepto que señala el contenido del derecho, como ya hemos señalado, se debe a que la definición tanto del Código Civil como la de sus precedentes nacionales y extranjeros, se centró en el aspecto que distingue el uso del usufructo cual es la limitación, en cuanto a la extensión de la facultad de disfrutar, a los frutos que basten a las necesidades del usuario y su familia. No cabe duda de que el usuario puede usar la cosa objeto de su derecho obteniendo de ellas las utilidades y servicios que le son propios, sin alterar ni su substancia ni su destino económico. Dicha utilización por el usuario será o no compatible con la posesión simultánea del propietario según se haya establecido en el título constitutivo pero, en cualquier caso, no impedirá que el propietario pueda ejercer las facultades que le siguen compitiendo que no interfieran o perjudiquen la posición jurídica del usuario.

Un ejemplo de que las facultades que los derechos de uso y de habitación concedan a su titular, tanto en lo que se refiere al uso de la cosa como a la utilización y percepción de parte de los frutos que la cosa produzca, debe armonizarse con los derechos que el propietario de la misma sigue conservando, y que puede seguir ejerciendo, siempre que con dicho ejercicio no se menoscabe la posición jurídica del usuario o habitacionista, lo ofrece nuestro Tribunal Supremo²⁴, señalando que la existencia del derecho de uso no impedía al actor (el propietario) ejercer su derecho de elevación; negando la pretensión del actor que pretendía la expulsión del titular de un derecho de uso sobre unos trasteros para poder elevar plantas en ese mismo inmueble, y en consecuencia, que no necesitaba expulsión, ni cabía pretender la extinción del derecho de uso pues, al contrario, ambos derechos eran compatibles.

Ha sido tradicionalmente entendido que en el derecho romano clásico el derecho de uso no permitía la apropiación de frutos (*cui usus relictus est, uti potest, frui non potest*, Digesto, 7, 8, 2), pero que esta restricción fue paulatinamente flexibilizándose en atención a que el mero uso respecto de algunas cosas no procuraba prácticamente utilidad alguna a su titular. En consecuencia se fue ampliando el derecho del uso hasta hacer de él un derecho de usufructo limitando la facultad de apropiación de frutos a aquellos que bastaren a las necesidad del titular y su familia²⁵.

Respecto de la facultad de que el titular del derecho de uso pueda hacer suyos los frutos, el artículo 524 nos ofrece el tipo, el contenido normal de este derecho según la

24 S.T.S. de 18 de febrero de 1971. R.J. Ar. 913/1971. Ponente, Excmo. Sr. Gallardo Ros.

25 Vid. *supra* apartado 2. En la doctrina, por todos, CASTÁN. ob. cit., pág. 83.

regulación legal: *el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia*. Como se trata del contenido normal del derecho, esto significa que en el título constitutivo se puede establecer otro contenido, por ejemplo, que el usuario no podrá percibir ni apropiarse los frutos que la cosa objeto de su derecho produzca, y tal cláusula habremos de entenderla acorde con el ámbito concedido a la autonomía privada en la configuración del derecho de uso *ex* artículo 523 del Código Civil (por ejemplo, se concede el uso de una villa en el campo para recreo, pero sin poder apropiarse de los frutos que produce el huerto anexo). Si, por el contrario, en el título constitutivo se concediera al usuario la facultad de apropiarse de todos los frutos que la cosa produce, obviamente, más allá de la denominación que las partes le hubieran dado, no cabe duda de que estamos en presencia no de un derecho de uso (ampliado *ex* artículo 523 más allá del contenido normal del artículo 524) sino de un derecho real distinto, un derecho de usufructo²⁶.

Más dudoso será determinar qué tipo de derecho será aquél que han configurado las partes cuando se permite una apropiación de frutos más allá del límite de la satisfacción de necesidades del artículo 524, pero sin llegar a la totalidad de frutos, por ejemplo, que señale que los frutos obtenidos se repartirán por mitad entre el titular del derecho real y el propietario de la cosa. Nos inclinamos a pensar que en tal caso, estaríamos en presencia de un usufructo limitado, porque el propio artículo 468 del Código Civil permite que se constituya el usufructo en todo o en parte de los frutos de la cosa.

Se trata por tanto de señalar una diferencia entre uso y usufructo no sólo cuantitativa, respecto del máximo de frutos que se puede apropiar el titular (todos, o solo los necesarios para cubrir las necesidades de la familia del usuario) sino también cualitativa, en la medida en que los frutos deben ser empleados en la satisfacción de dichas necesidades. Se trataría, por consiguiente, de un *aliud* y no sólo de un *minus*, respecto del usufructo.

Esto nos lleva a la siguiente cuestión: los frutos que puede hacer suyos el usuario, según el artículo 524 del Código Civil, son aquellos en la medida de una satisfacción de sus necesidades y las de su familia, pero ¿satisfacción directa o indirecta? ¿Hace falta pacto expreso que señale esta extensión en el título constitutivo, es decir, que permita al usuario una apropiación de frutos no sólo para su consumo directo sino también para satisfacción indirecta de sus necesidades? En el supuesto de que se haya establecido esta extensión en el título constitutivo, ¿seguimos estando en presencia de un derecho de uso ampliado cuando se concediera al usuario la facultad de apropiarse de modo directo de los frutos necesarios para su consumo, y también, yendo más allá del contenido normal del derecho, de los frutos que de modo indirecto, contribuyan a la satisfacción de sus necesidades y las de su familia?

A favor de este uso indirecto de los frutos que la cosa produce se manifiesta TRABUCCHI²⁷ en la doctrina italiana, para un texto muy similar al nuestro: el usuario

²⁶ Aquí se manifiesta, de nuevo, la función normativa de los tipos legales, ya sean contractuales o de derechos reales. Vid. *infra* apartado 11.

²⁷ TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*. CEDAM, Padua, 1994, pág. 482.

podrá vender los frutos naturales que la familia no disfruta directamente, hasta obtener la suma, determinada por acuerdo entre los interesados o por el juez, necesaria para atender a las necesidades de la familia.

La doctrina española, en cambio, ha señalado al respecto que “la necesidad que se contempla como objeto de protección jurídica en el uso no es el compendio de las necesidades primarias del ser humano y de su familia de modo general, sino aquéllas que se relacionan directamente con la producción del fundo objeto del derecho, con independencia de que estos productos constituyan o no su alimentación básica”²⁸; “el uso de un bien no autoriza a percibir tantos frutos como, vendidos, basten para conseguir el dinero suficiente para atender a las diversas necesidades del usuario”²⁹. En consecuencia, en esta línea, si los frutos que la cosa produce no son aptos para el consumo directo por el usuario y su familia, o éstos renuncian a su empleo directo y personal, parece que no cabría apropiación alguna pues no habría un consumo directo de los frutos y, por consiguiente, constituiría un abuso del derecho su recolección para su comercialización, aunque ésta no fuera como objeto principal de una actividad empresarial sino incluso como una comercialización a menor escala que proporcionara los medios necesarios a través del intercambio para la satisfacción indirecta de las necesidades básicas del usuario y su familia.

La cuestión, como tantas otras, nos revela la situación de este derecho, en tránsito desde una primera concepción restrictiva y alimentista propia de una economía rural y agraria, al intento de adecuar este derecho a la moderna economía de intercambio de productos como medio normal de satisfacción de necesidades. En este sentido más moderno se orienta ALBALADEJO, para quien “las necesidades del usuario y de su familia marcan la extensión de su derecho a percibir los frutos. Pero, recibidos éstos con arreglo a aquéllas, no es necesario que sean empleados en la satisfacción de las mismas”³⁰. Y esto supone, por ejemplo, que recogido el trigo en la cantidad necesaria para el año entero, si al final no consume este podrá “vender el que percibió”; o si tiene un derecho de uso sobre varias fincas, podrá obtener de cada una de ellas la cantidad necesaria para su consumo, de modo que como solo gastará “para sí los percibidos de una de ellas, los de las demás son suyos, y puede disponer de los mismos a su voluntad”³¹. El fundamento de esta concepción radica en que “el derecho de uso no es un derecho de alimentos, sino que es un derecho en el que el alimento es la *medida* de lo que hay derecho a percibir”³².

En nuestra opinión, esta apropiación de frutos para satisfacción indirecta de necesidades “ordinarias” del titular y su familia cabe dentro del derecho real de uso y, como hemos señalado, se acomoda a nuestro sistema actual de economía de intercambio, pero, a nuestro juicio, en nuestro Derecho civil esta extensión de la facultad necesita un

28 RAMS ALBESA, Comentarios..., Ministerio de Justicia, pág. 1386-b.

29 LACRUZ y otros, *Elementos...* III-2, 1991, pág. 114.

30 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 93.

31 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 94.

32 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 94.

pacto expreso, una cláusula en el título constitutivo que señale esta medida porque de lo contrario, la extensión normal, legal del derecho de uso será la de consumo directo o satisfacción directa de las necesidades ordinarias del titular y su familia.

Y, por último, para comprender el alcance de esta facultad de disfrutar concedida al usuario, acaso debamos reconsiderar si se trata de una verdadera facultad de "disfrute" en sentido jurídico, o se trata, sólo, de una modalización de la facultad de uso, esto es: los frutos que puede hacer suyos el usuario constituye una forma de uso, por ejemplo, de la finca; son jurídicamente frutos (naturales, civiles o industriales) pero económicamente, siguen representando una forma de servirse de la cosa con arreglo a su destino normal y para consumo directo y ordinario del titular y su familia³³.

6.- EXTENSIÓN DE LA FACULTAD DE APROPIACIÓN DE FRUTOS; SEGUNDO CRITERIO: EL ALCANCE DE LA FAMILIA.

Como parámetro para determinar cuál es la extensión máxima dentro del contenido normal del derecho de uso relativo a la facultad de apropiación de frutos por parte del titular (más allá de la discusión de si permite la satisfacción indirecta o instrumental de necesidades o sólo el uso o consumo directo), el Código Civil utiliza el criterio de la satisfacción de las necesidades del *usuario y de su familia*, en la misma línea que se contiene en el artículo 472 del Proyecto de 1851, y en el artículo 526 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888. Es, además, el mismo criterio que señala el ámbito máximo del uso de piezas en casa ajena que permite el derecho de habitación: se podrán ocupar en la vivienda ajena tantas habitaciones como sean necesarias para el habitacionista y las personas de su familia. Se matiza, con ello, el carácter estrictamente personal del derecho de uso y habitación (ya no limitado exclusivamente a la persona del titular) en la medida que en se abre el círculo de necesidades que se pueden satisfacer con estos derechos³⁴.

En cualquier caso, no define el Código Civil cuál deba ser el alcance que se dé al término familia empleado, aunque sí precisa que esta familia puede aumentar con posterioridad a la constitución del derecho; pero no sabemos si la familia se ciñe sólo al titular, su cónyuge y sus hijos, presentes y futuros; o si quedan comprendidos otros familiares, dentro o fuera de la línea recta (ascendientes, sobrinos o hermanos) que

33 En esta línea, el usuario no puede celebrar un contrato de arrendamiento (que implica una cesión temporal y onerosa del uso) porque no es propio que el usuario haga suyos las rentas o frutos civiles que la cosa (casa) produzca porque la extensión normal de su derecho (salvo que el título disponga otra cosa, en cuyo caso no sería ya la extensión normal sino la extensión concreta de ese derecho de uso) le permite "usar" (en sentido amplio del término) la cosa objeto de su derecho para satisfacer directamente sus propias necesidades.

Lo que, en definitiva, proponemos es que, para los casos en que los interesados no hayan dispuesto con claridad la extensión de las facultades del usuario, (los destinos a los que puede dedicar la cosa objeto de su derecho), el uso ordinario en sentido económico y social sea el parámetro.

34 Esto da pie a entender que dicha apertura puede seguir avanzando pasos, dentro de los márgenes de su adecuación a la realidad social y económica actual y permitir acaso una satisfacción indirecta de las necesidades más básicas del titular de estos derechos.

convivan con el titular; o las personas que trabajan en el servicio doméstico o incluso aquellos que prestan sus servicios al cuidado de los miembros enfermos o impedidos por su edad.

Este tipo de dudas han sido resueltas en legislaciones extranjeras más modernas; por ejemplo, el código civil italiano de 1942, incorpora una interpretación auténtica en el artículo 1023 que señala que “en la familia quedan comprendidos también los hijos nacidos después del comienzo del derecho de uso o de habitación, incluso aunque en el momento de nacimiento del derecho la persona no hubiese contraído matrimonio. Quedan comprendidos también los hijos adoptivos y los hijos naturales reconocidos, aunque la adopción o el reconocimiento ocurrieran después de que naciera el derecho. Quedan comprendidos, por último, las personas que conviven con el titular del derecho para prestar sus servicios a él o a su familia” (en este sentido también el artículo 2953.II del código civil argentino³⁵). Queda zanjada así, legalmente, la polémica cuestión de cuáles son las personas que pueden ocupar piezas en la casa ajena, o beneficiarse para su consumo de los frutos que la cosa ajena produce, aunque las disputas se habían producido, sobre todo, respecto del derecho de habitación.

Para nuestro ordenamiento, a falta de una definición legal del ámbito de la familia, la jurisprudencia ha debido, desde los primeros momentos de aplicación del Código Civil, señalar también dicho ámbito, orientados a una idea amplia de familia (auspiciada por el propio Código Civil que permite la ampliación posterior de la familia inicial) no sólo en lo relativo al grado de parentesco, sino también con el criterio de que se considerara a los parientes que convivieran con el titular del derecho; también una tercera ampliación, acaso la más controvertida, la relativa a de si deben quedar comprendidos las personas que prestan su servicio a la familia y que de ordinario habitan con ella para el cumplimiento de dichos servicios (extensión acogida, expresamente, por nuestros tribunales a partir de la S.T.S. de 23 de marzo de 1925³⁶, en virtud de la cual, el concepto de familia debe ser extendido a favor de las personas que normalmente deban vivir en compañía de los favorecidos con el legado, esto es, generalizando el supuesto, los que deban vivir en compañía del titular del derecho).

7. CONTENIDO DEL DERECHO DE HABITACIÓN.

El derecho de habitación es un derecho real que permite a su titular ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia (entendida en el mismo sentido que hemos dejado indicado supra; es decir, extendiendo el término a las personas que deben convivir con el titular del derecho, sean parientes o personas que prestan para él servicios

³⁵ “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”.

³⁶ Jurisprudencia Civil, núm. 175. Tomo 165. 1925/1: Ponente, D. Diego Medina.

domésticos), aunque ésta aumente con posterioridad a la constitución del derecho, sea por nacimiento de más hijos, por su adopción o por otras causas. Permite también este derecho usar de los muebles asignados a las piezas necesarias para el alojamiento, y los servicios comunes o generales útiles a tal efecto, en la inteligencia de que la finalidad del derecho de habitación (alojamiento del titular y de su familia) debe orientar la extensión de las facultades necesarias para el cumplimiento de su función. Se inclina expresamente por esta opción el artículo 54 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares: "La variedad consuetudinaria denominada *estatge* confiere el derecho de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble"³⁷.

Se caracteriza el derecho real de habitación, frente al derecho de uso, no sólo por la especial naturaleza de la cosa objeto del derecho, una casa, sino también por la especial finalidad o destino del derecho, servir para el alojamiento de su titular y el de su familia. Aparecen con más claridad en este derecho sus connotaciones originarias alimentistas, destinado a procurar a su titular una vivienda, al menos temporalmente; que no impiden darle en la actualidad un nuevo destino económico no ligado a servir como vivienda habitual, sino, acaso, también como vivienda de recreo o de descanso por temporadas o durante ciertos períodos del año (como si se permite habitar un apartamento en la playa los meses de julio y agosto de todos los años; o una casa de campo los primeros fines de semana de cada mes)³⁸.

En otros ordenamientos, el habitacionista (o "habitador") puede ejercer en la vivienda actividades profesionales o de comercio; por ejemplo, el artículo 2963 del código civil argentino: "el que tiene el derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia, o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino".

En cambio, en nuestro Código Civil carecemos de una disposición expresa al efecto, que especifique cuáles son los usos o destinos autorizados al habitacionista en la casa ajena. La tradición histórica, y la existencia de un derecho de uso, como modelo de derecho real que permite un uso más extenso, parece reforzar la idea de que como tal, el derecho de habitación sólo permite dedicar la casa objeto del derecho, al alojamiento (sea como vivienda habitual, de temporada o de recreo). Cualquier otro uso o destino deberá ser autorizado en el título constitutivo, expresamente o, al menos, deducirse con claridad que las partes han querido autorizarlo.

Por último, respecto a la extensión del contenido del derecho real de habitación a otras facultades, cual es la facultad de ceder temporalmente el uso de la casa, o el ejercicio del derecho, sea a título oneroso o gratuito, realizaremos a continuación algunas

37 En contra ALBALADEJO. ob. cit., pág. 94, nota 140 bis.

38 En otras ocasiones, mediante la constitución de un derecho de habitación sobre determinadas piezas de una casa familiar, se quiere que, habiendo atribuido, por ejemplo, a uno de los hijos la propiedad de la casa, se permita a sus hermanos o hermanas poder también utilizar la vivienda y así mantener la convivencia familiar en el futuro.

reflexiones ya que en la segunda parte de este trabajo estudiaremos, con más detalle, la posibilidad de transmitir el derecho, tanto la titularidad como la cesión de su ejercicio³⁹. Algunas legislaciones recogen en su respectiva regulación legal, disposiciones que expresamente abordan las facultades del habitacionista en cuanto a la cesión de su derecho; en este sentido la ley 424 de la Compilación de Derecho civil de Navarra permite al habitacionista arrendar la vivienda, total o parcialmente, pero teniendo en cuenta, como es lógico, que el derecho del arrendatario cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna⁴⁰. Por su parte, el artículo 2963 del Código Civil argentino, aquél que permite ejercer en la vivienda actividades de industria o de comercio, no permite que el habitacionista pueda ceder su uso ni alquilarla. En cambio, el artículo 2965 del mismo cuerpo legal, marcando las diferencias entre el derecho de uso frente al derecho de habitación, dispone que “el usuario que no fuese habitador, puede alquilar el fundo en el cual se le ha constituido el uso”. Y, por último, se encuentra el conjunto de códigos civiles latinos, inspirados en la tradición jurídica proveniente del Derecho romano⁴¹ y recogida en el código francés, en virtud del cual, en una regulación igual para ambos derechos, se establece que el derecho de habitación no puede ser cedido ni arrendado (artículo 634 Código Civil francés⁴²); o el artículo 1024 del Código Civil italiano de 1942, en virtud del cual, los derechos de uso y de habitación no se pueden ceder o dar en arrendamiento⁴³.

La cesión total de la vivienda o de todas las piezas ocupadas en la casa ajena, sea a título gratuito u oneroso, no se acomoda a la función que normalmente cumple el derecho de habitación, si con él se persigue proporcionar a su titular una casa para vivienda habitual suya y de su familia (recordemos que en su origen, y en la tradición histórica, venía a cumplir una función cuasialimentista). En cambio, cuando el derecho de habitación se destina a vivienda de recreo, este inconveniente ya no se presenta. Con todo, parece que tal cesión no se desprende del contenido normal del derecho, antes al contrario, el artículo 525 de nuestro Código Civil dispone que no se podrá arrendar el derecho de habitación, ni traspasarlo a otro por ninguna clase de título, de modo que tal cesión debe venir expresamente autorizada en el título constitutivo.

39 Aunque dadas las particularidades de estos modelos, el análisis se centrará en el derecho de uso.

40 Ley 424. “*Contenido*: A no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación, se presumirá que éste concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, así como de arrendar la vivienda total o parcialmente, y el arrendamiento cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna”.

41 Aunque es conocido que Justiniano sí permitía la cesión, onerosa pero no la gratuita, del derecho de habitación, en cuyo caso el habitacionista debía ocupar sólo una parte de la casa para ceder el resto al arrendatario (Digesto, 7, 8, pr. 4).

42 En idéntico sentido el artículo 631 para el derecho de uso: “el usuario no puede ceder ni arrendar su derecho a otro”.

43 Se corresponde con el artículo 528 del código italiano de 1865. Sobre el alcance y sentido de esta prohibición, que deriva de razones históricas, vid. DE MARTINO, *Usufrutto, uso e abitazione*, en *Commentario del Código Civil*, coordinados por SCIALOJA y BRANCA, sub art. 1025, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bolonia-Roman, 1978, págs. 356-358.

En la medida en que debe ser el propietario (el constituyente, en su caso) quien autorice la cesión del derecho de habitación a un sujeto diferente del titular originario, será el quien deba valorar los inconvenientes que pueda significar compartir el uso, o tolerar el uso de personas, acaso desconocidas para el propietario, en una casa de su propiedad, sobre todo cuando el derecho de habitación se constituye sobre una pieza de la casa o sobre una casa que forma parte de un conjunto más amplio y que obliga a una convivencia simultánea entre el propietario y el habitacionista (y, en su caso, el cesionario). Todo ello sin perjuicio de que el titular del derecho deberá indemnizar al propietario de los desperfectos y menoscabos que la cosa hubiera sufrido por acción u omisión del cesionario. Responsabilidad del habitacionista (salvo el improbable caso de que el título constitutivo autorizara la cesión y eximiera de responsabilidad al cedente) que procede, no sólo en aplicación de normas generales, sino en virtud de la remisión que el artículo 528 del Código Civil (en sede de uso y habitación) hace a las normas del usufructo, y, entre ellas, a lo dispuesto en el artículo 498: "el usufructuario que enajenare o diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya".

La cesión parcial a título oneroso implica, no sólo que el habitacionista no emplea directamente la cosa para satisfacer sus necesidades, sino que además, a diferencia de la cesión a título gratuito, obtiene de la cosa, rentas o frutos civiles, que exceden del contenido normal de su derecho. En consecuencia, ese arrendamiento o cesión temporal oneroso necesita estar expresamente autorizado en el título constitutivo o consentido posteriormente por el propietario de la cosa objeto del derecho de habitación. De lo contrario, esa cesión no consentida daría lugar a un abuso del derecho de los que, en su caso, vía artículo 529 del Código Civil, pueden provocar la extinción del derecho de habitación.

8. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN. REMISIÓN A LAS CAUSAS PREVISTAS PARA LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO.

Los derechos reales de uso y de habitación se extinguen por las mismas causas contempladas en el artículo 513 del Código Civil para la extinción del usufructo por remisión expresa del artículo 529. Pero además, la doctrina considera que los interesados pueden haber previsto en el título constitutivo nuevas causas de extinción no contempladas en aquel precepto legal⁴⁴. Por ejemplo, cabe la extinción del derecho de uso o habitación constituido con finalidad alimenticia, cuando el titular venga a mejor fortuna y condición de modo que ya no necesite del derecho de habitación para tener vivienda, o de las utilidades que le reporta el derecho de uso para satisfacer sus

⁴⁴ Esta ampliación de las causas de extinción para los derechos de uso y de habitación la admiten DORAL GARCÍA, ob. cit., p. 502; RAMS ALBESA, *Uso, habitación...*, pág. 91; y FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 136.

necesidades básicas⁴⁵. Pero, a nuestro entender, la extinción del derecho de uso o de habitación por venir su titular a mejor fortuna sólo podrá operar cuando expresamente se haya constituido con tal carácter alimenticio o se pueda deducir con claridad que el derecho quedó constituido con esa finalidad.

Las causas contempladas en el artículo 513 para la extinción del usufructo (“1º, por muerte del usufructuario; 2º, por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; 3º, por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona; 4º, por la renuncia del usufructuario; 5º, por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo; 6º, por la resolución del derecho del constituyente; 7º, por prescripción”), no plantean muchos problemas para su aplicación a los derechos de uso y habitación. No obstante, señalemos algunas particularidades.

Respecto a la muerte del titular como causa de extinción del derecho (art. 513.1º), procede cuando se haya constituido el derecho con carácter vitalicio. Nada establece expresamente el Código Civil sobre el carácter vitalicio o no de los derechos de uso y de habitación, salvo que se deduzca que la remisión a las causas de extinción del usufructo significa estar contemplando como causa general de extinción el fallecimiento del titular del derecho. La Compilación de Navarra, en cambio, sí se pronuncia en esta cuestión, presumiendo expresamente en la ley 423 (entre las disposiciones comunes a ambos derechos) el carácter gratuito y vitalicio del uso y la habitación. En consecuencia, los interesados podrán, en el título constitutivo, pactar expresamente su transmisión *mortis causa* a los sucesores del titular originario (con los límites que se hubieran convenido, en su caso, con los límites del artículo 781). Sin pacto expreso, los derechos se extinguirán a la muerte del titular originario.

El Tribunal Supremo (sentencia 4 de febrero de 1983⁴⁶) también se ha pronunciado con rotundidad sobre el carácter temporal de la limitación o gravamen al dominio que significan los derechos de uso y habitación y al respecto afirma que “la temporalidad del derecho de uso, esencial al mismo igual que al usufructo, viene declarada tanto por el Código Civil (art. 529 en relación con el 522 y art. 515 para el caso de constituirlo a favor de varias personas sucesivamente o de forma conjunta) como por el Derecho histórico constitutivo de la tradición jurídica catalana”. Pero, a nuestro juicio, esta temporalidad no comporta necesariamente que los derechos de uso o habitación deban ser constituidos con carácter vitalicio, pudiendo establecerse para los mismos otra duración: más breve (diez o quince años) o, por el contrario, un plazo superior (cuarenta, sesenta años) que permita, a la muerte del titular originario, su transmisión *mortis causa* a sus sucesores hasta el vencimiento del plazo de duración señalado, o en tanto no concurra alguna otra causa de extinción del derecho.

Y aún cabe plantearse otra cuestión: ¿la muerte del titular determina la extinción del uso o la habitación, o éstos se mantienen hasta la muerte o, al menos, mayoría de edad de sus hijos también favorecidos por el derecho? En nuestra opinión, el hecho de que la

45 FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 136.

46 R.J.Ar. 803/1983, Ponente: Excmo. Sr. Santos Briz.

familia del usuario o del habitacionista sea el parámetro o la medida del alcance del contenido del derecho, no significa que determine también la duración del mismo, salvo que así se haya consignado expresamente en el título constitutivo señalando un término de duración en relación con la vida de los familiares del usuario o habitacionista originario⁴⁷.

En cuanto a la expiración del término o el cumplimiento de la condición resolutoria señalados en el art. 513.2º como causas de extinción del usufructo, hay que destacar que el propio Código Civil contempla un supuesto de constitución del uso o la habitación sujeto a plazo: "por el tiempo que permanezca soltero o viudo" el titular (artículo 793.2º). Resultan también aplicables al efecto, los artículos 515 y 516 del Código Civil que completan dicha segunda causa de extinción del usufructo y, por remisión, de los derechos de uso y habitación, relativos a la constitución de los mismos a favor de personas jurídicas ("pueblo, corporación o sociedad", en la terminología del Código Civil); o tales derechos constituidos por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, respectivamente⁴⁸.

Respecto a la extinción de los derechos de uso y de habitación por prescripción (art. 513.7º) en contra de alguna doctrina⁴⁹, no encontramos ni imposible ni inconcebible que el usuario o habitacionista no hagan ejercicio de su derecho, porque si bien es cierto que las necesidades del titular y su familia señalan la extensión del derecho, esto no comporta que dichas necesidades no puedan ser satisfechas con otros medios, ni que sea imposible constituir estos derechos con otro alcance; o, finalmente, que a pesar de su necesidad, por alguna razón el titular no haga uso de su derecho durante el tiempo fijado en la ley para su prescripción (como si se le concede a un nieto mediante legado, el uso de una villa de recreo en la montaña para que la use durante los meses de julio y agosto de cada año, y el nieto prefiere, no obstante, disfrutar sus vacaciones estivales en la costa o viajando al extranjero, y no aprovecha nunca el derecho concedido por su abuelo en el testamento)⁵⁰.

En cualquier caso, en el supuesto de no ejercicio del derecho, estaremos ante un supuesto de prescripción extintiva, pero no creemos que se pueda entender como un abandono o renuncia del derecho, porque dicha renuncia habrá de ser expresa.

47 En cambio, otra cosa parece opinar FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 132.

48 Artículo 515. No podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo.

Artículo 516. El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona.

49 FERNANDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 135.

50 Este ejemplo nos pone de manifiesto, también, la conveniencia de que el titular del derecho pudiera ceder su ejercicio, a cambio de contraprestación o no, a un tercero, para beneficiarse del mismo y, además, como modo de ejercicio que impediría apreciar su prescripción.

9. EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN POR ABUSO GRAVE.

Constituye una de las particularidades, en lo relativo a las causas de extinción, de estos derechos frente al régimen del usufructo (acaso la diferencia más relevante en su régimen jurídico legal junto con la limitación en cuanto a la extensión de la facultad de disfrutar). Esta divergencia es puesta de evidencia por el propio legislador cuando hace una remisión expresa para las causas de extinción del uso y la habitación a las causas previstas para el usufructo, pero añade esta otra en clara contraposición, además, al artículo 520, donde en caso de mal uso o, incluso, abuso de la cosa usufructuada, el usufructo no se extingue sino que el propietario puede pedir al usufructuario que le entregue la cosa para que sea él quien la posea y administre (perdiendo, por tanto, el usufructuario la facultad de uso, pero no la de disfrute porque puede seguir reclamando anualmente al propietario administrador, el producto líquido de la cosa, deducidos los correspondientes gastos de producción y administración).

En cambio, para los derechos de uso y habitación el abuso grave de la cosa o de la vivienda determina la extinción de los derechos. Seguramente porque, de nuevo, el modelo legal es el de un derecho de uso o habitación constituido gratuitamente, de modo que el abuso grave es merecedor de una sanción rigurosa como es la extinción⁵¹.

Intentando matizar esta radical consecuencia del abuso en el ejercicio de los derechos de uso o habitación (no prevista con carácter general en el artículo 7.2 del Código Civil, ni tampoco como causa de extinción del usufructo en el artículo 513 ni en el 520), autorizada doctrina distingue entre abusos leves y abusos graves, en la inteligencia de que los primeros sólo permiten al propietario una reclamación contra el usuario o habitacionista; en cambio, los abusos graves, y también los abusos leves reiterados, permitirían una reacción más contundente, cual es la prevista expresamente en el artículo 529: la extinción del derecho mismo⁵².

Una actitud semejante de atemperar el rigor del precepto ha sido emprendida también por nuestro Tribunal Supremo, aunque el cauce seguido por nuestro Alto Tribunal ha sido distinto, menos acabado, ya que ha creído encontrar la solución en la distinción entre si el abuso proviene de acciones o, por el contrario, de omisiones; considerando que no constituye abuso grave las omisiones, y sí sólo las acciones. En el caso de autos, de la sentencia de 30 de abril de 1910, la no realización de las reparaciones ordinarias constituye una omisión y, por tanto, no puede desembocar en la sanción máxima, la extinción del derecho, sino en la sanción alternativa de condena a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Tribunal Supremo funda además esta distinción en la necesaria interpretación restrictiva que procede hacer de este precepto debido a su naturaleza de norma sancionadora.

⁵¹ Los interesados, no obstante, podrían haber pactado en el título constitutivo (al menos hipotéticamente), en virtud de la autorización general contenida en el artículo 523 (que también hace de carácter dispositivo lo contenido en el artículo 529 del Código Civil) que el abuso no diera lugar a esta consecuencia tan radical.

⁵² ALBALADEJO, ob. cit., pág. 93.

“Se impone la necesidad de interpretar la prescripción del art. 529 del Código Civil en sentido restrictivo, haciendo la debida restricción de las acciones que de él se derivan para evitar la posibilidad de confundir una medida precautoria que a la vez tiene carácter de sanción penal en el orden civil, con responsabilidades de otra naturaleza, de donde se infiere que al calificar la Sala sentenciadora de graves y abusivos los hechos que estima probados dentro de sus indiscutibles y soberanas facultades de apreciación, comete error en la expresada calificación y consiguientemente en la consecuencia jurídica de la perdida del derecho que de ella deduce, cuanto que las responsabilidades de ellos derivadas tienen remedio en sanciones de orden distinto que han podido pedirse y utilizarse sin acudir a la extraordinaria de la extinción”⁵³.

En el fondo, lo que se propone nuestro Tribunal Supremo (más allá de la distinción conceptual entre acción u omisión, ya que, en nuestra opinión, ambas pueden ser igualmente graves o abusivas) es que ciertos usos irregulares o incumplimientos de los deberes propios que incumben al usuario o habitacionista, no lleguen a merecer la consideración de abuso, o de abuso “grave”, atendida su entidad y, por tanto, no justifiquen la extinción del derecho. Adviértase que el no cumplimiento de la obligación que recae sobre los titulares del derecho de uso y habitación, de proceder a las oportunas reparaciones de la cosa objeto de su derecho, habida cuenta de la reducción de su entidad tal y como dispone el artículo 527 frente a las reparaciones que son propias del usufructuario, no deben merecer la sanción de extinción (ni siquiera prevista para el usufructo), sin que ello signifique quedar impunes, sino que se reconduzca su sanción por el cauce de la responsabilidad resarcitoria de los daños.

II. ¿SON INTRANSMISIBLES LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL?

10. LAS DIFERENTES POSICIONES Y ARGUMENTOS DE LA DOCTRINA.

La posibilidad de que el titular de estos derechos pueda ceder su ejercicio o enajenar su titularidad, es decir, la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación, sigue siendo una cuestión doctrinalmente polémica⁵⁴. Básicamente los términos de la discusión se centran en determinar si el artículo 525 que establece que “los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título”, debe ser considerado como una norma de carácter dispositivo, que cede ante la regulación y configuración que los propios interesados o el constituyente del derecho le hayan

⁵³ S.T.S. de 30 de abril de 1910. Jurisprudencia Civil, núm. 129. Tomo 117. Ponente, D. Pascual Domenech.

⁵⁴ A pesar de la relativamente escasa importancia en el tráfico jurídico de la figura (en verdad no muy frecuente en la práctica ni tampoco son abundantes los litigios que versan sobre ellos en los repertorios de jurisprudencia, entre otros factores, por el poco conocimiento de las posibilidades que la figura da, sobre todo si atendemos a la flexibilidad en su régimen jurídico que permite el artículo 523), pero, qué duda cabe, la cuestión tiene interesantes aspectos teóricos, que nos aportarán un cabal conocimiento de la institución y permitirán una mejor proyección en la práctica y en el tráfico jurídico.

conferido; o, por el contrario, debemos entender que dicho precepto supone una norma de *ius cogens* que las partes no pueden desconocer (y, por tanto, la cláusula que permite a su titular transmitir el derecho a un tercero debería ser considerada nula); o, en una segunda versión, que la transmisión de este derecho es contraria al tipo definido en el Código de modo que si su titular lo puede ceder o transmitir a un tercero estaríamos en presencia de otro derecho real, diferente del derecho de uso regulado en el Código Civil y recibido de la tradición jurídica latina.

Como bien ha planteado la mejor doctrina, “se trata de saber si la prohibición expresa, clara y terminante del art. 525 C.c. es un elemento constitutivo y estructural de estos derechos, es decir, de esencia de los mismos y caracterizador del tipo, o se trata, por el contrario, de una norma supletoria de la autonomía de la voluntad creadora de los mismos y por lo tanto subordinada a la misma, conforme al art. 523 C.c.”⁵⁵

Esta autorizada doctrina ha señalado que existe en torno a esta cuestión polémica doctrinal debido a que la misma se conecta con la distinta naturaleza jurídica que atribuyamos al derecho de uso; es decir, depende de si lo concebimos como un derecho real autónomo, o como un derecho vicario del usufructo será más adecuado inclinarnos por una posición favorable o contraria a su posible transmisión⁵⁶. En este sentido, se trata de determinar si la distinción entre los derechos de uso y usufructo es sólo cuantitativa (diferente alcance del contenido del derecho, de las facultades y deberes de su titular) o también cualitativa (con diferencias en el régimen jurídico, una de ellas, precisamente, el carácter intransmisible del uso –artículo 525 del Código Civil– frente a la posibilidad de transmisión del usufructo –artículo 480 del mismo cuerpo legal–)⁵⁷.

Los autores que consideran que los derechos de uso y habitación son intransmisibles se apoyan en diversos argumentos, tales como el considerar que el contenido del derecho de uso o habitación se debe acomodar a satisfacer las necesidades de la familia del usuario, primero y único beneficiario. El carácter personalísimo del derecho y, por consiguiente, su intransmisibilidad, formaría parte esencial del tipo. Una eventual transmisión supondría frustrar la finalidad de la figura, que no es otra que satisfacer las necesidades del usuario. De este modo el elemento personal caracterizaría el derecho de uso, pues señala tanto su duración temporal, como el alcance de sus efectos⁵⁸.

Ciertamente esta orientación encuentra apoyo en la configuración tradicional de nuestra figura, especialmente en sus orígenes donde se concebía como un derecho personalísimo; era, no en vano, concedida al titular en atención a sus necesidades⁵⁹. El

55 RAMS ALBESA, en LACRUZ y otros, *Elementos...* III-2. 1991, pág. 112; y en *Uso, habitación...*, pág. 84.

56 RAMS ALBESA, *Uso, habitación...*, pág. 83.

57 Como ha puesto de relieve, entre otros, RAMS ALBESA, *Uso, habitación...*, pág. 14.

58 En este sentido, RAMS ALBESA, *Comentarios...* pág. 1387-b; y *Uso, habitación...*, págs. 88-89.

59 La articulación del derecho de uso o el de habitación como una servidumbre personal, es solo una cuestión que determina que la titularidad del derecho real, y su enajenación, es independiente de ser titular de una finca determinada (el predio dominante) como ocurre en las servidumbres personales. El carácter personalísimo del derecho proviene del hecho de que las necesidades que tal derecho de uso o habitación vinieran a satisfacer fueran las persona-

propio GARCÍA GOYENA señalaba esta diferencia entre los derechos de uso y de usufructo. "En el usuario todo es personal y se amplía o limita el derecho según su condición, dignidad y familia; circunstancias que pueden variar aun después de haber principiado el uso y no son adaptables al comprador, arrendatario o cesionarios"⁶⁰.

Pero advirtamos la contradicción de este razonamiento; si por una parte se admite que el contenido del derecho de uso o el de habitación pueden variar después de haber sido constituidos, en función de las *nuevas necesidades del usuario*, qué inconveniente hay en admitir que también la cesión temporal a un nuevo beneficiario o la transmisión a un nuevo titular pueda determinar un nuevo contenido, con arreglo a las *necesidades del nuevo usuario*. Si la nueva familia del usuario originario (que ha podido aumentar después de constituido el derecho de uso) es la medida del contenido del derecho, la familia del nuevo titular puede ser también la medida del derecho de uso después de su transmisión. Porque el carácter personal del derecho en cuanto a la determinación del contenido no significa que el derecho se deba configurar con el carácter de personalísimo, de modo que impida su transmisión.

Otros argumentos utilizados a favor de la intransmisibilidad del uso, como el asegurar la subsistencia del usuario, o impedir que con la transmisión el derecho de uso pudiera resultar más oneroso o incómodo para el propietario, han sido descartados por la propia doctrina que con más autoridad en la actualidad, sostiene la intransmisibilidad de estos derechos⁶¹.

En esta línea de afirmar que la intransmisibilidad de estos derechos es de tipo sustancial, no una pura creación legislativa, se encuentra también ROCA SASTRE para quien, en consecuencia, si se pacta la transmisión del derecho se está desnaturalizando los derechos reales de uso y habitación, se estaría creando uno distinto⁶².

Son constantes, en aquellos autores que sostienen que la intransmisibilidad de los

les y propias del sujeto beneficiado por su titularidad, que el derecho se había constituido precisamente para cubrir esas necesidades (en cuyo caso el derecho queda condicionado a ese estado de necesidad del titular que justifica su concesión). Pero, una vez liberado, al menos en parte, nuestro Código Civil de ese esquema alimentista, su carácter personalísimo se ha ido relajando, aunque la persistencia del artículo 525 del Código Civil ha oscurecido ese nuevo esquema, claramente dibujado en el artículo 523 del mismo cuerpo legal.

60 GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, pág. 417.

61 RAMS ALBESA, *Uso, habitación...*, pág. 89. El autor (*Uso, habitación...*, págs. 85-86), en una exposición general de las posturas favorables y contrarias a la transmisión, y de aquellas intermedias, da cuenta, con todo, de que incluso en aquellos ordenamientos que contienen una disposición expresa que impide la transmisión del derecho de uso, la doctrina ha buscado cauces para permitir la posibilidad si no de transmitir la titularidad, sí al menor la de ceder su uso temporalmente, distinguiendo entre titularidad del derecho y su ejercicio, bien a cambio de contraprestación (arrendamiento), bien como cesión gratuita. En este sentido LAURENT (*Principes de Droit civil français*, Tomo VII, París, 1878, núm. 117, págs. 123-124) que permite no la transmisión (prohibida por art. 631 Code) pero sí arrendar la cosa (no expresamente prohibida), en cuyo caso el titular del derecho (usuario) no estaría sino subrogando los productos civiles que obtiene como renta, por los productos naturales que él mismo obtendría, en el buen entendimiento de que la obtención de frutos por el arrendatario sería con el mismo carácter limitado que el propio titular del derecho.

62 ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, 8ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, pág. 413; y ya en *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 240.

derechos de uso y de habitación constituyen una cuestión esencial al tipo, las referencias al magisterio de VENEZIAN para quien “la intransmibilidad es de esencia en el uso y el que el título disponga lo contrario carece de eficacia para crear un uso transmisible; podrá sí, crear un derecho distinto del de uso, un usufructo, modificable posiblemente en cuanto a su extensión de tal suerte que se aproxime al uso sin identificarse con él y que quedará sujeto, en todo lo no regulado por el título, al régimen verdadero y propio del usufructo”⁶³.

Finalmente, entre los autores que se muestran contrarios (o recelosos) a la posibilidad de transmitir el derecho de uso o el de habitación, merece un comentario, siempre respetuoso, la posición de LACRUZ BERDEJO quien estima, por una parte, que la intransmibilidad de estos derechos forma parte del tipo de los mismos y, por otra parte, que aunque dicha transmisión se autorizara en el título constitutivo, encontraría dificultades para su inscripción en el Registro de la Propiedad al estar prohibida expresamente la hipoteca del uso y la habitación sin salvedad alguna⁶⁴. A nuestro entender, nuestro gran civilista mezcla interesadamente planos diferentes: de la imposibilidad de gravar con hipoteca estos derechos (ex artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria) y, por tanto, de la negación de la inscripción de tal hipoteca, deduce la no admisión de la inscripción del título constitutivo que permita su enajenación amparándose en el artículo 523 del Código Civil, cuando, en todo caso, es esta segunda circunstancia (la posibilidad que otorga el artículo 523 del Código Civil de autorizar en el título constitutivo la enajenación del derecho) la que debe incidir en aquella primera (permitiendo, en tal caso, la hipoteca).

La prohibición de hipotecar los derechos de uso y habitación, a pesar de la clara redacción del artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria, merece un comentario más detenido (fruto del cual llegaremos a la conclusión de que no se puede considerar aplicable tal prohibición cuando el título constitutivo haya permitido la transmisión de tales derechos) pero, además, ha subrayado la doctrina que “no resulta aceptable la intransmibilidad basada en dificultades de calificación registral o de inscripción porque, en ese caso, estaríamos supeditando el contenido del derecho sustantivo a una regulación adjetiva, cual es la legislación del Registro de la Propiedad, es decir, a la Ley Hipotecaria y a su Reglamento⁶⁵”.

En nuestra opinión, ciertamente, parece que estamos en presencia de uno de esas

63 VENEZIAN. *Usufructo, uso y habitación*, traducción castellana anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas por CASTÁN TOBEÑAS, Tomo II, Madrid, 1928, pág. 853. Se trata de una traducción de la obra original con arreglo al código civil italiano de 1865. El vigente código italiano de 1942 ha mantenido esta nota en el régimen legal de los derechos de uso y habitación, en concreto, el artículo 1024 (*divieto di cessione*) no permite su cesión ni su arriendo pero no menciona que no sea posible su enajenación o transmisión. Vid. DE MARTINO, ob. cit., págs. 356 ss.; PERLINGIERI, *Codice civile annotato, Libro Terzo*, UTET, Torino, 1984, págs. 321 ss.

64 LACRUZ/SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Volumen 2, Bosch, Barcelona, 1980, p. 62.

65 FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 67. Aunque el autor acaba matizando su oposición a Lacruz: “Sin embargo, sí hay que entender que [las dificultades de calificación registral o de inscripción] es uno de los obstáculos más serios, y que la transmisibilidad de un derecho personalísimo, de admitirse, necesitaría unas circunstancias tan particulares que se estaría al borde mismo de la desnaturalización. Y todo esto contando con que nuestro derecho positivo lo prohíbe de plano”.

materias donde no hay concordancia expresa entre Código Civil y Ley Hipotecaria, de modo que la doctrina debemos apuntar la correcta interpretación de ésta última para que se acomode al régimen de aquél en aquellos aspectos sustantivos que la Ley Hipotecaria no pretendió modificar sino que entendió estar reproduciendo el régimen jurídico sustantivo (adaptación que ya se ha producido en otros aspectos)⁶⁶.

Por otro lado se encuentran los autores que apoyan la transmisibilidad del derecho de uso con base en diferentes argumentos, por ejemplo, en la consideración del mismo no como un derecho real autónomo, sino catalogando el mismo como un usufructo especial, con limitación en cuanto a la percepción de frutos (sólo los necesarios para satisfacer las necesidades del usuario y su familia) pero sin otras diferencias esenciales⁶⁷. En esta línea, entienden, que la predicada intransmisibilidad del derecho de uso es una prohibición artificial de la norma; por consiguiente, es perfectamente concebible un derecho de uso sin esa característica⁶⁸.

A nuestro juicio, no es incompatible afirmar que el derecho de uso es un tipo autónomo frente al usufructo (como bien se señala en nuestro Código Civil, tanto en el hecho de que se le dedica un capítulo diferente al del usufructo, y no se encuentra entre los usufructos especiales, como en el hecho de su diferente régimen jurídico), con la afirmación de la posibilidad de su transmisión, bien porque el legislador lo configura así, o bien porque, aun disponiendo su no transmisión, permite en el título constitutivo pactar lo contrario.

El principal argumento para apoyar la tesis de poder constituir un derecho de uso transmisible es poner de relieve el ámbito de la autonomía privada en la configuración del régimen jurídico del derecho de uso, de su contenido que puede incluir a favor del usuario la facultad de cesión temporal del ejercicio o transmisión de su titularidad.

En esta línea destaca la posición de ALBALADEJO quien, recogiendo opiniones de comentaristas anteriores, admite la transmisibilidad del derecho de uso si así se ha dispuesto en el título constitutivo, sobre la base de que el artículo 525 del Código Civil no es derecho cogente⁶⁹. En consecuencia, habrá que entender que la prohibición

66 En este sentido, anticipando la conclusión a la que llegamos infra., propugnamos una nueva redacción del artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria que permita la sujeción a hipoteca de los derechos de uso y habitación cuando éstos resulten transmisibles en virtud de su título constitutivo. Nueva redacción que ya se dio al apartado segundo de este mismo artículo 108 de la Ley Hipotecaria para dejar patente la posibilidad de hipotecar los usufructos.

67 En este sentido BAUDRY-LACANTINERIE (*Traité théorique et pratique de Droit civil*, París, 1907, núm. 774, pág. 503).

68 LAURENT. (*Principes de Droit civil français*, Tomo VII, París, 1878, núm. 113, pág. 120) y BAUDRY-LACANTINERIE (op. et loc.ult. cit.).

69 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 98. Cita doctrina mayoritaria al respecto en nota 145 bis (Castán, Manresa, Santamaría y De Buen). La postura de MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, Tomo IV, Reus, Madrid, 1920, pág. 564), no es tan nítida: por una parte afirma que el artículo 525 "da a dichos derechos un carácter personalísimo, que se conforma con la naturaleza y fin de esos derechos", y que "la prohibición es tan absoluta que no da lugar a dudas ni distingos de ninguna clase", pero acaba concluyendo que lo dispuesto en tal precepto "debe entenderse sin perjuicio de lo que resulte del título constitutivo del derecho, conforme a lo prevenido en el artículo 523".

Por su parte CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil español, común y foral*, Tomo II, Volumen 2, Reus, Madrid, 1988, pág. 86), tras preguntarse si el título constitutivo puede hacer transmisibles los derechos de uso y habitación,

establecida en el art. 108.3º de la Ley Hipotecaria que impide hipotecar tales derechos como proyección de la prohibición de su enajenación, no se aplicará a los derechos de uso y habitación que sean transmisibles por título constitutivo.

Una posición particular respecto de la cuestión que tratamos es la que mantiene DORAL GARCÍA⁷⁰. En primer lugar este autor señala que el artículo 525 del Código Civil persigue una doble finalidad; por un lado, marcar una clara diferencia en cuanto al régimen jurídico entre el derecho de uso y el derecho de usufructo, como lo demuestra la comparación de este precepto con el artículo 480 del Código Civil, que dispone que el usufructuario podrá aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro o enajenarla⁷¹. Por otro lado, el precepto señala que lo que el titular del derecho no puede aprovechar, pertenece al propietario; por eso, éste puede autorizar otra cosa al usuario o habitacionista en el título constitutivo⁷².

Pero el autor señala dos requisitos para admitir la transmisión de estos derechos. Primero, que dicha posibilidad haya sido prevista en el propio negocio jurídico constitutivo. Segundo, que dicha transmisión sea necesaria para satisfacer las necesidades del titular originario.

En nuestra opinión cabe matizar ambos requisitos en dos sentidos; en primer lugar, que el propietario puede autorizar al titular del derecho de uso la transmisión de su derecho en el título constitutivo originario, o posteriormente, a través de un nuevo convenio regulador. En segundo lugar, y ya con mayor alcance, entendemos que ese argumento a favor de la transmisión del derecho (cuando sea necesaria para la

acusar que hay una fuerte corriente doctrinal que lo admite así, y cita a Manresa, De Buen, y Valverde, pero no realiza ninguna conclusión personal.

La posición de DE BUEN es especial. En un primer momento ("Uso", en *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo XXX, Seix, Barcelona, s/f, pág. 568) constata que muchos autores creen que a pesar de lo dispuesto en el art. 525 es posible en el título constitutivo la disposición contraria; "por nuestra parte, sin oponernos de un modo rotundo a tal punto de vista, creemos conveniente indicar que los términos en que está redactado el citado artículo hacen opinar que, al menos en el pensamiento de los redactores de la misma, el uso era inalienable en todo caso y sin distingos". Pero, posteriormente (en *Anotaciones a COLIN/CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Reus, Madrid, 1923, pág. 785) sostiene respecto al artículo 525 lo siguiente: "esto debe entenderse, en nuestro concepto, sin perjuicio de la autorización que en el título constitutivo puede hacerse constar de que el usuario o titular del derecho de habitación pueda transmitir tal derecho a persona previamente determinada o que pueda transmitirlo sin que la transmisión aumente el contenido de tales derechos" (también en la 2ª edición, revisada por OSSORIO MORALES, Reus, Madrid, 1942, pág. 790). Por último, SANTAMARÍA (*Comentarios al Código Civil*, Tomo I, ERDP, Madrid, 1958, pág. 541), se limita a seguir a De Buen.

70 Quien después de analizar la finalidad del precepto, los requisitos de la transmisión y el ámbito de la prohibición, acaba con una conclusión "abierta" sin pronunciarse por ninguna opción (quizás abrumado por la gama de opiniones al respecto y la indiscutible autoridad de quienes argumentan en pro o en contra): "de ser de esencia la intransmisibilidad entiendo que la cláusula contraria sería nula, con nulidad parcial de ser separable de las que determinan el contenido y finalidad; o, de no ser norma cogente, sería cláusula válida y eficaz. En otro caso [¿cuál?] la cláusula "desnaturaliza" el uso y habitación lo que permite entenderla como derecho real atípico según la doctrina más común, aunque, como se ha dicho por LACRUZ, los derechos reales son típicos" (DORAL GARCÍA, *Comentarios...* 1992, pág. 639).

71 De nuevo el legislador del Código Civil utiliza los términos "arrendar" para significar cualquier cesión temporal del derecho, de su ejercicio; frente a enajenar (art. 480) o traspasar (art. 525) para significar la transmisión de la titularidad.

72 DORAL GARCÍA, *Comentarios...* 1992, pág. 634.

satisfacción de las necesidades del usuario) podría justificar la transmisión precisamente cuando nada se hubiera dispuesto en el propio título constitutivo (no cuando se hubiera prohibido expresamente) en la medida en que se entendiera que la transmisión (o cesión) en tales circunstancias se ajusta a la finalidad del tipo de asegurar la satisfacción de necesidades al usuario. Pero cuando es el propio título constitutivo el que autoriza expresamente la transmisión, dicha concesión se funda en la voluntad del constituyente sin necesidad de más justificación que el propio ámbito que el legislador ha concedido a la autonomía privada en la configuración del régimen jurídico de los derechos de uso y habitación.

En contra de la posibilidad de configurar en el título constitutivo un derecho de uso transmisible, se ha intentado hacer valer el significado de la expresión "por ninguna clase de título", último inciso del artículo 525 del Código Civil. No creemos que con esta expresión se esté impidiendo que se pueda pactar la transmisión del derecho en el título constitutivo, sino que el legislador ha señalado que la prohibición de traspaso lo será (salvo que se haya permitido su transmisión) por cualquier clase de título, es decir, como consecuencia de una venta, una permuta, una donación, una transacción o cualquier otro. La expresión, además, tiene unas connotaciones históricas relacionadas con la posibilidad, en el Derecho justiniano, de poder ceder la *habitatio* a título gratuito, aunque no estuviera permitida cederla a título oneroso (mediante arrendamiento)⁷³.

Por último, en relación con el título en virtud del cual se produce la enajenación (o la cesión) algún autor entiende que esa prohibición de cesión no impide que el titular del derecho de uso pueda, en supuestos justificados, ceder el uso de la cosa objeto de su derecho; supuestos tales como en caso de depósito, para su custodia, o bien para su reparación; así como también quedaría fuera del ámbito de prohibición del artículo 525 los casos en que es necesario introducir a un tercero para que preste algún servicio o realice alguna obra; en cambio si considera excluido la posibilidad de cesión en precario o por comodato⁷⁴.

II. EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE USO Y DE HABITACIÓN. ¿ES POSIBLE CONSTITUIR UN DERECHO DE USO QUE SEA TRANSMISIBLE?

Una vez expuestos los principales argumentos y algunas de las posiciones doctrinales más relevantes en relación con la cuestión de la posibilidad de transmisión o cesión de los derechos de uso y de habitación, queremos subrayar que, en nuestra opinión, nada impide, a la luz de su actual regulación en el Código Civil (y atendiendo a

73 Lo apunta DORAL GARCÍA. *Comentarios...* pág. 637. Resulta por eso que la configuración del art. 473 del Proyecto de 1851, y la explicación que el propio García Goyena da, sería más rigurosa en el carácter personalista del derecho que la propia del Derecho romano, al menos tras la ampliación de facultades que concedió Justiniano y que se recogieron también en las Partidas (III, 20, 31).

74 CAVANILLAS MÚGICA, ob. cit., pág. 862.

las diferentes funciones o finalidades que dicho derecho puede estar llamado a desempeñar por intención de sus constituyentes), que se pueda constituir un derecho de uso transmisible, habida cuenta de la transmibilidad como característica general de los derechos patrimoniales (pensemos, por ejemplo, en un derecho de uso, de claro contenido patrimonial, para permitir el uso de un apartamento en la costa, todos los meses de agosto, pactado con una duración de 40 años, que se constituyó en convenio a título oneroso, y que permite que su titular pueda ceder el ejercicio de ese derecho temporalmente, a título gratuito u oneroso, o transmitirlo a un tercero, nuevo beneficiario del uso del apartamento en las condiciones señaladas y que quedará sujeto también, obviamente, al plazo de duración señalado en el título constitutivo). Esa amplitud de finalidades que las partes pueden perseguir al constituir un derecho real de uso o de habitación, y de funciones que, por consiguiente, este derecho real está llamado a desempeñar, es el contexto que recomienda, siguiendo la línea que el legislador del Código Civil ha querido marcar, que los interesados puedan pactar, con total normalidad, la posibilidad de cesión o transmisión de ese derecho real de uso o de habitación que están constituyendo.

En consecuencia, la transmibilidad o no de los derechos de uso y habitación dependerá, en nuestra opinión, de lo que se haya dispuesto en el título constitutivo, del alcance que se haya dado al derecho. Si el título constitutivo permite la transmisión del derecho a un tercero, a esto habrá que atenerse. Dicha disposición convencional prevalecerá sobre lo dispuesto, con carácter dispositivo, en el artículo 525 del Código Civil.

Admitido que en virtud del ámbito de la autonomía privada, en materia de configuración de los derechos reales, se puede constituir un derecho real de uso cuyo titular pueda cederlo o transmitirlo a un tercero, nos quedará la cuestión de determinar si tal derecho de uso transmisible es o no un verdadero derecho de uso, del tipo regulado en el Código Civil⁷⁵. Y al respecto, no es determinante la postura que se sostenga en torno a si nuestro sistema es de *numerus apertus* o no⁷⁶.

Parece claro que hay que dar a los derechos un alcance económico adaptado a la nueva realidad social y económica y, en este sentido, nos debemos cuestionar si resulta conveniente, sin dejar de ser lícito, un derecho de uso transmisible o susceptible de ser cedido temporalmente. Y debe ser conveniente cuando las partes así lo han constituido

75 Así lo ha entendido también CLEMENTE MEORO (y otros, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, pág. 502) al señalar que "el problema estriba más bien en determinar si esos derechos, en cuanto transmisibles dejan de ser derechos de uso y habitación para convertirse en usufructos de contenido limitado".

76 En este sentido, FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 67, para quien "tanto si nos encontramos ante la postura que predica el "numerus clausus" de los derechos reales, como si lo hacemos frente a la que mantiene el "numerus apertus" que parece permitir el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, el resultado es el mismo: el título constitutivo lo será de derechos reconocidos como de uso o de habitación". Aunque, en nuestra opinión, hay que considerar que cuando sea posible, es conveniente reconducir los concretos derechos reales constituidos a un modelo o tipo legal, con la flexibilidad que el propio modelo legal reconoce a la autonomía privada (por ejemplo, el artículo 523), con el fin de facilitar la aplicación del régimen jurídico de ese tipo legal.

para cumplir la finalidad que persiguen (finalidad que debe seguir siendo considerada digna de protección por el ordenamiento).

Por el hecho de que el título constitutivo permita su transmisión, no dejaremos de estar en presencia de un verdadero derecho de uso o habitación del Código Civil, porque como señala el propio artículo 523, éste se rige en primer lugar por lo dispuesto en el mencionado título constitutivo (que autoriza su cesión o transmisión) y, en segundo lugar, por las normas del capítulo correspondiente; y, por último, y en virtud de la remisión del art. 528 del Código Civil, por las normas del usufructo que sean compatibles con la naturaleza del derecho⁷⁷.

En esta línea profundiza nuestra doctrina más reciente, mostrándose partidaria de permitir que la autonomía privada participe en la configuración y regulación, no sólo de los diversos contratos, sino también en el ámbito de los derechos reales, dentro de los límites del artículo 1255 del Código Civil⁷⁸. "Si no se admite la autonomía de la voluntad ¿cuál es la "ratio legis" de la expresa referencia a lo que determine el título constitutivo, tanto en el usufructo como en el uso y la habitación? ... ¿qué sentido tiene el título constitutivo si no puede ir más allá del propio contenido legal?"⁷⁹.

En nuestra opinión, la autonomía privada se moverá, en materia de configuración de derecho reales, dentro de las coordenadas de la razonable estructura y funcionalidad de cada tipo. Esto es, siguiendo y adaptando para los derechos de uso y habitación el magisterio de nuestro insigne civilista, "lo que conviene dejar sentado desde ahora es que la autonomía de la voluntad no autoriza, ni ése es el sentido del artículo 467 [dígase también del artículo 523], a que los interesados constituyan usufructos [o derechos de uso y habitación] con introducción de cualesquiera modificaciones en el prototipo legal. El límite de éstas se halla siempre en aquel punto en el que, a consecuencia de las mismas, resulte creada una figura que no coincida –por defecto o por exceso– ni siquiera en lo básico con la del usufructo [léase, uso y habitación]"⁸⁰.

A nuestro juicio, en definitiva, el derecho real constituido con el nombre de derecho de uso (o habitación) que concede a su titular un contenido semejante al derecho de uso (o habitación) del Código Civil pero con la facultad añadida de poder enajenar el derecho, sigue siendo un derecho real de uso (o de habitación). Otros han de ser los cambios que desnaturalicen el tipo, tales como conceder un contenido o facultades propias del usufructo (como poder percibir todos los frutos que la cosa produzca). En cuyo caso, no es que el nuevo derecho real constituido introduciendo tales modificaciones en el título constitutivo no sea válido o eficaz, sino que no será, a pesar de que las partes le hayan dado ese nombre, un derecho real de uso, sino un usufructo, con la consecuencia de determinar cuál será el régimen jurídico aplicable para aquellos

77 ALBALADEJO, ob. cit., p. 97.

78 FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 66.

79 FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 67. El autor concluye: "El Código civil, en efecto, está sentando unos tipos, pero lo hace como derecho supletorio y subsidiario".

80 ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-2º, 1977, p. 11

extremos no expresamente contemplados en la regulación que los propios interesados hayan dispuesto en el título constitutivo.

Esta conclusión, a favor de la posibilidad de constituir un derecho real de uso expresamente querido con la facultad de transmisión o cesión por su titular, no impide afirmar, contemporáneamente, que cuando el título constitutivo no dispone nada respecto de su transmisión, habrá que considerar que la aplicación del artículo 525 del Código Civil, no excluido convencionalmente, no permite su enajenación o cesión.

12. CARÁCTER DISPOSITIVO O IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 525 DEL CÓDIGO CIVIL.

Finalmente, si la cuestión se enfoca desde la perspectiva de la naturaleza de la norma contenida en el artículo 525 del Código Civil, es decir, su carácter dispositivo o imperativo, en definitiva estamos enfocando la cuestión como un enfrentamiento entre los artículos 525 y 523 del Código Civil. Este último señala que el régimen jurídico, las facultades y obligaciones del usuario y habitacionista, "se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes" del capítulo II, entre ellas, el artículo 525.

No podemos ignorar, a la hora de la correcta interpretación de estos preceptos, su diferente ubicación sistemática dentro del capítulo II dedicado a los derechos de uso y de habitación. Al respecto es muy significativo que el propio legislador, con claridad meridiana, hace primar lo dispuesto en el título constitutivo sobre el régimen legal que, en consecuencia, habrá que estimar que tiene carácter dispositivo o supletorio.

Con todo doctrina autorizada ha señalado que aunque "hay que reconocer que la ordenación formal de los preceptos, dentro del Capítulo del Código dedicado al uso y la habitación, puede inducir a mantener la tesis de la transmisibilidad concedida, también es evidente que estos textos no son precisamente un modelo científico de ordenación sistemática"⁸¹.

Pero es que no se trata sólo de que el artículo 523 sea anterior al 525 (lo cual es, ciertamente, expresivo), sino que, con independencia del orden formal de los mismos (lo mismo daría que lo dispuesto en el artículo 523 estuviera contenido en el artículo 529), el precepto es claro al señalar que la regulación del título constitutivo primará sobre la regulación legal, la cual se aplicará sólo en defecto de lo dispuesto por los interesados.

Por eso la oposición a la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación no puede fundarse en el carácter cogente del art. 525, claramente desautorizado por lo dispuesto en el art. 523, sino en señalar que un derecho de uso que permite su cesión o transmisión no es un verdadero derecho de uso, sino otro derecho real, o un derecho de usufructo limitado en cuanto a su contenido. Y al respecto ya hemos señalado anteriormente que tal derecho de uso que en el título constitutivo permite su cesión o transmisión a tercero, sigue siendo un derecho de uso del Código Civil al que no se le

⁸¹ RAMS ALBESA, *Uso, habitación...*, pág. 90.

aplica, porque ha sido excluido convencionalmente como autoriza el artículo 523, lo dispuesto en el artículo 525 del Código Civil⁸².

13. LA CESIÓN O TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE USO Y HABITACIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS.

Por último, permítasenos una breve referencia al derecho civil de algunas Comunidades Autónomas españolas, en las que se regula también el derecho de uso y habitación, o modelos de derechos reales semejantes a éste. Este examen nos demostrará que no permitir de ningún modo o bajo ninguna modalidad, la cesión o transmisión de estos derechos no forma parte del tipo esencial del derecho real de uso, sino que es una opción del respectivo legislador, con diferentes matices o condiciones según cada tradición jurídica.

En este contexto, podemos señalar que la ley 424 de la Compilación de Derecho civil de Navarra⁸³ permite al habitacionista arrendar la vivienda total o parcialmente, pero teniendo en cuenta que, en tal caso, el arrendamiento cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna. Igualmente, la ley 425 del mismo cuerpo legal no permite al usuario ceder totalmente su derecho, aunque sí compartir su ejercicio con otras personas, tanto mediante retribución como sin ella. Ambos preceptos demuestran que, en el propio régimen legal⁸⁴, se está permitiendo cesiones o transmisiones que mitigan ese proclamado carácter estrictamente personalísimo de estos derechos de uso y habitación como notas consustanciales a dichos tipos, necesariamente presente en la configuración de estos derechos reales. Tales cesiones intentan ajustar estos modelos legales y acomodarlos a las diferentes circunstancias económicas y sociales posibles, para cumplir mejor su función. En esta línea, la ley 423 de la Compilación, primer "artículo" del capítulo dedicado a la "habitación, uso y otros derechos similares", señala que "los derechos de habitación, uso u otros similares de aprovechamiento parcial de cosa ajena, se rigen por lo establecido en el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones siguientes".

Por su parte, el artículo 54 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares⁸⁵, establece que "la variedad consuetudinaria denominada *estatge*, confiere el derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias

82 En este sentido también CLEMENTE MEORO, (ob. cit., pág. 502): "aunque sea transmisible, le serán aplicables los arts. 523 a 529 C.C. y en lo que no se oponga a lo dispuesto en éstos, las disposiciones establecidas para el usufructo".

83 Ley Foral 5/1987 de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, BOE. 6 de abril de 1987.

84 Además de las cesiones o transmisiones que, autorizadas por la ley 423, pudieran los propios interesados haber convenido en el título de constitución del derecho.

85 Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre por el cual se apureba el Texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. BOCAIB de 2 de octubre de 1990.

comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten”.

Se trata de un derecho real similar a la habitación del Código Civil (a cuya regulación remite expresamente el párrafo segundo de dicho artículo 54 con carácter supletorio), que cumple una finalidad de asegurar el uso compartido de una vivienda, normalmente constituido mediante legado a favor de hermanos o familiares distintos de los que han sido designados en el testamento como propietarios de alguna casa familiar. Estas particularidades explican que convenga el carácter personalísimo del derecho de habitación, para evitar la injerencia de personas extrañas ajenas a la propia familia. Su constitución con carácter gratuito, su carácter temporal (normalmente vitalicio), la no contribución en absoluto a los gastos y cargas o tributos del inmueble compartido, se acompaña de ese carácter personalísimo, que ha sido subrayado recientemente por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 7 de marzo de 1997⁸⁶.

Estamos convencidos, con todo, de que si estuviéramos en presencia de un derecho real con unas circunstancias bien distintas, cuál es su constitución onerosa, por cierto plazo de tiempo y no vitalicio, y que al titular de la vivienda (ciertamente no suele ocurrir así) no le importara quien fuera el sujeto con derecho a habitar las piezas señaladas y, en consecuencia, hubiera permitido su cesión o transmisión, no creemos que el Tribunal hubiera considerado nula dicha cesión por contravenir el modelo legal que, insisto, está dispuesto para unas circunstancias concretas bien distintas.

14. LA SUJECCIÓN A HIPOTECA DEL DERECHO DE USO O HABITACIÓN SOBRE UN INMUEBLE: EL ARTÍCULO 108.3º DE LA LEY HIPOTECARIA.

Abordaremos ahora una cuestión muy relacionada con la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación cual es la posibilidad o no de hipotecar tales derechos, con arreglo a nuestra legislación civil, en este caso, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, en particular los artículos 525 y 108.3º de los respectivos cuerpos legales. Este último precepto dispone que “no se podrán hipotecar: 3º El uso y la habitación”.

En primer lugar hay que señalar que algunos autores venían tradicionalmente considerando que los derechos de uso y habitación no se pueden en absoluto hipotecar, y que huelga la prohibición de hipotecarlos contenida en el artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria ya que el propio Código Civil establece que no son enajenables al ser personalísimos, siendo un requisito de la hipoteca, proclamado por los artículos 106 de la Ley Hipotecaria y 1874 del Código Civil, que solo podrán ser objeto de hipoteca los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes⁸⁷.

⁸⁶ En la sentencia, siguiendo la descripción legal del *estatge* contenida en la compilación, se subraya su carácter personalísimo “que no puede ser cedido o transmitido a tercero por título alguno, oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa” (St. 7 de marzo de 1997, R.J.Ar. 4465/1997).

⁸⁷ En este sentido GALINDO y ESCOSURA (*Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, Volumen III, 4ª ed., Madrid, 1903, pág. 203), quien afirma que sólo son hipotecables los derechos reales enajenables: no siéndolo

En contra de la posibilidad de hipotecar los derechos reales de uso y habitación se manifiesta con rotundidad ROCA SASTRE, quien entiende que la disposición del artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria es clara, y que se justificaba en la propia Exposición de Motivos de la ley de 1861 fundándose en que los derechos reales de uso y habitación no son enajenables. Recoge la opinión de la doctrina favorable a su hipoteca con base en el artículo 523 del Código Civil, pero acaba acogiéndose a la postura de Venezian, partidario, en general, de la intransmisibilidad del uso y de la habitación por entender que la misma es de tipo sustancial, y no de pura creación legislativa⁸⁸.

Obviamente, la prohibición de hipotecar los derechos de uso y habitación contenida en el artículo 108 de la Ley Hipotecaria se refiere a estos derechos, no al derecho del propietario, que podrá hipotecar o enajenar su derecho pero con el gravamen del uso o la habitación, de modo que los nuevos titulares, adquirente o adjudicatario, deberán soportar tales derechos hasta su extinción⁸⁹.

Una postura favorable a la posibilidad de hipotecar los derechos de uso y habitación, y que ya anticipamos respecto de la posibilidad de su transmisión, es la que viene sosteniendo ALBALADEJO. Para nuestro gran civilista, los derechos de uso y habitación se pueden hipotecar, no en todo caso, pues la prohibición del artículo 108 es clara, sino sólo cuando, en los mismos términos que para su transmisión, el título constitutivo permita su enajenación y en consecuencia, y aunque no se diga expresamente, el título constitutivo está también autorizando su sujeción a hipoteca⁹⁰.

En efecto, nuestro insigne civilista admite la transmisibilidad del derecho de uso si así se ha dispuesto en el título constitutivo, sobre la base de que el artículo 525 del Código Civil no es derecho cogente⁹¹. Por consiguiente, habrá que entender que la prohibición establecida en el art. 108.3º de la Ley Hipotecaria que impide hipotecar tales derechos, no se aplicará a los derechos de uso y habitación que sean transmisibles por título constitutivo: "Tal precepto no debe entenderse en sentido absoluto. Su formulación gramatical se debe a que el legislador tuvo sólo presentes el uso y la habitación regulados

los de uso y habitación, ya se sabía que no podían ser objeto de hipoteca. También DIAZ GONZÁLEZ (*Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, Tomo III, ERDP, Madrid, 1967, pág. 40), para quien la afirmación de la Ley Hipotecaria es totalmente inútil, puesto que el artículo 525 del Código Civil declara estos derechos personalísimos e intransferibles y, por tanto, no son enajenables, ni, por consiguiente, hipotecables.

88 El fundamento sería que "los derechos de uso y habitación son derechos subjetivados o personalísimos, o sea, con titularidad adscrita o vinculada a una persona determinada, a causa de que su fin es satisfacer directamente las necesidades de uso o de vivienda de una persona y de su familia" (ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 240; y sigue en ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 413). Ya hemos señalado que el hecho de que la finalidad del derecho fuera servir a la satisfacción de necesidades del titular, no comporta que sean sólo las de "ese" titular, sino que los derechos de uso o el de habitación sirven para satisfacer las "necesidades de uso y de vivienda" de *cualquier* titular del que, en cada momento, sea el titular del derecho.

89 En este sentido FERNÁNDEZ DOMINGO, ob. cit., pág. 129, que cita a MORREL y TERRY, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Tomo III, 2ª ed., Reus, Madrid, 1928, pág. 692.

90 Salvo que, en nuestra opinión, la autorización para su enajenación viniera condicionada, por ejemplo, a que se produjera a favor de unos determinados familiares del titular originario en cuyo caso, la admisión de la enajenación (al ser una determinada) no lleva aparejada la admisión de la sujeción a hipoteca.

91 ALBALADEJO, ob. cit., pág. 98.

–en defecto del título– por la ley; de los que, siendo intransmisibles, hubo de afirmar la no hipotecabilidad en términos absolutos”⁹².

Algunos autores ya habían anticipado esta interpretación, en particular, VALVERDE, quien entendía que habría que matizar la rotundidad de la Ley Hipotecaria ya que, de lo contrario, resultaría contradictorio que el Código Civil permitiera que en el título constitutivo se pudiera autorizar lo más (enajenar el derecho) y en cambio la Ley Hipotecaria no permitiera lo menos (hipotecar el derecho): “Si la Ley Hipotecaria vigente se revisó para adaptarla al Código Civil debió tener en cuenta que éste permite el uso y la habitación como enajenables en el caso en que el título de constitución autorice tal enajenación. Y si esto es así, la Ley Hipotecaria debió permitir la hipoteca del derecho de uso y habitación cuando el título de constitución de estos derechos permita la enajenación o cesión de los mismos, no sólo porque todo derecho real puede hipotecarse, sino también porque resulta anómalo y contradictorio que el usuario que puede hacer lo más como es enajenar el uso, y no pueda lo menos que es hipotecar tal derecho”⁹³.

Por nuestra parte, sumándonos a los autores que han subrayado que el artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria debe ser matizado en sintonía con la interpretación que del artículo 525 del Código Civil hay que hacer a la luz de lo dispuesto en el artículo 523 del mismo cuerpo legal, podemos, además, añadir un nuevo argumento: podemos sostener, respecto a la posibilidad de hipotecar los derechos de uso y habitación a pesar de la aparente prohibición (con carácter general e indiscriminado) del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 3º, algo parecido a lo que ocurría respecto del artículo 108.2º: nos estamos refiriendo a la situación del usufructo como objeto del derecho de hipoteca.

La antigua Ley Hipotecaria de 1861 no admitía la hipoteca del derecho de usufructo sino sólo la hipoteca sobre los frutos percibidos (artículo 107.2º), porque se concebía que faltaba en el usufructo el requisito de ser enajenable. Con la promulgación del Código Civil y la admisión explícita de la posibilidad de enajenar el usufructo (artículo 480) se discutió si quedaba implícitamente derogado el número 2º de dicho artículo 107, y aunque la D.G.R.N. (resolución de 12 de diciembre de 1902) la declaró vigente, la posterior reforma de la Ley Hipotecaria de 1909, en su objetivo de adaptar la legislación hipotecaria al nuevo Código Civil, debió modificar su redacción y admitir que el derecho de usufructo también puede ser objeto de hipoteca.

La cuestión no quedó totalmente zanjada con la redacción dada en la ley de 1909 pues se disponía en el artículo 108 que “No se podrán hipotecar: Segundo. El derecho de usufructo concedidos por las leyes o fueros especiales a los padres o madres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto”; de modo que se consideraba que el usufructo legitimaria vidual del Código Civil no podía ser objeto de hipoteca ya que se le consideraba como un beneficio hereditario de carácter

92 ALBALADEJO. ob. cit., pág. 99, nota 146.

93 VALVERDE y VALVERDE. *Tratado de Derecho civil español*, Tomo II, 3ª ed., Valladolid, 1925, pág. 485. Aunque el autor parece al final tener que ceder ante el tajante precepto hipotecario cuando concluye diciendo: “Pero en fin, el precepto de la Ley Hipotecaria está terminante: no distingue, sino que de una manera absoluta prohíbe hipotecar el uso y la habitación”.

personalísimo, con finalidad alimentista de asegurar la subsistencia del viudo, y, en consecuencia, no enajenables.

Pero, en verdad, el usufructo legitimario a favor del cónyuge viudo dispuesto en los artículos 834 y siguientes del Código Civil no es personalísimo como sí lo son algunos usufructos viduales contemplados en las legislaciones forales, sino de neto contenido patrimonial como beneficio hereditario dispuesto a favor del cónyuge supérstite, no destinado a asegurar la subsistencia del supérstite o de los hijos, en cuyo caso sólo se dispondría a favor de los cónyuges viudos "indigentes", sino que no tiene carácter alimenticio y, en consecuencia, queda libre de toda carga que impida su transmisión o circulación⁹⁴.

Esa mejor comprensión de la naturaleza y finalidad de usufructo en general, y del usufructo legitimario vidual del Código Civil en particular, obligó a reformar en dos ocasiones la redacción de la Ley Hipotecaria que, habiéndose promulgado con anterioridad al Código Civil, debió adaptarse a éste ya que los derechos que pueden ser hipotecados son aquellos que recayendo sobre bienes inmuebles pueden ser enajenados, y tal posibilidad de enajenación viene dispuesta, normalmente, en el propio Código Civil.

Algo parecido a lo sucedido con el derecho de usufructo debió hacerse con los derechos reales de uso y habitación pero, acaso debido a la escasa atención que nuestras figuras suscitaban en la doctrina y que, a diferencia del usufructo donde la enajenación venía contemplada en el artículo 480 para el caso del uso y la habitación se reparó sólo en lo dispuesto con carácter general en el artículo 525 (sin advertir la posibilidad de otra configuración de su régimen jurídico haciendo uso del margen otorgado por el artículo 523), se creyó que los derechos reales de uso y habitación no son enajenables y, en consecuencia, no pueden ser objeto del derecho de hipoteca.

Por consiguiente, más allá de la pura literalidad del artículo 108.3º, éste debe ser sometido a una interpretación histórica y sistemática que lo ponga en relación no sólo con los artículos 525 y 523 del Código Civil, sino con el propio artículo 106 de la Ley Hipotecaria, y así comprobar que había desaparecido o, desde otra perspectiva, con la configuración dada en el título constitutivo, se había cumplido el requisito exigido por ese precepto de que los derechos que vayan a ser objeto de hipoteca sean enajenables.

En definitiva, si el apoyo de la no posibilidad de hipotecar es que no se pueden enajenar, ya hemos señalado *supra* las razones en virtud de las cuales entendemos que, aunque en el tipo histórico del derecho de uso y el de habitación fuera nota importante el carácter cuasi-alimentista que no permitían su enajenación o cesión a otro sujeto, tal

94 El propio legislador del Código Civil, consciente de que la imposición de un usufructo a favor del cónyuge viudo, sobre una parte de los bienes que integran la herencia del difunto, puede significar un obstáculo a la circulación de la riqueza y al adecuado aprovechamiento económico de los bienes, dispone (artículo 839 del Código Civil) que los herederos (o sujetos afectados por el usufructo legitimario vidual) pueden optar la conmutación de dicho usufructo por otros medios de satisfacción de la legítima al cónyuge con menos inconvenientes para el tráfico de los bienes. La conmutación del usufructo legitimario vidual del Código Civil (facultad no contemplada para otros usufructos viduales de legislaciones forales) es una prueba más de su carácter patrimonial y no familiar o alimenticio. Sobre el tema vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, "La conmutación del usufructo legitimario del cónyuge viudo en el Código Civil", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 16, 1998, págs. 53-73.

carácter no forma parte del tipo sustancial sino que, con buen criterio, el legislador, aunque dispone con carácter dispositivo la prohibición de ceder o transmitir, no impide que los interesados en el título constitutivo hayan dispuesto otra cosa. Y si se admite su enajenación, es claro que también se permite su hipoteca (por pura regla lógico-jurídica: permitido lo más, permitido lo menos). En este sentido, propugnamos una nueva redacción del artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria para que no quede duda de que el derecho de uso o el de habitación cuya transmisiones hayan sido permitidas por el título constitutivo, pueden ser también hipotecados por su titular.

15. EL EMBARGO SOBRE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN.

Un último aspecto en relación con la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación que se debe abordar, y que ha sido escasamente atendido por nuestra doctrina, es el referido a la cuestión de si la prohibición de arriendo y traspaso del artículo 525 impide que los acreedores del titular puedan embargar estos derechos. A esta cuestión se refiere, DORAL GARCÍA cuando se pregunta: “¿la intransmisibilidad implica su inembargabilidad? Por la afirmativa puede invocarse que sólo es embargable aquello que es transmisible, puesto que en definitiva la venta judicial es acto traslativo. Por la negativa cabe invocar el carácter personal y, sobre todo, el eventual perjuicio de los acreedores.” Por eso el autor, aunque entiende que la transmisión por venta o donación con reserva para el disponente del derecho de habitación es una forma de preservar la vivienda al amparo de la inembargabilidad, apunta que cabría entender tal acto como rescindible si es en perjuicio de los acreedores⁹⁵.

Respecto a la posibilidad de que los acreedores embarguen el derecho real de uso o el de habitación de su deudor para poder realizar su crédito (cuando no tenga carácter alimenticio, ya sea por disposición expresa de la ley o cuando así se haya dispuesto en el título constitutivo⁹⁶) más allá de las normas genéricas sobre cuáles son los bienes embargables, no hay una norma expresa de nuestro Código Civil y, a decir verdad, tampoco de los códigos civiles latinos de nuestro entorno.

Si hemos encontrado, en cambio, un pronunciamiento expreso en el artículo 2959 del código civil argentino que, como ya hemos comentado, cuenta con una regulación más detallada y extensa de estos derechos reales. La solución del legislador argentino, sobre unas bases históricas comunes y siguiendo unos antecedentes legislativos semejantes a los nuestros, fue no permitir que los acreedores del usuario puedan embargar su derecho de uso si éste tiene carácter alimenticio⁹⁷. Por consiguiente, el

95 DORAL GARCÍA, *Comentarios...* 1992, pág. 638.

96 O de alguna forma se deduzca su carácter estrictamente personal, como el beneficio concedido al cónyuge que sigue con la custodia de sus hijos de poder habitar en la vivienda familiar (derecho de cuya naturaleza jurídica discute la doctrina y vacila la jurisprudencia).

97 Artículo 2959: *En uno y otro caso, (o sea, tanto si se constituyó el uso a título gratuito o a título oneroso, teniendo en cuenta que para este último caso el Código Civil permite su cesión, pero no en aquella) el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios.*

legislador del Código Civil argentino parece admitir dicho embargo en el resto de los casos, cuando el derecho de uso no tenga, expresamente o se deduzca con claridad del título constitutivo, ese carácter alimenticio.

La respuesta a esta cuestión puede venir empleando un enfoque diferente de hasta ahora empleado para resolver el tema de la intransmisibilidad de los derechos de uso y habitación dispuesta por el artículo 525 del Código Civil, subrayando que la transmisión del derecho incorporada al título constitutivo prevalece sobre la prohibición (dispositiva) del precepto, pues es prácticamente imposible que el constituyente prevea expresamente esta posibilidad de autorizar su embargo; sino señalando que ese embargo y, en su caso, la posterior ejecución y adjudicación, escapa del ámbito de la propia norma ya que la prohibición del artículo 525 se refiere, con los términos arriendo y traspaso, a una cesión o transmisión voluntaria del derecho por parte de su titular y no una enajenación como consecuencia de este procedimiento judicial⁹⁸.

Pero teniendo presente que, en cualquier caso, en los supuestos en que sea posible su embargo y posterior enajenación judicial, parece claro que el nuevo titular (el adjudicatario) deberá seguir quedando sujeto a los límites del derecho fijados en su título constitutivo, ya sea límites temporales (por ejemplo, su duración limitada, ya sea fijando un término final o un plazo de años, ya sea señalando su carácter vitalicio, en cuyo caso la duración del derecho no sería la de la vida del nuevo titular, adjudicatario, sino del titular originario); o límites en cuanto a la extensión del contenido (como la prohibición de cesión gratuita u onerosa, del ejercicio del uso o la habitación. Recientemente una parte de la doctrina se ha pronunciado por la inembargabilidad del derecho de uso por ser este derecho intransmisible, pero admitiendo el embargo de los frutos obtenidos porque ya forman parte del patrimonio del usuario⁹⁹. Al respecto, dos objeciones: primera, que también el derecho real de uso forma parte del patrimonio de usuario, y no sólo los frutos ya obtenidos; segunda, que si los frutos han sido obtenidos por el usuario es porque eran necesarios para satisfacer necesidades del mismo y, por tanto, son alimenticios, en cuyo caso, aunque hayan sido obtenidos seguirían siendo inembargables.

La cuestión no resulta fácil de resolver. Son muchas las diferentes circunstancias que se pueden presentar, la finalidad perseguida por los constituyentes, si ésta ha trascendido o no al régimen jurídico, los diferentes modos de constitución de estos derechos reales, las concretas disposiciones contenidas en el título constitutivo. En este contexto, lo que hemos querido poner de relieve en páginas anteriores y ahora¹⁰⁰, es que

98 En este sentido, apunta GARCÍA DORAL (ob. cit., pág. 638) que "cabe dudar acerca de si la intransmisibilidad de serlo por esencia sólo es aplicable a los actos a título voluntario y no a los que sean forzosos".

99 DE BUSTOS GÓMEZ RICO, *Comentario al Código Civil. Tomo 3*, sub art. 525, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 617.

100 Y ello tiene relación con esta última cuestión del embargo, en la medida en que no son embargables los derechos que no tengan contenido patrimonial o que sean personalísimos. Los derechos reales de uso y de habitación tienen un neto contenido patrimonial. Es cierto que su constitución se puede deber a razones de otra índole, como asegurar al beneficiario una vivienda o unos medios de subsistencia: carácter alimenticio que, evidentemente, condiciona su posibilidad de embargo. Pero, no olvidando su carácter patrimonial, hay que deslindar si los derechos de uso y habitación son necesariamente y en todo caso personalísimos, o no. Y, posteriormente, determinar si el carác-

el carácter personalísimo de los derechos de uso o de habitación no constituyen un a priori, no tiene por que ser una nota consustancial al tipo; que la prohibición de enajenación y de cesión del derecho contenida en el artículo 525 representa un homenaje a la tradición histórica, responde a un modelo concreto del derecho de entre otros muchos posibles, y que el propio legislador del Código Civil ha matizado el alcance de dicha prohibición ya que tal precepto no es, en virtud de lo dispuesto en el artículo 523, de carácter imperativo sino dispositivo.

En consecuencia, entendemos que en algunos casos, será posible el embargo de los derechos de uso y habitación constituidos. Si en el título constitutivo del derecho de uso o de habitación se permite a su titular la enajenación del derecho a un tercero, queda también autorizada la posibilidad de hipotecar el derecho, y que el mismo sea embargado por los acreedores del titular (ya sea éste el titular originario, o un titular sucesivo por transmisión previa del primero, o por resultar adjudicatario tras su hipoteca y posterior ejecución). En cambio, si el título constitutivo no dispone nada al respecto, será de aplicación la prohibición de enajenación o transmisión contenida en el artículo 525 y la no posibilidad de hipotecar tales derechos que se desprende del artículo 108.3º de la Ley Hipotecaria, que impedirá no sólo su enajenación voluntaria, y su sujeción a hipoteca, sino también que se pueda embargar por los acreedores del titular¹⁰¹.

16. CONCLUSIONES.

Ciertamente, el derecho de uso tradicional, destinado a satisfacer las necesidades de su titular, o cuando en el título constitutivo se disponga que se constituye con carácter alimenticio o para exclusivo y personalísimo uso de su titular originario, no es susceptible de ningún tipo de cesión o transmisión. Pero cuando en el título de constitución, al contrario, se autoriza su cesión o transmisión, entendemos que este derecho de uso, con un contenido diferente al modelo legal de los artículos 524 y siguientes pero que sigue siendo un verdadero derecho de uso, distinto del usufructo, permite que su titular pueda ceder su ejercicio temporalmente, a título gratuito u oneroso y, no podemos impedir que con tal configuración del derecho en el título constitutivo, se pueda enajenar el derecho, pueda ser hipotecado. En estos casos, tras la enajenación voluntaria o tras su ejecución judicial, tal derecho de uso o habitación pertenecerá a un nuevo titular que podrá seguir ejerciéndolo en los mismos términos y condiciones que los

ter personalísimo, o la finalidad alimenticia expresamente determinada por los interesados en el título constitutivo, debe afectar y vincular a terceros como son, en este caso, los acreedores del titular de los derechos.

101 Esto no significa que, *de lege ferenda*, el legislador pudiera optar por suprimir el artículo 525 del Código Civil de modo que el carácter personalísimo del derecho de uso o habitación dependiera de una expresa disposición legal en atención a la concreta finalidad que el derecho de uso o habitación puede desempeñar en determinados supuestos (por ejemplo, cuando asegura una vivienda al progenitor al que corresponde la custodia de los hijos), o por expresa disposición en el título constitutivo, en cuyo caso no se podría ni enajenar ni someter a hipoteca (en los términos y condiciones señalados en el título constitutivo) y, si entendemos que tal privación de la facultad de disposición de su derecho que en el título constitutivo se impone al titular del derecho de uso o habitación cumple una finalidad digna de tutela por el ordenamiento jurídico, tampoco permitiría su embargo por los acreedores.

dispuestos para el titular originario en el título de constitución.

En cualquier caso, en los casos en que el título constitutivo permita la transmisión de los derechos de uso o habitación por su titular a un tercero, procederá entonces aplicar la responsabilidad que el artículo 498 prevé para el caso de que el usufructuario ceda el uso de la cosa usufructuada a un tercero, aplicación apoyada en la remisión genérica del art. 528 del Código Civil.

Aunque históricamente y debido a la función alimentista que normalmente estaba llamado a cumplir el derecho de uso, y se estimó ser contraria a su finalidad la transmisión, no cabe duda de que la nueva realidad social y económica de nuestra sociedad induce fuertemente a permitir un derecho de uso que puede ser cedido o transmitido cuando así se ha dispuesto en el propio título constitutivo. Incluso *de lege ferenda* cabría discutir la oportunidad de que fuera suprimido el artículo 525 de modo que el carácter intransmisible del derecho derivara de que las partes así lo quieran disponer, es decir, que se establezca expresamente en el título constitutivo su no posibilidad de cesión o transmisión.

Parece conveniente que la regulación de un tipo resulte abierta y flexible, permitiendo a las partes adecuar su régimen jurídico a la concreta finalidad que debe desarrollar. Y esta flexibilidad está presente en el propio régimen jurídico del derecho de uso en nuestro Código Civil, pues se señala en el primer artículo de su regulación legal. La permanencia del artículo 525 ha de interpretarse, por consiguiente, como una reminiscencia histórica, y, a nuestro juicio, un tanto anacrónica¹⁰², aunque reconocemos que permite también una finalidad propia de alguno de estos derechos, especialmente en relación con el derecho de habitación concedido a algunos familiares, o con el derecho de uso o habitación concedido en algunos procesos familiares de separación o divorcio.

En conclusión, los derechos reales de uso y de habitación del Código Civil no son transmisibles por aplicación de lo dispuesto en el artículo 525, salvo que el título constitutivo autorice a su titular su enajenación o cesión temporal a otro sujeto. En caso de que resulte autorizada la enajenación en el título constitutivo, debemos entender que queda también autorizada su sujeción a hipoteca, como hemos intentado demostrar en las páginas anteriores.

¹⁰² Así parece entenderlo también DORAL GARCÍA (*Comentarios...*, 1992, pág. 633) cuando señala que "la prohibición deriva de razones históricas relacionadas con el fin alimentario que cumplía en su origen, en beneficio de una persona determinada para atender una necesidad también determinada".